

Raoul A. Meier

Die Behauptungs-, Bestreitungs-  
und Substantiierungslast im  
ordentlichen und vereinfachten  
Verfahren nach dem Verhandlungs-  
grundsatz der Schweizerischen  
Zivilprozessordnung

*Behaupten ist nicht Beweisen.  
(William Shakespeare, Othello,  
Erster Akt, Dritte Szene)*



# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2013 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende Juli 2013 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm für das stets offene Ohr und die freundliche und geduldige Betreuung meines Dissertationsvorhabens. Auch meinen beiden Professoren meiner Assistenzzeit, Prof. Dr. Dres. h.c. Ernst A. Kramer und Prof. Dr. iur. lic oec. Jean-Fritz Stöckli, danke ich von ganzem Herzen für die Ermöglichung dieses Dissertationsprojekts. Für das angenehm wohlwollende und gleichsam anregende Kolloquium möchte ich Prof. Dr. iur. Franz Hasenböhler und Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Leuenberger LL.M. meinen besonderen Dank aussprechen.

Für die finanzielle Unterstützung in Form eines Beitrags an die Druckkosten sei letztlich der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft in Basel sowie dem Dissertationsfonds der Basler Studienstiftung gedankt.

Basel, im Mai 2015

Raoul A. Meier



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
<b>Einleitung</b> . . . . .	1
<b>Erster Teil: Grundsätze der Sachverhaltsermittlung</b> . . . . .	5
§ 1 Grundlagen der Sachverhaltsermittlung . . . . .	5
§ 2 Verhandlungsgrundsatz als Regel . . . . .	10
§ 3 Untersuchungsgrundsatz als Ausnahme . . . . .	37
§ 4 Befristung der Parteivorbringen: Der Eventualgrundsatz . . . . .	43
§ 5 Wahrheitspflicht gemäss Treu und Glauben . . . . .	52
<b>Zweiter Teil: Prozessuale Institute der Sachverhaltsdarstellung</b> . . . . .	61
§ 6 Behauptungslast . . . . .	61
§ 7 Bestreitungslast . . . . .	109
§ 8 Substantiierungslast . . . . .	142
<b>Zusammenfassende Übersicht der wichtigsten Ergebnisse</b> . . . . .	167
1. Grundsätze der Sachverhaltsermittlung . . . . .	167
2. Behauptungslast . . . . .	168
3. Bestreitungslast . . . . .	169
4. Substantiierungslast . . . . .	170
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	173
Literaturverzeichnis . . . . .	177
Materialienverzeichnis . . . . .	187



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
<b>Einleitung</b> . . . . .	1
<b>Erster Teil: Grundsätze der Sachverhaltsermittlung</b> . . . . .	5
§ 1 Grundlagen der Sachverhaltsermittlung . . . . .	5
I. Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen . . . . .	6
II. Aufgabenteilung bei der Sachverhaltsermittlung . . . . .	7
§ 2 Verhandlungsgrundsatz als Regel . . . . .	10
I. Normgehalt des Verhandlungsgrundsatzes . . . . .	10
II. Relativierungen des Verhandlungsgrundsatzes . . . . .	11
1. Gerichtliche Fragepflicht . . . . .	13
a) Inhalt und Umfang der Gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	14
b) Voraussetzungen für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	16
c) Unterschiedliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien . . . . .	18
d) Verstärkte gerichtliche Fragepflicht . . . . .	21
2. Bekannte Tatsachen . . . . .	23
a) Offenkundige Tatsachen . . . . .	23
b) Gerichtsnotorische Tatsachen . . . . .	27
c) Allgemeine Erfahrungssätze . . . . .	28
3. Gesetzliche Vermutungen . . . . .	31
4. Indizien und Hilfstatsachen . . . . .	32
5. Sog. «überschiessende» Beweisergebnisse . . . . .	33
6. Implizite Sachvorbringen und regelmässig vorhandene Tatsachen . . . . .	35
§ 3 Untersuchungsgrundsatz als Ausnahme . . . . .	37
I. Uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz . . . . .	37
1. Anwendungsbereich . . . . .	37
2. Norminhalt bezgl. Tatsachenvorbringen . . . . .	37
II. Eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz . . . . .	38
1. Anwendungsbereich . . . . .	39
2. Norminhalt bezüglich Tatsachenvorbringen . . . . .	40
§ 4 Befristung der Parteivorbringen: Der Eventualgrundsatz . . . . .	43
I. Abgrenzung neuer Tatsachen von blossen Präzisierungen . . . . .	43
II. Echte Noven und unechte Noven . . . . .	44
	XI



III.	Massgeblicher Zeitpunkt der Präklusion . . . . .	46
1.	Bei doppelten Schriftenwechsel und/oder Instruktionsverhandlung . . . . .	46
2.	Bei einfachem Schriftenwechsel . . . . .	46
3.	Im vereinfachten Verfahren . . . . .	49
IV.	Ergebnis: Unbeschränktes Replik- und Duplikrecht . . . . .	50
§ 5	Wahrheitspflicht gemäss Treu und Glauben . . . . .	52
I.	Inhalt der Wahrheitspflicht . . . . .	52
II.	Umfang der Wahrheitspflicht . . . . .	55
1.	Wahrheitspflicht beim Behaupten . . . . .	55
2.	Wahrheitspflicht beim Bestreiten . . . . .	56
	<b>Zweiter Teil: Prozessuale Institute der Sachverhaltsdarstellung . . . . .</b>	<b>61</b>
§ 6	Behauptungslast . . . . .	61
I.	Begriffliches . . . . .	61
1.	Objektive und subjektive Behauptungslast . . . . .	62
a)	Unterscheidung . . . . .	62
b)	Objektive Behauptungslast und Untersuchungsgrundsatz . . . . .	64
2.	Abstrakte und konkrete Behauptungslast . . . . .	66
a)	In der deutschen Literatur . . . . .	66
b)	In der schweizerischen Literatur . . . . .	67
II.	Gegenstand der Behauptungslast . . . . .	71
1.	Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale . . . . .	71
a)	Deskriptive Tatbestandsmerkmale . . . . .	72
(1)	Bestimmte negative Tatsachen . . . . .	72
(2)	Unbestimmte negative Tatsachen . . . . .	73
b)	Normative Tatbestandsmerkmale . . . . .	73
2.	Unmittelbar und mittelbar rechtserhebliche Tatsachen . . . . .	75
III.	Verteilung der Behauptungslast . . . . .	77
1.	Rechtserzeugende, rechtsvernichtende und rechtshemmende Tatsachen . . . . .	78
2.	Auseinanderfallen von Beweis- und Behauptungslast . . . . .	81
IV.	Umfang der Behauptungslast . . . . .	82
1.	Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags . . . . .	85
a)	Vollständigkeit der Behauptungen . . . . .	85
(1)	Grundsätzliche Anforderungen an die Vollständigkeit . . . . .	85
(2)	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	86
(a)	Im ordentlichen Verfahren . . . . .	89
(b)	Im vereinfachten Verfahren . . . . .	90
(c)	Bei anwaltlich vertretenen Parteien . . . . .	91
b)	Konkretisierung der Behauptungen . . . . .	92
(1)	Grundsätzliche Anforderungen an die Konkretisierung . . . . .	92
(2)	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	93

---

(a)	Bei rechtsunkundigen Parteien . . . . .	94
(b)	Bei anwaltlich vertretenen Parteien . . . . .	94
2.	Reduzierte Anforderungen an die Behauptungen . . . . .	95
a)	Beweislastumkehr . . . . .	96
b)	Schadenschätzung nach gerichtlichem Ermessen . . . . .	97
(1)	Ziffernmässig nachweisbarer Schaden . . . . .	97
(2)	Ziffernmässig nicht nachweisbarer Schaden . . . . .	98
c)	Besondere Fälle der Beweisnot . . . . .	101
(1)	Besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners . . . . .	102
(2)	Bei Beweisvereitelung . . . . .	102
d)	Beweisverträge . . . . .	104
3.	«Antizipierte Behauptungen» . . . . .	105
V.	Wirkung der Behauptungslast . . . . .	107
§ 7	Bestreitungslast . . . . .	109
I.	Wirkungen . . . . .	109
1.	«Alles was nicht bestritten ist, gilt als zugestanden» . . . . .	109
2.	Zeitpunkt der Zugeständniswirkung . . . . .	111
II.	Gegenstand der Bestreitungslast . . . . .	114
1.	Ausdrückliche und konkludente Bestreitungen . . . . .	114
2.	Einreden und Einwendungen des Bestreitungsbelasteten . . . . .	116
a)	Rechtsnatur . . . . .	117
b)	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	118
III.	Umfang der Bestreitungslast . . . . .	121
1.	Erheblichkeit der Bestreitungen . . . . .	121
a)	Vollständigkeit der Bestreitungen . . . . .	122
(1)	Grundsätzliche Anforderungen an die Vollständigkeit . . . . .	122
(2)	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	123
(a)	Im ordentlichen Verfahren . . . . .	124
(b)	Im vereinfachten Verfahren . . . . .	125
(c)	Bei anwaltlich vertretenen Parteien . . . . .	125
b)	Konkretisierung der Bestreitungen . . . . .	126
(1)	Grundsätzliche Anforderungen an die Konkretisierung . . . . .	126
(2)	Bestreiten mit Nichtwissen . . . . .	127
(a)	Voraussetzungen . . . . .	128
(b)	Zurechnung von fremden Wissen . . . . .	128
(c)	Folgen unzulässiger Bestreitung mit Nichtwissen . . . . .	129
(3)	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	130
2.	Erhöhte Anforderungen an die Bestreitung . . . . .	131
a)	Vermutungen und Beweislastumkehr . . . . .	131
b)	Behauptungs- und Beweisnot . . . . .	132
(1)	Behauptungsnot aufgrund einer sog. Informationsasymmetrie . . . . .	132

(a)	Unkenntnis der behauptungsbelasteten Partei . . . . .	133
(b)	Unzumutbarkeit der Informationsbeschaffung . . . . .	133
(c)	Kenntnis der bestreitungsbelasteten Partei . . . . .	134
(d)	Zumutbarkeit der Informationsbeibringung . . . . .	134
(2)	Weitere Fälle . . . . .	135
(3)	<i>Sedes materiae</i> der besonderen Mitwirkungslast . . . . .	135
c)	Echtheit von Urkunden . . . . .	137
d)	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	137
3.	Allgemeine Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Partei? . . .	137
IV.	Relativierung der Bestreitungslast: Die Beweiserhebung von Amtes wegen . . . . .	139
§ 8	Substantiierungslast . . . . .	142
I.	Begriffliches . . . . .	142
1.	Substantiiertes Behaupten und substantiiertes Bestreiten . . . . .	143
2.	Materiellrechtliche und prozessrechtliche Seite der Substantiierungslast . . . . .	144
3.	Abstrakte und konkrete Substantiierungslast . . . . .	146
II.	Gegenstand der Substantiierungslast . . . . .	146
III.	Funktionen der Substantiierungslast . . . . .	148
1.	Ermöglichung eines sinnvollen, rationellen Beweisverfahrens . . . .	148
2.	Ermöglichung des Gegenbeweises . . . . .	150
3.	Verhinderung des Ausforschungsbeweises . . . . .	151
4.	Ermöglichung der Subsumtion durch das Gericht . . . . .	153
5.	Ermöglichung einer Plausibilitätskontrolle des Sachvortrags? . . . .	154
IV.	Umfang der Substantiierungslast . . . . .	155
1.	Beispiele aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung . . .	155
2.	Grenzen generell-abstrakter Definitionen . . . . .	158
3.	Reduzierte Anforderungen an die Substantiierungslast . . . . .	160
4.	Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht . . . . .	161
V.	Kritiken in der Lehre an der Rechtsprechung . . . . .	162
	<b>Zusammenfassende Übersicht der wichtigsten Ergebnisse . . . . .</b>	<b>167</b>
1.	Grundsätze der Sachverhaltsermittlung . . . . .	167
2.	Behauptungslast . . . . .	168
3.	Bestreitungslast . . . . .	169
4.	Substantiierungslast . . . . .	170
	Abkürzungsverzeichnis . . . . .	173
	Literaturverzeichnis . . . . .	177
	Materialienverzeichnis . . . . .	187

# Einleitung

Mit Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung<sup>1</sup> am 1. Januar 1  
2011 wurde, zusammen mit der Aufhebung der bisherigen 26 kantonalen Zivil-  
prozessordnungen, die zuweilen unüberschaubar gewordene vertikale, wie auch  
horizontale Rechtszersplitterung<sup>2</sup> grösstenteils reduziert.<sup>3</sup> Damit konnte ebenso  
ungeschriebenes Verfahrensrecht<sup>4</sup>, welches sich jahrzehntelang durch die Recht-  
sprechung des Bundesgerichts angesammelt hatte, nachgeführt<sup>5</sup> sowie viele der  
in der Rechtsordnung zerstreuten Einzelbestimmungen mit prozessuellem Ge-  
halt<sup>6</sup> in einer Kodifikation zusammen gefasst werden.

Von dieser Kodifizierung und Konsolidierung des Prozessrechts verspricht 2  
sich der Gesetzgeber einerseits eine Verbesserung der Rechtssicherheit und  
eine Vereinfachung der Prozessführung, andererseits mehr Verfahrenseffizienz,<sup>7</sup>  
was eines der Hauptziele dieser Gesetzesnovelle darstellte.<sup>8</sup> Ein effizientes Ver-  
fahren steht aber immer im Spannungsfeld von materieller Wahrheitsfindung

---

<sup>1</sup> SR 272, AS 2010 1739.

<sup>2</sup> Siehe dazu insbesondere SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit, S. 151 ff.; BE-  
RICHT VE-ZPO, S. 5; BOTSCHAFT, S. 7228 ff.

<sup>3</sup> Es verbleiben vereinzelt Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts betreffend die Ge-  
richtsorganisation (Art. 3 ZPO), die sachliche und funktionelle Zuständigkeit (Art. 4 ff.  
ZPO), die Urteilsberatung (Art. 54 Abs. 2 ZPO), die berufsmässige Vertretung vor Gericht  
durch Sachwalter und Rechtsagenten (Art. 68 Abs. 2 lit. b. und d. ZPO), die Tarife für die  
Prozesskosten (Art. 96 ZPO), die kantonale Kostenbefreiung (Art. 116 ZPO) sowie den  
Gebrauch der Verfahrenssprache bei mehreren kantonalen Amtssprachen (Art. 129 ZPO).

<sup>4</sup> Diese Normen beruhten auf dem ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Prinzip, wo-  
nach der Bund im Zivilprozess so weit legiferieren darf, als es für die Verwirklichung  
des materiellen Zivilrechts notwendig war (BOTSCHAFT, S. 7229, mit Hinweis auf das  
Gutachten von EICHENBERGER). In diesem Zusammenhang von WALTER auch als «der  
unverdächtige und elegante Begriff des formellen Bundeszivilrechts» bezeichnet  
(DERGL., Auf dem Weg, S. 314). Siehe für die extensive Reflexwirkung der Zivilprozess-  
ordnung auf andere Erlasse insbesondere Art. 402 ZPO sowie den Anhang 1 der ZPO.

<sup>5</sup> Z.B. betreffend Rechtskraft (BGE 95 II 639, 643), Rechtshängigkeit (dazu BGE 114 II  
183, 186; nun in Art. 62 ff. ZPO), Feststellungsklage (BGE 110 II 352, 355) und vorsorg-  
lichem Rechtsschutz.

<sup>6</sup> Bspw. die Bestimmungen des GestG; Art. 10, 28c-28 f, 110, 116, 135–149 aZGB;  
Art. 274–274g, 343 aOR.

<sup>7</sup> Die BOTSCHAFT, S. 7232, spricht jedoch gleichzeitig auch davon, dass die Verfahrensef-  
fizienz «nicht nur ein gerne zitierter, sondern auch ein sehr umstrittener und strapazierter  
Begriff» sei.

<sup>8</sup> BOTSCHAFT, S. 7230 ff.

und beförderlicher Prozesserledigung,<sup>9</sup> weshalb ein Rechtsstaat gefordert ist, eine Mittellösung anzustreben, die einerseits der Gefahr der Prozessverschleppung entgegenwirkt und die andererseits im Interesse der Wahrheitsfindung nicht zu viel an Prozessstrenge enthält,<sup>10</sup> ohne dass die Erkenntnis der Form geopfert wird.<sup>11</sup> Dieses Ringen um eine ausgewogene Lösung zeigte sich insbesondere bei den ausführlichen Beratungen zur Eventualmaxime, bzw. zu den Artikeln des Novenrechts<sup>12</sup>, welche in der Expertenkommission<sup>13</sup>, der Literatur<sup>14</sup>, im Vernehmlassungsverfahren<sup>15</sup> und zuletzt im Parlament<sup>16</sup> äusserst umstritten waren.<sup>17</sup>

- 3 Vor diesem Hintergrund soll anhand der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, der in- und ausländischen wissenschaftlichen Literatur sowie der – vorwiegend bundesgerichtlichen – Rechtsprechung untersucht werden, wie die einzelnen prozessualen Lasten der Sachverhaltsermittlung geregelt sind, d.h. welche Anforderungen an die Parteien an das Vorbringen von Tatsachen im Prozess gestellt werden und welche Nachteile drohen, wenn diesen Anforderungen nicht genügt wird.
- 4 Dazu werden zunächst im ersten Teil die Grundsätze der Sachverhaltsermittlung erarbeitet und insbesondere die Aufgabenteilung zwischen den Parteien und dem Gericht betrachtet. Zentral ist in diesem Zusammenhang der Verhandlungsgrundsatz, welcher nun mit allen Teilaspekten Bundesrecht und dadurch einer einheitlichen Auslegung zugänglich ist. Von besonderem Interesse ist hier vor allem, inwiefern die neu eingeführten Bestimmungen über die gerichtliche Fragepflicht die Behauptungs- und Bestreitungslast tangieren. Damit soll gleichzeitig der Anwendungsbereich der Behauptungs- und Bestreitungslast ermittelt werden, insbesondere auch in welchen Verfahren und Verfahrensarten diese prozessualen Lasten von Bedeutung sind.
- 5 Im Zweiten Teil dieser Arbeit sollen die einzelnen Konkretisierungen der Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast eingehend betrachtet werden. Dabei ist vordergründig eine genaue Bestimmung des Begriffs und des Umfangs der jeweiligen Institute vorgesehen. Insbesondere soll dabei auch je-

---

<sup>9</sup> Siehe dazu RÜEGG, S. 64; SUTTER-SOMM, Grundsatzfragen, S. 17.

<sup>10</sup> SUTTER-SOMM, Grundsatzfragen, S. 17.

<sup>11</sup> WALTER, Auf dem Weg, S. 313.

<sup>12</sup> Insbesondere Art. 229 f. ZPO.

<sup>13</sup> Dazu SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 311; RÜEGG, S. 64.

<sup>14</sup> Anstatt vieler RÜEGG, *passim*; WALTER, Auf dem Weg, *passim*.

<sup>15</sup> Siehe dazu VERNEHMLASSUNGEN VE-ZPO, S. 564 ff.

<sup>16</sup> Das schärfere Novenrecht konnte sich erst nach der Differenzbereinigung durchsetzen, siehe dazu AB 2008 N 1634.

<sup>17</sup> Siehe dazu insgesamt KLINGLER, S. 117 ff.

weils der Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht ermittelt und dargestellt werden.

Im Anschluss an diese Betrachtungen folgt eine zusammenfassende Übersicht über die wichtigsten Ergebnisse in Form von knappen Kernaussagen, jeweils mit Verweisen auf die entsprechenden Fundstellen im Text. 6



# Erster Teil: Grundsätze der Sachverhaltsermittlung

## § 1 Grundlagen der Sachverhaltsermittlung

Damit in einem Zivilprozess über eine Rechtsstreitigkeit entschieden werden kann, müssen in einem ersten Verfahrensabschnitt diejenigen Tatsachen<sup>18</sup> festgestellt werden, anhand welcher das Gericht die angemessenen Rechtsfolgen für das Urteil bestimmen kann. In diesem sog. **Behauptungsstadium** des Prozesses haben die Parteien deshalb dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Rechtsbegehren stützen, darzulegen und die Beweismittel zu nennen. Bei streitig gebliebenen Tatsachendarstellungen nimmt das Gericht im darauffolgenden **Beweisverfahren** die angebotenen Beweise ab und würdigt diese. Erst danach kann das Gericht das Erkenntnisverfahren in einem letzten Verfahrensschritt mit einem **Urteil** abschliessen.<sup>19</sup> Kurz formuliert: Die Parteien erstellen den Sachverhalt, das Gericht spricht gestützt darauf das Recht.<sup>20</sup>

Da das Gericht vom im Streit liegenden Sachverhalt keine unmittelbare Kenntnis hat, muss im Weiteren geklärt werden, welche der am Prozess Beteiligten diese Tatsachen dem Gericht vorzutragen hat oder ob das Gericht selbst zur Ermittlung dieser Tatsachen schreiten darf. Der von den Parteien vorgetragene Sachverhalt tritt dabei jeweils nur als Parteibehauptung, resp. als Aussage von Personen über Tatsachen und damit letztendlich immer nur als Tatsachenurteile auf.<sup>21</sup> Das Gericht muss sich demnach anhand gegenwärtiger Tatsachen (Urkun-

---

<sup>18</sup> Rechtsfragen brauchen grundsätzlich keine erörtert zu werden, weil das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet – als Parömie: «*Iura novit curia*» (vgl. dazu Art. 57 ZPO; zur Herkunft der Parömie siehe MÜLLER O., *Jura novit curia*, S. 41; LIEBS, S. 116).

<sup>19</sup> Währenddessen ältere Prozessordnung noch eine strenge Trennung zwischen den einzelnen Verfahrensabschnitten (Behauptungsstadium, Beweisstadium und Entscheidstadium) vorsahen, trennt die ZPO, wie viele moderne Prozessgesetze, das Behauptungsstadium und das Beweisstadium nicht streng voneinander (statt vieler BK-KILLIAS ZPO 226 N 12; ZK-LEUENBERGER ZPO 226 N 11). Das Beweisverfahren kann gemäss Art. 226 ZPO auch schrittweise erfolgen und erlaubt damit, dass anlässlich einer Instruktionsverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel bereits einzelne Beweis abgenommen werden können (statt vieler BK-KILLIAS ZPO 226 N 12; ZK-LEUENBERGER ZPO 226 N 11). Vgl. auch HIGI, S. 466 ff., welcher für die Verfahrensabschnitte die einzelnen Schritte der Sachverhaltssammlung, Sachverhaltsrelevanzermittlung, Sachverhaltsfixierung, Beweismittelverwertung und Sachurteil unterscheidet.

<sup>20</sup> Als Parömie «*Da mihi facta dabo tibi ius*».

<sup>21</sup> So schon für das deutsche Recht Stein/Jonas-LEIPOLD § 284 N 9 ff. Für eine Unterscheidung von Tatsache und deren Behauptung auch BSK-GUYAN ZPO 150 N 1.



den, Partei- und Zeugenaussagen etc.) vorstellen, dass ein gewisser Sachverhalt «so gewesen sein muss».<sup>22</sup> Mit anderen Worten ausgedrückt handelt es sich damit immer nur um eine **mittelbare Feststellung**, eine gedankliche Rekonstruktion des Vergangenen. Dieser gedanklichen Rekonstruktion entspricht auch, dass die Parteibehauptungen vom Gericht anhand der rechtsgeschäftlichen Auslegungsgrundsätzen nach deren erkennbaren Sinn auszulegen sind.<sup>23</sup>

## I. Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen

- 9 Damit das Gericht mittels Subsumtion die angemessenen Rechtsfolgen für das Urteil bestimmen kann, bezweckt die Sachverhaltsermittlung die Erstellung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, die das materielle Recht zur Voraussetzung einer Rechtswirkung gemacht hat.<sup>24</sup> Den Entscheid des Gerichts beeinflussen dabei nur die **rechtserheblichen Tatsachen**, d.h. diejenigen Tatsachen, die überhaupt dazu geeignet sind, die Tatbestandsmerkmale der jeweils angerufenen Norm auszufüllen.<sup>25</sup> Aufgrund ihres Verhältnisses zum abstrakten Tatbestandsmerkmal unterscheiden sich dabei die **unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen**, deren Vorliegen oder Fehlen eine Rechtsfolge unmittelbar begründen, von den bloss **mittelbar rechtserheblichen Tatsachen**, die nicht selbst eine Voraussetzung einer Rechtsfolge bilden, aus denen aber anhand von Erfahrungsgrundsätzen auf das Vorliegen oder Fehlen von unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen geschlossen werden kann, auch sog. **Indizien** genannt.<sup>26</sup>
- 10 Unter dem Begriff der Tatsache im Sinne der ZPO<sup>27</sup>, welcher mit dem Begriff der Tatsache in Art. 8 ZGB übereinstimmt, sind nicht bloss Tatsachen im

---

<sup>22</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI ZGB 1 N 213.

<sup>23</sup> Vgl. GULDENER, S. 262, ebenso BK-KRAMER Art. 18 N 65; BGer. 4P.19/2003, Erw. 3.1. sowie 4P.152/2004, Erw. 7.1.1.: «Prozessuale Parteihandlungen, die in Erklärungen bestehen, sind [...] nach den für rechtsgeschäftliche Erklärungen geltenden Grundsätze auszulegen [...] Abzustellen ist auf den Sinn der Erklärung, der nach Treu und Glauben aus dem Verständnishorizont des Gerichts zu ermitteln ist». Für eine in diesem Zusammenhang interessante Untersuchung zu sog. «Wahrnehmungsstörungen», bzw. kognitiven Verzerrungen von Richterinnen und Richtern vgl. auch die Fallstudien von SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, S. 77 ff.

<sup>24</sup> Definition gemäss der deutschen Lehre bei Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 284 N 7.

<sup>25</sup> Als Parömie «*Frustra probatur, quod probatum non relevat*» (BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Codex iustinianus 4, 19, 21; Vergebens wird bewiesen, was, wenn es bewiesen ist, nicht stützt.); statt vieler BK-KUMMER ZGB 8 N 10; BK-WALTER ZGB 8 N 12; SUTTERSOMM, Zivilprozessrecht, N 773; BGE 123 III 35, 40; BGE 114 II 289, 290. Vgl. auch Art. 150 Abs. 1 ZPO: «Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen.»

<sup>26</sup> BK-KUMMER ZGB 8 N 93; BK-BRÖNNIMANN ZPO 150 N 5.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 55, Art. 150 ff. und Art. 221 f. ZPO.

engeren Wortsinn zu verstehen, sondern alle konkreten, nach Raum und Zeit bestimmten Gegebenheiten der Aussenwelt und des menschlichen Seelenlebens.<sup>28</sup> Im Unterschied zu den für die Aussenwelt wahrnehmbaren sog. **äusseren Tatsachen**<sup>29</sup> lassen sich die sog. **inneren Tatsachen**<sup>30</sup>, wie bspw. Absicht, böser Glaube, der Wille eines Erblassers oder das Schmerzempfinden einer Person, in der Regel nur anhand von Indizien<sup>31</sup> beweisen. Auch **hypothetische Tatsachen** (bspw. das mutmassliche Verhalten eines arglistig Getäuschten) oder **zukünftige Tatsachen** (bspw. Prognosen über die Gewinnentwicklung eines geschädigten Unternehmens) können Gegenstand der Sachverhaltsermittlung sein, ebenso wie das Nichtvorliegen von Tatsachen (sog. **negative Tatsachen**<sup>32</sup>) und die Unmöglichkeit einer Tatsache.<sup>33</sup>

Unter den erweiterten Gesetzesbegriff der Tatsache in Art. 8 ZGB sowie in Art. 55, 150 ff. und 221 f. ZPO zu zählen sind schliesslich die Erfahrungssätze, der Ortsgebrauch und die Übung, das Gewohnheitsrecht sowie ausnahmsweise Rechtssätze, sofern ausländisches Recht bewiesen werden muss.<sup>34</sup> Die Ermittlung der anwendbaren inländischen gesetzlichen Normen hingegen ist nicht Gegenstand der Sachverhaltsermittlung; denn diese fallen unter die gerichtliche Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 57 ZPO.<sup>35</sup> 11

## II. Aufgabenteilung bei der Sachverhaltsermittlung

Da, wie bereits erwähnt, das Gericht von dem im Streit liegenden Sachverhalt keine unmittelbare Kenntnis hat, muss eine Zivilprozessordnung Bestimmungen über eine Aufgabenteilung zwischen den Parteien und dem Gericht vorsehen, die verbindlich festlegt, welche der am Prozess Beteiligten dem Gericht die Tatsachen zum Sachverhalt vorzutragen hat oder ob diese vom Gericht selbst zu ermitteln sind. 12

---

<sup>28</sup> Statt vieler BK-KUMMER ZGB 8 N 86 ff.; BK-WALTER N 87 ff., 88. Vgl. für die beinahe identische Definition nach der deutschen Lehre Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 284 N 7 m.w.H. zur deutschen Rechtsprechung.

<sup>29</sup> Dazu eingehend BK-WALTER ZGB 8 N 92.

<sup>30</sup> Dazu eingehend BK-WALTER ZGB 8 N 95.

<sup>31</sup> Teilweise werden in der Literatur die Indizien den Hilfstatsachen gleichgestellt, vgl. dazu unten N 52 f.

<sup>32</sup> Dazu eingehend unten N 143 ff.

<sup>33</sup> Statt vieler BK-KUMMER, ZGB 8 N 90; ZK-HASENBÖHLER ZPO 150 N 4 ff.

<sup>34</sup> Statt vieler BK-KUMMER, ZGB 8 N 86 ff.; BK-WALTER ZGB 8 N 87; BK-BRÖNNIMANN ZPO 150 N 20 ff.; ZK-HASENBÖHLER ZPO 150 N 24 ff.; BSK-GUYAN ZPO 150 N 6 ff.

<sup>35</sup> Statt vieler BK-HURNI ZPO 57 N 1 ff.; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 57 N 4 ff.; BSK-GEHRI ZPO 57 N 1 ff. und hinten N 145.

- 13 Die dichotome und grundlegende Unterscheidung zwischen einem «Nichts von Amtes wegen» und einem «Alles von Amtes wegen» wird NIKOLAUS THADDÄUS VON GÖNNER zugeschrieben,<sup>36</sup> welcher in seinem Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses unter der Überschrift «Verschiedenheit der beiden Maximen, auf welche eine Vergleichung des gemeinen deutschen Prozesses mit der neuen königlich preussischen Prozessordnung» die beiden Begriffe der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime schuf.<sup>37</sup> Obschon die beiden Begriffe, wie sie GÖNNER geschaffen hat, noch heute gebraucht werden, sind die dahinter stehenden Verfahrensgrundsätze das Resultat einer weiteren und längeren geschichtlichen Entwicklung.<sup>38</sup> Die Begriffe, wie sie heute verwendet werden, und damit insbesondere auch eine begriffliche Unterscheidung zwischen der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime von der Dispositions- und Officialmaxime, wurden dabei erst in den darauffolgenden Jahrhunderten nach Ihrer Entstehung heraus gearbeitet.<sup>39</sup>
- 14 Die Schweizerische Zivilprozessordnung folgt nun in Art. 55 ZPO dieser Tradition von der Lehre vom Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz, wie sie bereits zuvor auch sämtliche kantonalen Zivilprozessordnungen kannten. Damit ist für die Aufgabenteilung bei der Sachverhaltsermittlung in erster Linie Art. 55 ZPO massgebend, welcher als Grundsatz festlegt, dass – unter dem Vorbehalt anderslautender gesetzlicher Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen – die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel anzugeben haben. Damit hat der Gesetzgeber in Art. 55 ZPO eine auf rechtspolitischen Erwägungen<sup>40</sup> gestützte Aufgabenteilung

---

<sup>36</sup> ZETTEL, S. 53.

<sup>37</sup> BOMSDORF, S. 122 und S. 127 mit Zitaten von GÖNNER (S. 183): «Nichts von Amtswegen ist hier die allgemeine Maxime, welche, nur wenige Ausnahmen abgerechnet, für das ganze gerichtliche Verfahren in allen seinen Theilen aufgestellt wird, und welche man die **Verhandlungsmaxime** nennen kann, weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren Verhandlungen abhängt.» und (S. 184): «Alles von Amtswegen; diese ist die allgemeine Maxime, welche bey diesem Prozesse für das ganze Verfahren, in allen seinen Theilen, nur wenige Ausnahmen abgerechnet, aufgestellt wird; bey ihr gehet alles den Weg einer richterlichen Untersuchung; man kann sie daher die **Untersuchungsmaxime** nennen.»

<sup>38</sup> Siehe dazu grundlegend BOMSDORF, S. 95 ff.; ZETTEL, S. 53 ff.

<sup>39</sup> ZETTEL, S. 17 ff.; WIEGAND, S. 132 FN 22 m.w.H. in FN 23.

<sup>40</sup> Siehe zu den einzelnen Begründungen für die grundsätzliche Geltung des Verhandlungsgrundsatzes statt vieler ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 9; BK-HURNI ZPO 55 N 5 f. Grundsätzlich wird eine «**ideologische**» von einer «**technischen**» **Begründung** des Verhandlungsgrundsatzes unterschieden: Während sich die ideologische Begründung auf die im Privatrecht vorherrschende Privatautonomie stützt, legitimiert sich die technische Begründung anhand von Zweckmässigkeitsüberlegungen, wonach ein kontradikto-

im Prozess vorgenommen, wonach die Parteien die tatsächlichen Urteilsgrundlagen zu beschaffen haben und es demgegenüber dem Gericht einzig obliegt, den Prozess zu leiten und das Recht anzuwenden, falls nicht ausnahmsweise der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber hat damit den Verhandlungsgrundsatz zur Regel und den Untersuchungsgrundsatz zur Ausnahme erklärt.<sup>42</sup>

Nach dem Vorgesagten bestimmt damit der Verhandlungsgrundsatz zwar, 15 dass die rechtserheblichen Tatsachen von den Prozessparteien beigebracht werden müssen, nicht aber die Art und Weise, wie diese Beibringung zu erfolgen hat.<sup>43</sup> Für die weitere Untersuchung der Anforderungen an die Tatsachenvorbringen ist es deshalb angezeigt, über den Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz hinaus sowohl den Eventualgrundsatz<sup>44</sup>, welcher die zeitlichen Anforderungen, d.h. die Befristung der Parteivorbringen regelt, wie auch den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>45</sup> in der weiteren Betrachtung zu berücksichtigen.

---

risch ermittelter Sachverhalt, d.h. eine Sachverhaltsermittlung durch Parteien mit gegensätzlichen Motiven, am geeignetsten ist, eine umfassende Sachverhaltsabklärung zu gewährleisten. Vgl. zur kritischen Auseinandersetzung mit den jeweiligen Argumenten insbesondere auch SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 11 ff.

<sup>41</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 7; BK-HURNI ZPO 55 N 7. Siehe dazu auch BGE 115 II 464, 465: «Unter der Herrschaft der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime ist es vielmehr deren [die Parteien; Anm. d. Autors] Sache, die geltend gemachten Ansprüche zu benennen sowie den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen; dem Richter obliegt einzig, die zutreffenden Rechtssätze auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen.»

<sup>42</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 7; BK-HURNI ZPO 55 N 2.

<sup>43</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 11; DIKE-GLASL ZPO 55 N 6; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 19.

<sup>44</sup> Siehe dazu unten N 77 ff.

<sup>45</sup> Siehe dazu unten N 97 ff.

## § 2 Verhandlungsgrundsatz als Regel

- 16 Der Normgehalt des Verhandlungsgrundsatzes lässt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetzestext erschliessen: Die Formulierung in Art. 55 ZPO umschreibt lediglich, dass die Parteien die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben haben. Damit ist zuerst der Normgehalt des Verhandlungsgrundsatzes aufgrund seiner Teilgehalte zu ermitteln. Danach folgt eine Darstellung der Relativierungen des Verhandlungsgrundsatzes.

### I. Normgehalt des Verhandlungsgrundsatzes

- 17 Gemäss der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umschreibt der Verhandlungsgrundsatz, dass das Gericht seiner Entscheidung ausschliesslich diejenigen Tatsachen zu Grunde legen darf, die von einer Partei zuvor in den Prozess eingeführt worden sind.<sup>46</sup> *E contrario* folgt daraus, dass Tatsachen, die von keiner Partei vorgetragen wurden, vom Gericht nicht berücksichtigt werden dürfen.<sup>47</sup> Mit anderen Worten ist es damit dem Gericht als Grundsatz untersagt, den Sachverhalt von sich aus zu ergänzen, was vereinzelt auch als «Sperrwirkung» des Verhandlungsgrundsatzes bezeichnet wird.<sup>48</sup> Insoweit der dargestellte Sachverhalt unwidersprochen bleibt, folgt aus der Bindung des Gerichts an diese Tatsachendarstellungen, dass diese ohne weitere Prüfung als wahr dem Urteil zu Grunde zu legen sind.<sup>49</sup>
- 18 Damit die rechtserheblichen Tatsachen im Prozess nicht unberücksichtigt bleiben, obliegt es deshalb den Parteien entsprechend ihrer **Behauptungslast**<sup>50</sup>, diejenigen Tatsachen vorzubringen, die als Begründung für die geltend gemachten Ansprüche gemäss ihren Rechtsbegehren notwendig sind.<sup>51</sup> Im Gegenzug dazu beschreibt die **Bestreitungslast**<sup>52</sup> die prozessuale Last der gegnerischen

---

<sup>46</sup> Als Parömie «*Iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*»; statt vieler GULDENER, S. 159; KUMMER, S. 77; BK-HURNI ZPO 55 N 9; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 12; BSK-GEHRI ZPO 55 N 3; BGE 115 II 464, 465.

<sup>47</sup> Als Parömie «*Quod non est in actis non est in mundo*», siehe zur Herkunft LIEBS, S. 199; statt vieler GULDENER, S. 160; KUMMER, S. 78; BK-HURNI ZPO 55 N 9; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 13; BSK-GEHRI ZPO 55 N 3; DIKE-GLASL ZPO 55 N 7.

<sup>48</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 6 f.; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 18; bei ZETTEL, S. 26 m.w.H., findet sich auch der Begriff der «Sperrfunktion».

<sup>49</sup> Statt vieler GULDENER, S. 160; BK-HURNI ZPO 55 N 10; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 12.

<sup>50</sup> Dazu ausführlich unten N 114 ff.

<sup>51</sup> Statt vieler BK-HURNI ZPO 55 N 12; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 20; BSK-GEHRI ZPO 55 N 3; DIKE-GLASL ZPO 55 N 6.

<sup>52</sup> Dazu ausführlich unten N 224 ff.

Partei, diesen Tatsachenvorträgen mit ihren eigenen Tatsachendarstellungen zu widersprechen, da jene sonst aufgrund der Sperrwirkung ungeprüft für das Gericht verbindlich sind.<sup>53</sup> Das blosse Nichtbestreiten hat hier demzufolge die gleiche Wirkung wie ein Zugeständnis.<sup>54</sup> Folglich entspringen sowohl die Behauptungs- wie auch die Bestreitungslast als unmittelbare Teilgehalte dem Norminhalt des Verhandlungsgrundsatzes.

Als ein weiterer Teilgehalt sieht der Verhandlungsgrundsatz überdies vor, 19 dass die Parteien die Beweismittel für ihre Vorbringen zu bezeichnen haben.<sup>55</sup> Aus dem Umkehrschluss folgt daraus, dass das Gericht grundsätzlich keine eigenen Beweise erheben darf, mithin an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist.<sup>56</sup> Damit obliegt es dem Behauptungsbelasteten im Bestreitungsfall durch die gegnerische Partei, seine Behauptungen zu beweisen. Ansonsten muss das Gericht, welches grundsätzlich nach dem Regelbeweismass zur vollen Überzeugung über das Bestehen einer Tatsache gelangen muss, vom Nicht-Bestehen dieser Tatsache ausgehen.<sup>57</sup> Diese prozessuale Last einer Partei, welche die Bezeichnung, den Antrag und das Anerbieten der Beweise für Tatsachenvorbringen beinhaltet, bezeichnet man auch als **Beweisführungs-**last.<sup>58</sup>

## II. Relativierungen des Verhandlungsgrundsatzes

Die Durchführung eines reinen Verhandlungsgrundsatzes, wie soeben dargestellt, gestattet es den Parteien, den Umfang und die Beweisbedürftigkeit des vorgetragenen Sachverhaltes in erheblichem Masse selbst zu bestimmen, da 20 sämtliche übereinstimmende und unstreitigen Tatsachenbehauptungen vom Gericht als wahr behandelt und dem Urteil ohne Weiteres zu Grunde gelegt werden müssen.<sup>59</sup> Die Wahrheitsermittlung durch das Gericht erfolgt damit gewissermassen nur auf Initiative der Parteien hin, was dazu führt, dass

<sup>53</sup> Statt vieler BK-HURNI ZPO 55 N 37; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 22; DIKE-GLASL ZPO 55 N 17.

<sup>54</sup> Siehe dazu insbesondere N 226 ff. und FN 693.

<sup>55</sup> Statt vieler GULDENER, S. 160; KUMMER, S. 77; BK-HURNI ZPO 55 N 45; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 53; BMcK-SCHENKER ZPO 55 N 7.

<sup>56</sup> Statt vieler BK-HURNI ZPO 55 N 11; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 53.

<sup>57</sup> Diese Fälle werden als «*non liquet*» bezeichnet (wörtlich übersetzt: «es ist nicht klar»). Ein *non liquet* bezeichnet die Situation, in der eine Tatsachenbehauptung aufgrund der widersprechenden Sachvorträgen auch nach einer Beweisabnahme, die zu keiner Überzeugung des Gerichts führt, unbewiesen bleibt. Siehe dazu statt vieler BSK-OBERHAMMER ZPO 236 N 6.

<sup>58</sup> Statt vieler BK-HURNI ZPO 55 N 45; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 13; BSK-GEHRI ZPO 55 N 5.

<sup>59</sup> Siehe dazu bereits oben N 17 mit Hinweisen; statt vieler DIKE-GLASL ZPO 55 N 8.

selbst ein offensichtlich unrichtiger Sachverhalt zur Urteilsgrundlage werden kann.<sup>60</sup>

21 Der reine Verhandlungsgrundsatz wird denn auch aufgrund dieser starren Bindung des Gerichts an einen selbst nicht verwirklichten, unrichtigen Sachverhalt als das «Prinzip der formellen Wahrheit» bezeichnet.<sup>61</sup> Dies im Gegensatz zum Prinzip der materiellen Wahrheit, d.h. dem Untersuchungsgrundsatz, bei dem das Gericht nach eben dieser materiellen Wahrheit – dem historischen Sachverhalt – zu forschen hat. Eine übermässige Bindung des Gerichts an die übereinstimmenden Sachvorbringen der Parteien im Rahmen des reinen Verhandlungsgrundsatzes birgt damit immer die Gefahr, dass materielle und formelle Wahrheit auseinanderfallen.<sup>62</sup>

22 Diese Gefahr eines Auseinanderfallens von materieller und formeller Wahrheit veranlasste den Bundesrat bereits in seiner Botschaft vom 14. März 1947 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess<sup>63</sup> zur Feststellung, dass eine reine Verhandlungsmaxime sich nicht mit der heutigen Auffassung von der Aufgabe und Stellung des Gerichts vertrage.<sup>64</sup> Im Interesse einer richtigen Entscheidungsfindung durch das Gericht wurde deshalb ausdrücklich eine Eindämmung des Verhandlungsgrundsatzes und eine Stärkung der richterlichen Prozessleitung gefordert, indem dem Gericht über die blosse formelle Prozessleitung hinaus die Möglichkeit gegeben werde sollte, zur Verbesserung und Ergänzung der Parteivorbringen einzugreifen; insbesondere sollte das Gericht auf ungenügende Tatsachenvorbringen aufmerksam machen und gegebenenfalls fehlende Beweismittel beiziehen können.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> Statt vieler DIKE-GLASL ZPO 55 N 8; ZETTEL, S. 42. GASSER/RICKLI ZPO 55 N 3 bildlich: «Würde die Verhandlungsmaxime in reinsten Form herrschen, so käme das Gericht einer *Sphinx* gleich: bei der Erstellung des Sachverhaltes wäre es passiv, abwartend, die Augen geschlossen. Erst bei Spruchreife würde es die Augen öffnen und Recht sprechen (*dabo tibi ius*).»

<sup>61</sup> Statt vieler GULDENER, S. 160; BK-HURNI ZPO 55 N 10; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 57; DIKE-GLASL ZPO 55 N 8; BOTSCHAFT, S. 7311; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 77 N 6.

<sup>62</sup> DIKE-GLASL ZPO 55 N 9.

<sup>63</sup> SR 273, am 1. Juli 1948 in Kraft getreten.

<sup>64</sup> BOTSCHAFT BZP, S. 990: «Die reine Verhandlungsmaxime – nämlich der Grundsatz, dass die Sammlung des Prozessstoffes Sache der Parteien ist und der Richter sich jeder Einflussnahme auf die Beschaffung eines ausreichenden Urteilsmaterials enthalten soll – verträgt sich nicht mit der heutigen Auffassung von der Aufgabe und Stellung des Richters. [...] Namentlich fehlt dem Richter ein materielles Prozessleitungsrecht [...].»; WALTER, Auf dem Weg, S. 318.

<sup>65</sup> Vgl. dazu BOTSCHAFT BZP, S. 990: «Es erscheint als geboten, dass dem Richter die Möglichkeit gegeben werde, zur Verbesserung und Ergänzung des Parteivorbringens einzugreifen, insbesondere auf eine ungenügende Substanziierung aufmerksam zu machen

Diesen Erwägungen entsprechend fand sich denn auch in keiner der 26 kantonalen Prozessordnungen der reine Verhandlungsgrundsatz voll verwirklicht. Der Verhandlungsgrundsatz wurde bereits in den kantonalen Zivilprozessordnungen und wird auch notwendigerweise in der Schweizerischen Zivilprozessordnung durch andere prozessuale Regelungen relativiert, was allgemein als Einschränkungen<sup>66</sup>, Einbrüche<sup>67</sup>, Milderungen<sup>68</sup>, Abschwächungen<sup>69</sup> und zuweilen auch als Durchbrechung<sup>70</sup> oder auch als Erweiterung<sup>71</sup> des Verhandlungsgrundsatzes umschrieben wird.<sup>72</sup> Nachfolgend sollen deshalb einige wichtige dieser Relativierungen näher dargestellt werden.

## 1. Gerichtliche Fragepflicht

Wie bereits angesprochen, milderten die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen bereits in der einen oder anderen Form die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes, insbesondere durch ein gerichtliches Fragerecht, eine gerichtliche Fragepflicht oder eine gerichtliche Frage- und Hinweispflicht.<sup>73</sup> In der Vernehmlassung zum heutigen Art. 56 ZPO wurde denn auch «eine <Abschwächung> des Verhandlungsgrundsatzes» durch die Einführung einer gerichtlichen Fragepflicht nicht grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>74</sup> Mit der in Art. 56 ZPO statuierten gerichtlichen Fragepflicht hat nun der Gesetzgeber eine bundesgesetzliche Grundlage für die materielle Prozessleitung durch das Gericht geschaffen, wel-

---

und gegebenenfalls fehlende Beweismittel beizuziehen. Im Interesse der richtigen Entscheidung drängt sich das Postulat nach Eindämmung der Verhandlungsmaxime und Stärkung der richterlichen Prozessleitung auf.»

<sup>66</sup> So bei KUMMER, S. 78; BMcK-SCHENKER ZPO 55 Titel vor N 8.

<sup>67</sup> So bei GASSER/RICKLI ZPO 55 N 5.

<sup>68</sup> So bei BK-HURNI ZPO 55 Titel vor N 30; BSK-GEHRI ZPO 55 Titel vor N 7; BMcK-SCHENKER ZPO 55 N 8; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 48 in Bezug auf die gerichtliche Fragepflicht; ebenso DIKE-GLASL ZPO 55 Titel vor N 31.

<sup>69</sup> So BOTSCHAFT, S. 7275, in Bezug auf die gerichtliche Fragepflicht.

<sup>70</sup> So bei BRÖNNIMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, S. 352; BK-HURNI ZPO 55 Titel vor N 46 für die Beweiserhebung von Amtes wegen.

<sup>71</sup> So BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 74, in Bezug auf die gerichtliche Fragepflicht.

<sup>72</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 36; siehe zum Ganzen auch SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 17, m.w.H bezüglich der gerichtlichen Fragepflicht.

<sup>73</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 1 mit Hinweis auf eine Übersicht der ehemaligen kantonalen Regelungen bei SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 244 ff.; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 4 f. mit Beispielen; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 64.

<sup>74</sup> BOTSCHAFT, S. 7275; BK-HURNI ZPO 56 N 2; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 8, mit Verweis auf VERNEHMLASSUNGEN VE-ZPO, S. 280 f., sprechen von einer überwiegenden Mehrheit der Stellungnahmen in der Vernehmlassung, welche sich für eine gerichtliche Fragepflicht ausgesprochen hat.



che die Verwirklichung des «wahren Rechts» mittels Einflussnahme auf den Inhalt – und nicht bloss auf den Ablauf – des Prozesses bezweckt.<sup>75</sup>

*a) Inhalt und Umfang der Gerichtlichen Fragepflicht*

- 25 Gemäss dem Wortlaut von Art. 56 ZPO hat das Gericht, wenn die Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig sind, durch entsprechende Fragen der Partei Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung zu geben. Damit soll im Rahmen der bereits erwähnten materiellen Prozessleitung auf eine möglichst lückenfreie Darstellung des Sachverhaltes hingewirkt und die Parteien dazu veranlasst werden, Tatsachen und Beweismittel vollständig anzugeben, ihre Vorbringen zu verdeutlichen, zu berichtigen oder zu ergänzen.<sup>76</sup> Die gerichtliche Fragepflicht verfolgt dabei die Klärung des im Streit liegenden Sachverhaltes sowie die Klärung des Parteiwillens mit dem Ziel, die Parteien zu klaren, vollständigen und bestimmten Behauptungen anzuhalten.<sup>77</sup> Damit unterscheidet sich die gerichtliche Fragepflicht als **informative Parteibefragung** von einer beweismässigen Parteibefragung, bei der es um eine förmliche Einvernahme der Parteien im Sinne einer Beweismassnahme zur Erwirkung von Beweismitteln zum Sachverhalt geht.<sup>78</sup>
- 26 Unklar ist hingegen, ob die **gerichtliche Tätigkeit bei der Ausübung der Fragepflicht** bloss auf die Befragung im eigentlichen Sinne beschränkt ist oder vielmehr entgegen dem klaren Wortlaut der Bestimmung von Art. 56 ZPO ebenso Hinweise des Gerichts an die Parteien mitumfasst. Nach der letzteren Meinung soll denn auch das Gericht «auf der Suche nach der materiellen Wahrheit» nicht bloss Fragen stellen, sondern überdies Anregungen und Hinweise

---

<sup>75</sup> Dies im Gegensatz zur formellen Prozessleitung, welche bloss den äusseren Ablauf des Verfahrens gestaltet (statt vieler KUMMER, S. 75; ZK-STAEHELIN ZPO 124 N 3; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 1). Siehe dazu BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 65 und GULDENER, S. 165; BK-HURNI ZPO 56 N 5; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 2. Die Bedeutung der gerichtlichen Fragepflicht zeigt sich auch an der in der deutschen Literatur verwendeten Bezeichnung als «**Magna Charta des Zivilprozesses**» (siehe dazu SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 108 m.w.H. in FN 250).

<sup>76</sup> KUMMER, S. 79.

<sup>77</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 47; BSK-GEHRI ZPO 56 N 2. Vgl. zu den einzelnen Funktionsbeschreibungen der gerichtlichen Fragepflicht insbesondere SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 55 ff., welcher nach SPOHR, S. 56 ff., zwischen einer Klarstellungs-, einer Transformations- und Verständigungsfunktion differenziert; darauf gestützt ebenso MORDASINI, N 76 ff., welche überdies der Ergänzung der Verständigungsfunktion mit einer Vervollständigungsfunktion nach LIU, S. 251, zustimmt.

<sup>78</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 47 ff.; BSK-GEHRI ZPO 56 N 16.

geben und die Parteien ebenso über erforderliche Ergänzungen und Verdeutlichungen aufklären.<sup>79</sup> Demgegenüber spricht für eine gegenteilige Ansicht die dogmatische Unterscheidung<sup>80</sup> der Fragepflicht einerseits, die als Mithilfe bei der Sammlung der rechtserheblichen Tatsachen durch Fragen verstanden wird, von der Aufklärungspflicht andererseits, unter welcher die Aufklärung der Parteien über die rechtliche Seite des Falles verstanden wird; insbesondere dann, wenn der Wortlaut der Marginalie<sup>81</sup> und die eindeutigen Formulierung<sup>82</sup> in Art. 56 ZPO berücksichtigt werden.<sup>83</sup> Dabei fällt im Weiteren auf, dass die Aufklärungspflicht in der ZPO eigentlich keine eigene, ausdrückliche gesetzliche Grundlage hat, weshalb diese aus Art. 52 ZPO, welche alle am Verfahren beteiligten Personen verpflichtet, nach Treu und Glauben zu handeln, abzuleiten wäre.<sup>84</sup> Der bundesrätlichen Botschaft und den Materialien ist in Bezug auf diese Unterscheidung zwischen Frage- und Hinweispflicht keine Klärung zu entnehmen,<sup>85</sup> was eine Auslegung über den Wortlaut hinaus nicht erleichtert. Mit der Zielsetzung der gerichtlichen Fragepflicht als Gebot der prozessualen Fairness<sup>86</sup> kann aber dafür gehalten werden, dass diese Norm einer informativen Erörterung und Klärung des Prozessstoffes bspw. während einer Instruktionsverhandlung dient<sup>87</sup> und in der Praxis eine Unterscheidung zwischen einer Erör-

<sup>79</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX in ZPO 56 N 32; BSK-GEHRI ZPO 56 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 20; LIENHARD, N 247.

<sup>80</sup> Dazu SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 5 N 24.

<sup>81</sup> «Gerichtliche *Fragepflicht*».

<sup>82</sup> «Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht *durch entsprechende Fragen* Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung.»

<sup>83</sup> SCHALLER, Jusletter, N 35 FN 84; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 5 N 29.

<sup>84</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 5 N 29; kritisch zur Herleitung aus Art. 52 ZPO SCHALLER, Jusletter, N 35 FN 83.

<sup>85</sup> Einzig der Kommentierung zu Art. 272 und 273 E-ZPO (BOTSCHAFT, S. 7360), wo zusätzlich zu der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 54 E-ZPO «eine besondere gerichtliche Hinweispflicht» statuiert wird, lässt sich entnehmen, dass eine unterschiedliche Behandlung vorliegen könnte. Doch genau dies wird durch die Erwähnung des Wortes «besondere» wieder vereitelt, denn es ist wiederum nicht klar, ob das «besondere» in Bezug auf die allgemeine gerichtliche Fragepflicht zu verstehen ist oder aber auf eine allgemeine Hinweispflicht, welche in der gerichtlichen Fragepflicht bereits enthalten ist. Aus dem Kontext mit der Bestimmung ist einzig ersichtlich, dass die Aufforderung des Gerichts zur Einreichung fehlender Urkunden in der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nicht enthalten ist.

<sup>86</sup> HABSCHIED, N 555. FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 79, ist überdies der Ansicht, dass es sich bei der gerichtlichen Fragepflicht insgesamt um eine Konkretisierung des in Art. 52 ZPO begründeten Gebots des Handelns nach Treu und Glauben handelt; gl.A. BK-HURNI ZPO 56 N 4; AEBI-MÜLLER, S. 193.

<sup>87</sup> Wörtlich in Art. 56 ZPO «Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung».

terung einerseits und der Aufklärung andererseits ohnehin nur schwer durchführbar ist, da sich diese beiden Aspekte zumindest teilweise überschneiden.<sup>88</sup> Ebenfalls von nicht minderem Gewicht ist auch das Argument, dass von einer strikten Unterscheidung zwischen Frage- und Aufklärungspflicht aus Sicht der Praxis nichts abzugewinnen sei, da die Fragen und Hinweise des Gerichts keine unterschiedlichen rechtlichen Folgen zeitigen.<sup>89</sup> Man wird in diesem Sinne pragmatisch und zutreffenderweise mit der wohl h.L.<sup>90</sup> von einer Frage- und Aufklärungspflicht in Art. 56 ZPO sprechen können, ebenso wie «verknappend nur von Fragepflicht»<sup>91</sup>, ohne dies als Einschränkung, sondern «als Oberbegriff für die gebotene richterliche Hilfe» zu verstehen.<sup>92</sup>

*b) Voraussetzungen für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht*

- 27 Voraussetzung für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht ist die **Mangelhaftigkeit eines Parteivorbringens** im Sinne der Aufzählung in Art. 56 ZPO; damit setzt die Fragepflicht implizit voraus, dass ein Parteivorbringen<sup>93</sup> über-

---

<sup>88</sup> Siehe dazu die Beispiele bei SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 45: Wenn das Gericht die Parteien auf eine nicht behauptete Tatsache (z.B. eine offenkundige Tatsache) hinweist, die dem Urteil zu Grunde gelegt werden soll, wird damit keine Frage gestellt im Sinne der erwähnten gerichtlichen Fragepflicht, die bloss als Mit Hilfe bei der Sammlung der rechtserheblichen Tatsachen durch Fragen verstanden wird. Ebenso beschlagen Substantiierungshinweise des Gerichts die Sachverhaltsermittlung, wobei zugegebenermassen bei diesen auch von einer rechtlichen Aufklärung gesprochen werden kann. ZK-HAUCK ZPO 247 N 10 spricht auch davon, das Gericht solle aus Gründen der Effizienz nicht dazu gezwungen werden, sein Anliegen «nicht unnötig kompliziert in Frageform verpacken» zu müssen. Weitere instruktive Beispiele bei LIENHARD, N 250 ff. und N 457 ff.

<sup>89</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 45 in FN 203, weist darauf hin, dass in Deutschland diese Unterscheidung nicht anzutreffen sei.

<sup>90</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 34; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 32; ZK-HAUCK ZPO 247 N 10; BSK-GEHRI ZPO 56 N 1 ff.; KuKo-OBERHAMMER ZPO 56 N 8; GASSER/RICKLI ZPO 56 N 4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 20 ff.; MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 395 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 17 N 12 ff.; SIX, S. 97; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 45; MORDASINI, N 215; GULDENER, S. 165 f.; KUMMER, S. 79 f.; HABSCHIED, N 555 f.; a.A. DIKE-GLASL ZPO 56 N 4 und N 22 (nur für Substantiierungshinweise); SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 5 N 29; SCHALLER, Jusletter, N 35 FN 84. Vgl. aber zur gerichtlichen Fragepflicht bei Einreden unten N 245.

<sup>91</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 45 f.

<sup>92</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 79; LIEBER, S. 164.

<sup>93</sup> Bei «Vorbringen» handelt es sich um alle Erklärungen und Eingaben der Parteien, welche diese zur Begründung und Durchsetzung ihres Standpunktes abgeben, d.h. sämtliche Ausführungen zum Sachverhalt mitsamt Beweisanträgen sowie den Rechtsbegehren (FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 80).

haupt vorliegen muss, bspw. ein bestimmter Sachverhalt zumindest andeutungsweise behauptet worden ist.<sup>94</sup> Dieses Parteivorbringen muss überdies form- und fristgerecht vorgelegt haben, ansonsten es aufgrund der Präklusivwirkung des Eventualgrundsatzes vom Prozessstoff ausgeschlossen wird; damit ist gesagt, dass verspätete lückenhafte Vorbringen die gerichtliche Fragepflicht nicht auslösen.<sup>95</sup> Überhaupt gilt, dass die Mangelhaftigkeit, die der eigenen Unsorgfalt zu zuschreiben ist, kein Anlass für die gerichtliche Fragepflicht darstellt.<sup>96</sup>

Die Mangelhaftigkeit eines Vorbringens muss – wie bereits erwähnt – darin 28 bestehen, dass dieses entweder «unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig» ist. Da es nicht Sache des Gerichts ist, über eine blosser Auslegung<sup>97</sup> hinaus Parteivorbringen zu ergänzen,<sup>98</sup> gilt ein Vorbringen als unklar im Sinne des Gesetzes, wenn es dem Gericht selbst durch Auslegung unmöglich ist zu ermitteln, was der erkennbare Sinn einer Erklärung ist.<sup>99</sup> Ein unbestimmtes Vorbringen hingegen ist gegeben, wenn bspw. eine ziffernmässig zu bestimmende Grösse nicht näher bestimmt und damit eben unbestimmt ist; so liegt ein unbestimmtes jedoch klares Vorbringen vor, wenn ein Kläger Schadenersatz verlangt, ohne den eingeklagten Betrag zu nennen.<sup>100</sup> Ebenfalls Auslöser für die gerichtliche Fragepflicht sind Widersprüche in den Aussagen oder

<sup>94</sup> LIEBER, S. 165; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 146; LIENHARD, N 61; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 82 f., will jedoch ausnahmsweise, dass das Gericht nachfragt, wenn eine nicht vertretene Partei eine Tatsache nicht vorbringt, weil sie nicht zu erkennen vermag, dass diese rechtserheblich ist.

<sup>95</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 11; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 20; DIKE-GLASL ZPO 56 N 25; KLINGLER, N 628 m.w.H.; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 81. Zur Präklusivwirkung des Eventualgrundsatzes sogleich unten N 77 ff.

<sup>96</sup> H.L.: BK-HURNI ZPO 56 N 26; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 16; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 88; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 132 m.w.H.; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 69 f.; MORDASINI, N 210; a.A. SIX, S. 93. Vgl. zur Unsorgfalt bei Laien und Anwälten unten N 30.

<sup>97</sup> Siehe für die Auslegung von Prozesshandlungen von Parteien BK-KRAMER OR 18 N 65, wonach für diese die rechtsgeschäftlichen Auslegungsgrundsätze entsprechend gelten. Neben dem Wortlaut sind damit vor allem das Vertrauensprinzip massgebend, d.h. Erklärungen der Parteien sind vom Gericht nach Treu und Glauben auszulegen (BK-HURNI ZPO 52 N 18; BGE 105 II 149, 152), wobei die Umstände, bspw. das Verhalten der Parteien, zu berücksichtigen sind (FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 83). Ähnlich LIENHARD, N 64.

<sup>98</sup> LIEBER, S. 166.

<sup>99</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 13; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 83; LIENHARD, N 68.

<sup>100</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 24; ihnen folgend MORDASINI, N 199; a.A. BK-HURNI ZPO 55 N 13, und FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 84, die «unklar» und «unbestimmt» synonym verwenden; zustimmend LIENHARD, N 71, welcher überdies auf keine Möglichkeit und insbesondere keine Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen «unklar», «unbestimmt» und «widersprüchlich» schliesst.

in den Eingaben der Parteien: Stehen sich die widersprechenden Vorbringen diametral entgegen, so dass ein Vorbringen ein anderes ausschliesst, wird zuweilen auch auf ein unvollständiges Vorbringen geschlossen, da sich diese widersprechende Vorbringen gegenseitig aufheben.<sup>101</sup>

- 29 Den wohl häufigsten Anlass für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht bilden die offensichtlich unvollständigen Vorbringen.<sup>102</sup> Mit Unvollständigkeit ist dabei immer eine Lücke im Vorbringen einer Partei gemeint,<sup>103</sup> weshalb bei Tatsachenbehauptungen insbesondere auch von einer **Behauptungslücke** gesprochen werden kann.<sup>104</sup> Für die Offensichtlichkeit einer Lücke soll dabei weniger auf deren Erkennbarkeit, sondern vielmehr auf die Folgen der Unvollständigkeit abgestellt werden.<sup>105</sup> Wenn somit eine lückenhafte Darstellung die «Entscheidfindung des Gerichts ausschliesst oder übermässig erschwert», ist zutreffenderweise von einer offensichtlichen Unvollständigkeit auszugehen, welche die gerichtliche Fragepflicht auslöst.<sup>106</sup>

*c) Unterschiedliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien*

- 30 Bereits unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen war umstritten, ob die gerichtliche Fragepflicht unterschiedlich anzuwenden sei, wenn eine Partei anwaltlich vertreten war.<sup>107</sup> In der damaligen Praxis und Lehre wurde überwiegend die Auffassung vertreten, dass gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien die Fragepflicht gemildert, gegenüber Laien jedoch ausgedehnt angewendet werden müsse.<sup>108</sup> Damals wie heute steht diese Frage im engen Zusammenhang mit der Frage nach dem Sorgfaltsmassstab, den man an die Parteivorbringen legt, da dieser auch bei der Ermittlung des Umfangs der gerichtlichen Fragepflicht zu berücksichtigen ist.<sup>109</sup>

---

<sup>101</sup> So BK-HURNI ZPO 56 N 15; a.A. wohl LIENHARD, N 71 ff., wonach die Widersprüchlichkeit von der Unklarheit kaum abzugrenzen sei, weshalb auf eine Unterscheidung zu verzichten sei.

<sup>102</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 16.

<sup>103</sup> Siehe statt vieler ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 25; BK-HURNI ZPO 56 N 17; LIENHARD, N 75.

<sup>104</sup> Siehe dazu unten N 118 und N 178.

<sup>105</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 85; gl.A. BK-HURNI ZPO 56 N 17; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 26.

<sup>106</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 85; BK-HURNI ZPO 56 N 17; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 26.

<sup>107</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 131.

<sup>108</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 131 f. mit zahlreichen Nachweisen zu Praxis und Lehre; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 38 und FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 89 sowie FN 126 ebenfalls m.w.H.

<sup>109</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 132 f., wonach es zu Wertungswidersprüchen führen würde, wenn man verspätete Vorbringen, die auf mangelnde Sorgfalt zu-

Wie bereits erwähnt, wird die gerichtliche Fragepflicht nicht ausgelöst, 31 wenn die Mangelhaftigkeit des Parteivorbringens auf die eigene Unsorgfalt zurück zu führen ist.<sup>110</sup> Da die Schweizerische Zivilprozessordnung keinen Anwaltszwang kennt und damit Laien zur Prozessführung zulässt, sind an Laien und Anwälten aufgrund ihrer unterschiedlichen Fähigkeiten jedoch **unterschiedliche Sorgfaltsmassstäbe** zu legen.<sup>111</sup> Da keine allgemeine und objektivierbare Erwartungen an die Fähigkeiten von nicht anwaltlich vertretenen Parteien bestehen, kann von diesen nur verlangt werden, «dass sie sich im Rahmen ihrer Kenntnisse ersichtlich um die Wahrnehmung ihrer prozessualen Aufgaben bemühen».<sup>112</sup> Im Gegensatz zum subjektiven Sorgfaltsmassstab bei Laien besteht bei Anwälten aufgrund ihres Fähigkeitszeugnisses und den strengen berufsspezifischen Sorgfaltspflichten genügend objektivierbare Elemente, um diese an einem einheitlichen, eben objektivierten Sorgfaltsmassstab zu messen.<sup>113</sup> Aus dieser Unterscheidung folgt, dass auch unter Geltung der ZPO gegenüber nicht anwaltlich vertretenen Parteien und Parteien mit einer anwaltlichen Vertretung eine unterschiedliche gerichtliche Fragepflicht besteht.<sup>114</sup>

---

rückzuführen sind, aufgrund der Präklusivwirkung (siehe dazu unten N 77 und FN 246) nicht zuliesse, gleichzeitig aber unsorgfältige, mangelhafte Vorbringen von der gerichtlichen Fragepflicht erfasste und einer Partei damit die Möglichkeit zu einer Korrektur bieten würde.

<sup>110</sup> Siehe bereits oben N 27 und FN 96.

<sup>111</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 39; BK-HURNI ZPO 56 N 27; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 89; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 134 ff., S. 139, da sonst ein faktischer Anwaltszwang entstehen würde; MORDASINI, N 280.

<sup>112</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 136; gl.A. BK-HURNI ZPO 56 N 28; MORDASINI, N 220. SARBACH (ebd., S. 135 f.) weist begründet darauf hin, dass auch keine Notwendigkeit für eine Objektivierung, wie sie bspw. das Vertragsrecht kennt, besteht. Vgl. dazu auch KLINGLER, N 429 ff., der im Bereich des Novenrechts zum gleichen Ergebnis gelangt, mit Hinweis auf einen anderslautenden BGE 85 I 66, 70, in welchem das BGer. die unverschuldete Nichteinhaltung einer Frist jedoch an objektiven Kriterien mass.

<sup>113</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 136 f.; KLINGLER, N 434 f.; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 90; MORDASINI, N 280. BK-HURNI ZPO 56 N 29 f. weist richtigerweise jedoch darauf hin, dass sich die Sorgfaltsmassstäbe von Laien und Anwälten u.U. überschneiden, resp. stark annähern können, wenn bspw. Unternehmensjuristen u.dergl. (als «Laien») vor Gericht auftreten.

<sup>114</sup> H.L.: ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 40; BK-HURNI ZPO 56 N 27 mit Hinweis auf BGer. 4A\_169/2011; BSK-GEHRI ZPO 56 N 3 mit Hinweis auf BGE 113 Ia 84, 90; BMcK-AFFENTRANGER ZPO 56 N 4; DIKE-GLASL ZPO 56 N 26; GASSER/RICKLI ZPO 56 N 3; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 89; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 138; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 347; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 20; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.20; LIENHARD, N 222, mit eingehender Untersuchung zu den möglichen Begründungen.

- 32 Die **ausgedehnte Fragepflicht gegenüber Laien** soll aber «weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung ersetzen noch dazu dienen, prozessuale Nachlässigkeiten einer Partei auszugleichen»<sup>115</sup> und damit nicht zu einer allgemeinen Rechtsberatungspflicht gegenüber Laien werden.<sup>116</sup> Demgegenüber gebietet die **eingeschränkte Fragepflicht gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien**, dass sich das Gericht «eine gewisse Zurückhaltung» auferlegt.<sup>117</sup> Obschon der Prozessverlust, der aufgrund mangelnder Sorgfalt eines Anwalts entstanden ist, letztendlich die Partei und damit den Laien trifft,<sup>118</sup> ist eine unterschiedliche Fragepflicht dennoch gerechtfertigt; dem Klienten verbleibt in diesem Fall immerhin ein Regressanspruch, d.h. einen Rückgriff auf die unsorgfältige anwaltliche Vertretung, bzw. auf deren Berufshaftpflichtversicherung.<sup>119</sup>
- 33 Umstritten ist im Weiteren die Frage, ob für den Fall, dass **nur eine Partei anwaltlich vertreten** ist, für diese eine ausgedehnte, wie für die nicht vertretene Gegenpartei, oder dessen ungeachtet eine eingeschränkte Fragepflicht gilt. Der Fürsorgefunktion der gerichtlichen Fragepflicht entspricht es,<sup>120</sup> dass bis zu einem gewissen Grad die hohen Anforderungen, welche der Verhandlungsgrundsatz an die Parteien stellt, durch die gerichtliche Fragepflicht zu kompensieren sind.<sup>121</sup> Mit anderen Worten wird damit sichergestellt, dass eine juristisch unerfahrene Partei, die einer anwaltlich vertretenen Partei gegenüber tritt, den Anforderungen eines Verfahrens gewachsen ist, ansonsten faktisch ein Anwaltszwang vorliegen würde. So verstanden führt, die Neutralität und Unabhängigkeit des Gerichts vorausgesetzt, die gerichtliche Fragepflicht zur «Waffengleich-

---

<sup>115</sup> BGer. 5A\_115/2012.

<sup>116</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 31; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 16. Bei offensichtlichem Unvermögen hat das Gericht zudem nach Art. 69 ZPO die Möglichkeit, die Partei dazu anzuhalten einen Anwalt beizuziehen (BSK-GEHRI ZPO 56 N 10).

<sup>117</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 90.

<sup>118</sup> Sog. Zurechenbarkeit des Anwaltsverschuldens, siehe dazu SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 139 ff. und weiterführende Hinweise zu Kritik hierzu bei KLINGLER, FN 1014.

<sup>119</sup> Siehe dazu ausführlich SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 141. FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 90 f., weist zutreffend auf die Gefahr hin, dass eine Partei aufgrund der Schwierigkeiten bezüglich des Nachweises einer Sorgfaltspflichtverletzung beim Regressprozess «zwischen Stuhl und Bank» fallen könne, weshalb das Gericht nur bei klaren Sorgfaltspflichtverletzungen, die eindeutig eine Haftpflicht des Anwalts begründen, von der Ausübung der Fragepflicht absehen sollen; ihm folgend MORDASINI, N 282.

<sup>120</sup> Siehe für die Funktionen der gerichtlichen Fragepflicht SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 55 ff. und oben bereits in FN 77.

<sup>121</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 65, schlägt deshalb vor, besser von einer «kompensatorischen Funktion» als von einer Fürsorgefunktion zu sprechen. Siehe auch BSK-GEHRI ZPO 56 N 3.

heit» zwischen Laien und anwaltlich vertretener Partei.<sup>122</sup> Dem wird entgegen gehalten, dass eine unterschiedliche Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht im gleichen Verfahren die Pflicht des Gerichts, beide Parteien gleich zu behandeln, verletzen könne.<sup>123</sup> Aus dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 und 29 BV lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung hingegen nicht ableiten, dass eine Gleichbehandlung beider Parteien bedeutet, dass beide Parteien in den Genuss der ausgedehnten Fragepflicht unter Laien kommen.<sup>124</sup> Denn dadurch, dass eine Partei anwaltlich vertreten ist, liegt eine sachliche Unterscheidung vor, der eine unterschiedliche Fragepflicht rechtfertigt.<sup>125</sup> Insbesondere im vereinfachten Verfahren wird diese Konstellation anzutreffen sein, in der nur eine Partei anwaltlich vertreten ist: Mit Blick auf die verstärkte gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 247 ZPO<sup>126</sup> scheint es deshalb erst recht geboten, dass das Gericht die gerichtliche Fragepflicht nur zu Gunsten der nicht vertretenen Partei ausübt und damit das Machtgefälle zwischen vertretener und unvertretener Partei entschärft.<sup>127</sup>

#### d) Verstärkte gerichtliche Fragepflicht

Neben der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht in Art. 56 ZPO und der im 34  
Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 55 Abs. 2 ZPO enthaltenen Fragepflicht regelt Art. 247 Abs. 1 ZPO eine zusätzliche, sog. verstärkte gerichtliche Fragepflicht. Diese besonders ausgeprägte Form der gerichtlichen Fragepflicht ge-

<sup>122</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 39, einschränkend wiederum in ZPO 56 N 40; zustimmend MORDASINI N 283. Vgl. dazu auch BOTSCHAFT, S. 7348, allerdings zum sozialen Untersuchungsgrundsatz: «Zudem hängt das Ausmass der richterlicher Hilfe im Einzelfall auch davon ab, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert ist und ob sie anwaltlich vertreten wird [...] Sie greift nur, soweit sie wirklich geboten ist: vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien [...] oder bei ungleichem Know how (Laie gegen anwaltlich vertretene Partei).»

<sup>123</sup> BK-HURNI ZPO 56 N 32; GASSER/RICKLI ZPO 56 N 3; AEBI-MÜLLER, S. 192; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 142; unklar DIKE-GLASL ZPO 56 N 26.

<sup>124</sup> So aber BK-HURNI ZPO 56 N 32 gestützt auf SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 142.

<sup>125</sup> Gl.A. LIENHARD, N 242; ähnlich MORDASINI, N 283.

<sup>126</sup> Dazu sogleich unten N 23.

<sup>127</sup> ZK-HAUCK ZPO 247 N 18; gl.A. MORDASINI, N 283; BSK-MAZAN ZPO 247 N 19, welcher das illustrative Beispiel anführt, in dem die nicht vertretene beklagte Partei zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme angehalten ist, weil das Verfahren seitens des anwaltlich vertretenen Klägers schriftlich mit einer begründeten Klage eingeleitet wurde. Hier soll es insbesondere oft nötig sein, der beklagten Partei anlässlich einer Instruktion-verhandlung durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Bestreitungen und Beweismittel zu geben.



langt bei den gewöhnlichen vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens zur Anwendung, die dem Verhandlungsgrundsatz unterstellt sind.<sup>128</sup> Während die allgemeine gerichtliche Fragepflicht nur bei klaren Mängeln eingreift, knüpft der Wortlaut der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht nicht an das Vorliegen bestimmter Mängel an, sondern verpflichtet den Richter ganz allgemein darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen.<sup>129</sup> Der Unterschied zwischen der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht und der Fragepflicht, wie sie im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ausgeübt wird, ist damit ein kleiner und im Ergebnis praktisch gleich.<sup>130</sup> Der wesentliche Unterschied ist in diesem Zusammenhang, dass im Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz die Geltung des Eventualgrundsatzes verhindert, dass nach Aktenschluss weitere Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden können, d.h. dass die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht in Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz dadurch zeitlich beschränkt wird.<sup>131</sup> In den

---

<sup>128</sup> Der bundesrätliche Entwurf hatte in Art. 243 E-ZPO noch vorgesehen, dass das Gericht für alle Prozesse des vereinfachten Verfahrens den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, was eine Ausweitung des Untersuchungsgrundsatzes auf gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 zur Folge gehabt hätte. National- und Ständerat folgten jedoch dem Antrag der ständerätlichen rechtspolitischen Kommission, welcher für diese Streitigkeiten die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes beibehalten wollte, wie es der bisherigen kantonalen Praxis entsprach (Votum INDERKUM, AB 2007 532; AB 2007 S 532; AB 2008 N 968). Unglücklicherweise stützt sich der Gesetzestext von Art. 247 Abs. 1 ZPO fast wortwörtlich (unter Auslassung der Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen) auf die Vorlage von Art. 243 Abs. 1 E-ZPO, was dazu führt, dass bloss ungenügende Angaben zum Sachverhalt und die Beweismittel vom Gesetzestext durch die gerichtliche Fragepflicht erfasst sind. Richtigerweise ist *maior ad minus* vom Anwendungsbereich des Art. 56 ZPO aber davon auszugehen, dass ebenso die Rechtsbegehren Gegenstand der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht bilden (ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 13; ZK-HAUCK ZPO 247 N 9; KuKo-FRAEFEL ZPO 247 N 4; a.A. MORDASINI, N 101 ff.).

<sup>129</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 94.

<sup>130</sup> Votum BLOCHER, AB 2007 532. ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 14 sprechen von einer «theoretischen Differenz».

<sup>131</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 14; KLINGLER; N 628 ff.; a.A. Schwander, S. 134, welcher die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht bis zum Ende des Verfahrens zulassen und entsprechende Noven ebenfalls bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigen will. BK-KILLIAS ZPO 247 N 40 erwähnt als weiteren Unterschied zwischen den beiden Fragepflichten, dass das Gericht bei Geltung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes die Möglichkeit hat, Beweise abzunehmen, die nicht von den Parteien angeboten wurden. MORDASINI, N 501, fügt diesen Unterschieden noch die Befugnis des Gerichts, seinem Entscheid nicht behauptete Tatsachen zu Grunde zu legen sowie über unbestrittene Tatsachen Beweis zu führen, hinzu. Letzteres ist jedoch auch unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes möglich (Art. 153 ZPO, siehe dazu unten N 295 ff.) und nach

Verfahren nach dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz ist hingegen die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht bis zum Urteilszeitpunkt möglich.

## 2. Bekannte Tatsachen

Bereits unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen war anerkannt, dass Tatsachen, die allgemein bekannt sind und an deren Vorhandensein nicht gezweifelt werden kann sowie solche Tatsachen, die das Gericht bereits aus seiner amtlichen Tätigkeit kennt, nicht bewiesen werden müssen.<sup>132</sup> Die Schweizerische ZPO vereint nun unter der Marginalie von Art. 151 ZPO, welcher exakt dem Wortlaut des Vorentwurfs von Art. 146 VE-ZPO entspricht,<sup>133</sup> drei verschiedene Ausnahmen von der Beweisbedürftigkeit einer Tatsache: Einerseits die beiden Ausnahmen für offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen und andererseits die Ausnahme für allgemein anerkannte Erfahrungssätze.

Diese Unterscheidung von offenkundigen und gerichtsnotorischen Tatsachen sowie von allgemein anerkannten Erfahrungssätzen fasst das Gesetz unter dem Oberbegriff der «Bekanntes Tatsachen» in der Marginalie zu Art. 151 ZPO zusammen. Nach einer anderen, vor allem in Deutschland gebräuchlichen Terminologie, bildet hingegen die Offenkundigkeit den Oberbegriff der beiden Erscheinungsformen der Allgemeinkundigkeit und der Gerichtskundigkeit,<sup>134</sup> wobei die allgemeinkundigen Tatsachen oft auch als notorische Tatsachen und die gerichtsnotorischen entsprechend auch als gerichtskundig bezeichnet werden.<sup>135</sup> Aufgrund der uneinheitlichen Verwendung der verschiedenen Begriffe ist deshalb eine am Gesetzestext orientierte Vereinheitlichung insbesondere zu begrüßen.

### a) Offenkundige Tatsachen

Eine Tatsache gilt nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung als offenkundig, wenn diese Tatsache «alle kennen»<sup>136</sup>, bzw. «jedermann kennt»<sup>137</sup>, diese «allbe-

---

der hier vertretenen Ansicht beschlagen diese von KILLIAS und MORDASINI angeführten Unterschiede die Abgrenzung von Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz und nicht zwischen den beiden Formen der gerichtlichen Fragepflichten der jeweiligen Verfahrensgrundsätze.

<sup>132</sup> Siehe dazu BERICHT VE-ZPO, S. 76, m.w.H. in FN 153; GULDENER, S. 161; HABSCHIED, N 636; KUMMER, S. 122

<sup>133</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 1.

<sup>134</sup> Siehe dazu statt vieler ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 112 N 25 ff.

<sup>135</sup> Für einzelne Nachweise hierzu siehe sogleich unten N 37 sowie in FN 140.

<sup>136</sup> BOTSCHAFT, S. 7311; BERICHT VE-ZPO, S. 76.

<sup>137</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 30.

kannt»<sup>138</sup>, «allgemein bekannt»<sup>139</sup>, «allgemeinkundig»<sup>140</sup> oder «allgemeinnotorisch»<sup>141</sup> ist. Dazu zählt man insbesondere historische und politische Begebenheiten, geographische und örtliche Verhältnisse, Börsenkurse, Naturereignisse sowie Zahlenangaben in statistischen Jahrbüchern.<sup>142</sup> Dabei gelten Tatsachen selbst dann als allgemein bekannt, wenn sie vom Gericht ermittelt werden müssen,<sup>143</sup> denn eine Tatsache muss nicht ständig im Gedächtnis haften um allgemeinkundig zu sein.<sup>144</sup> Es reicht somit, dass eine Tatsache durch jedermann zugängliche Veröffentlichungen überprüft werden kann,<sup>145</sup> so z.B. der Eintrag im Handelsregister<sup>146</sup>, die Lohn-

---

<sup>138</sup> BGE 112 II 172, 181: «Was allbekannt ist oder schon nach der Lebenserfahrung einleuchtet, braucht übrigens weder behauptet noch bewiesen zu werden.»

<sup>139</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 38; BGE 117 II 321, 323, wonach Mineralwasser ein Naturprodukt sei, dessen Qualität von der Bodenbeschaffenheit abhängt: «Dass die Bodenbeschaffenheit auf die Eigenschaften von Quellwasser einen massgebenden Einfluss hat, ist allgemein bekannt.» Und darauf gestützt BGE 130 III 113, 121, wonach eine Beweisführung sich erübrigt, soweit eine Bezeichnung als Gattungsbegriff allgemein bekannt ist (wie bspw. «Eile mit Weile» als Bezeichnung für ein allgemein bekanntes und beliebtes Würfelspiel, welches «namentlich in der deutschen Schweiz praktisch jedermann bekannt [...] ist»; dazu BGE 114 II 171, 174), was aber für den Begriff «Montesori» offensichtlich nicht zutrifft.

<sup>140</sup> Für das deutsche Recht anstatt vieler ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 112 N 26, und in Anlehnung daran SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 700. Wie bereits in N 36 erwähnt, bilden im deutschen Recht bei den genannten Autoren die «offenkundige Tatsachen» den Oberbegriff, welchen die ZPO mit «Bekannte Tatsachen» bezeichnet.

<sup>141</sup> BGE 128 III 4, 8, wonach Grundlage der Tatsachenfeststellung im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht «auch das Wissen des Gerichts über allgemein- oder richtsnotorische Tatsachen bildet; dazu können allgemein zugängliche Tatsachen gezählt werden, selbst wenn das Gericht sie ermitteln muss.»

<sup>142</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 3; BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 3; BMCK-PASSADELI ZPO 151 N 2; Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 291 N 2.

<sup>143</sup> GULDENER S. 161; BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 2; KuKo-SCHMID ZPO 151 N 1; BGE 128 III 4, 8.

<sup>144</sup> BGE 135 III 88, 89 f., übersetzt in Pra 2009 Nr. 89, S. 605 ff, 607: «Heutzutage ist der Umrechnungssatz der Währungen eine notorische Tatsache, die weder behauptet noch bewiesen werden muss. Denn er kann im Internet, in amtlichen Veröffentlichungen und in den Printmedien überprüft werden; er ist folglich jedermann zugänglich.»

<sup>145</sup> BGE 135 III 88, 89 f., übersetzt in Pra 2009 Nr. 89.

<sup>146</sup> BGE 138 III 294, n.publ. Erw. 2.2.: «Die Einwendung, dass jemand eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung im Handelsregister nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen (Art. 933 Abs. 1 OR). Daraus ergibt sich, dass es sich bei rechtskonform publizierten Handelsregistereinträgen um Tatsachen handelt, die jedermann zugänglich sind und deren Kenntnis fingiert wird. Prozessual handelt es sich um offenkundige bzw. notorische Tatsachen [...] Als solche müssen Handelsregistereinträge im kantonalen Verfahren weder behauptet noch bewiesen zu werden (Art. 151 ZPO; [...]); so bereits auch schon BGE 98 II 211, 214 f.: «De plus, il ne faut pas méconnaître la publicité et la no-

strukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik<sup>147</sup> oder der tagesaktuelle Umrechnungskurs des Euro<sup>148</sup>.

Im Zeitalter des Internets sind aber unzählige viele Tatsachen, die kaum jemandem oder überhaupt nicht bekannt sind, «der allgemeinen sicheren Wahrnehmung zugänglich»<sup>149, 150</sup> Dass damit alle Tatsachen, die sich einfach und schnell im Internet aus sicheren Quellen finden lassen, als offenkundige Tatsachen zu gelten haben,<sup>151</sup> ist aus diesem Grund abzulehnen. Der Halbjahreszinssatz des LIBOR ist bspw. einer dieser Tatsachen, bei dem das Bundesgericht schliesslich befand, es handle sich um keine offenkundige Tatsache, auch wenn diese durch Hinzuziehung einer Fachzeitschrift ermittelbar wäre.<sup>152</sup> Besser ist deshalb davon zu sprechen, dass die Tatsache einem beliebig grossen Personenkreis unmittelbar bekannt ist oder für diesen unmittelbar wahrnehmbar war und über die man sich aus zuverlässigen Quellen ohne besondere Fachkenntnisse sicher unterrichten kann.<sup>153</sup> Dadurch kann die mittelbare Kenntnisnahme, bspw. durch das Gericht, auf solche Tatsachen eingeschränkt werden, die bereits zuvor einem beliebig grossen Personenkreis unmittelbar bekannt war.

Dass über offenkundige Tatsachen kein Beweis zu führen ist, ist unbestritten und mit Einführung der Schweizerischen ZPO in Art. 151 positivrechtlich ver-

---

torité que le législateur fédéral attache à l'inscription au registre du commerce et à sa publication dans la FO SC (art. 930 ss. CO).»

<sup>147</sup> BGE 128 III 4, 8, zitiert oben in FN 141.

<sup>148</sup> BGE 135 III 88, 89 f., übersetzt in Pra 2009 Nr. 89, wonach der Umrechnungskurs des Euro eine notorische Tatsache ist, die vom Betreuungsgläubiger weder behauptet noch bewiesen werden muss. Vgl. dazu aber den noch zwei Jahre zuvor ergangenen BGer. 4P.40/2006, Erw. 4.3.: «Dans le même sens, la jurisprudence [...] considèrent comme faits notoires les faits non particuliers à la cause, connus de chacun parce qu'ils résultent de l'expérience commune ou sont de notoriété générale et manifeste, comme par exemple le prononcé d'une faillite publiée dans la FAO, mais pas la capacité de travail d'une personne atteinte dans sa santé, **ni le taux de change des monnaies étrangères**.»

<sup>149</sup> BOTSCHAFT, S. 7311.

<sup>150</sup> Ähnlich bereits SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 700 FN 53.

<sup>151</sup> So etwa BSK-GUYAN ZPO 151 N 2.

<sup>152</sup> BGE 134 III 224, 231 ff., übersetzt in Pra 97 (2008) Nr. 143, S. 913 ff., 920: «Vorliegend gilt es festzuhalten, dass der LIBOR Zinssatz für eine sechsmonatige Anlage in ECU (heute in Euro) nicht zu den jedermann bekannten Tatsachen gehört. Diese Information kann auch nicht ohne weiteres unter Zuziehung eines Dokumentes überprüft werden, über das jedermann verfügt, wie beispielsweise ein Kalender oder ein gängiges Wörterbuch. Dass der Zinssatz nicht geheim ist und dass es möglich ist, ihn aufgrund einer Auskunft oder unter Zuziehung einer Fachzeitung herauszufinden, berechtigt nicht zum Schluss, dass es sich um eine notorische Tatsache handelt.» Siehe dazu auch bereits BGE 130 III 312, 319 f.

<sup>153</sup> Angelehnt an die Definition der deutschen Lehre bei Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 291 N 2.

ankert. Fraglich ist hingegen, ob diese Tatsachen dennoch behauptet werden müssen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>154</sup> sowie der vorherrschende Teil der schweizerischen Lehre geht, allerdings ohne eine eingehende Begründung,<sup>155</sup> davon aus, dass offenkundige Tatsachen weder behauptet noch bewiesen werden müssen.<sup>156</sup> Aus dem Verhandlungsgrundsatz folgt indessen jedoch grundsätzlich, dass das Gericht Tatsachen nur dann berücksichtigen kann, sofern sie von einer Partei in den Prozess eingeführt wurden. Nach einer Meinung in der deutschen Lehre soll deshalb auch nichts anderes für offenkundige Tatsachen gelten, ausser, wenn es sich bei der offenkundigen Tatsache um das Gegenteil einer bereits behaupteten Tatsache handelt.<sup>157</sup> Mit anderen Worten soll eine offenkundige Tatsache nur dann nicht behauptet werden müssen, wenn eine bereits im Prozessstoff enthaltene Tatsachenbehauptung in Widerspruch zu dieser steht, d.h. wenn die bereits behauptete Tatsache somit offensichtlich unrichtig ist.

40 Gegen diese Ansicht spricht, dass die Parteien auf diese Weise mittels einer unterlassenen Behauptung verhindern können, dass eine Tatsache, an der niemand ernsthaft zweifelt und die jedermann kennt, vom Gericht im Urteil berücksichtigt wird.<sup>158</sup> Anders ausgedrückt können die Parteien aufgrund einer entsprechenden Dispositionsbefugnis über offenkundige Tatsachen «das Gericht damit zwingen, sein Urteil auf einen offensichtlich unwahren Sachverhalt zu stellen».<sup>159</sup> Eine Dispositionsbefugnis über Tatsachen, die allen bekannt sind, ist daher mit der deutschen h.L. richtigerweise auch für die Schweiz abzulehnen.

41 Wenn offenkundige Tatsachen letztlich der Parteidisposition entzogen sind, folgt daraus, dass diese damit auch weder bestritten noch zugestanden werden können.<sup>160</sup> Soweit es aber um den Bestand der Offenkundigkeit einer Tatsache selbst geht, welcher im Ermessen des Gerichts steht,<sup>161</sup> also der Behauptung und dem Beweis darüber, dass eine Tatsache als offenkundig zu gelten habe, ist

---

<sup>154</sup> Zuletzt in BGE 135 III 88, 89.

<sup>155</sup> So bereits SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 703.

<sup>156</sup> H.L.: BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 8; ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 5; BK-HURNI ZPO 55 N 30; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 38; BSK-GEHRI ZPO 55 N 9; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 330; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 23; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 5 N 18; KUMMER, S. 122; GULDENER, S. 161; A.A. noch BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 120 f.

<sup>157</sup> So etwa für das deutsche Recht Stein/Jonas-LEIPOLD § 291 N 18 m.w.H.; siehe dazu auch Prütting/Gehrlein-LAUMEN ZPO 291 N 6.

<sup>158</sup> H.L.: MK-PRÜTTING § 291 N 13; Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 291 N 6.

<sup>159</sup> SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 705.

<sup>160</sup> Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 291 N 5.

<sup>161</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 40. Bei GULDENER, S. 161, findet sich der Hinweis, dass bei einem Kollegialgericht ein einfacher Mehrheitsbeschluss genügt um zu entscheiden, was als offenkundig zu gelten habe.

allerdings jederzeit der Beweis des Gegenteils, resp. der Gegenbeweis möglich.<sup>162</sup> Wenn Zweifel an der Offenkundigkeit einer Tatsache bestehen, empfiehlt es sich daher im Hinblick auf eine drohende Bestreitung der Offenkundigkeit durch die gegnerische Partei in diesen Fällen, dass eine ungewisse, offenkundige Tatsache sicherheitshalber rechtsgenügend behauptet und entsprechend Beweis dafür offeriert wird.<sup>163</sup>

### b) *Gerichtsnotorische Tatsachen*

Im Gegensatz zu den offenkundigen Tatsachen fallen unter den Begriff der gerichtsnotorischen Tatsachen nur jene Tatsachen und Vorgänge, die das Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit her kennt.<sup>164</sup> Die gerichtsnotorischen Tatsachen bilden damit zu den offenkundigen Tatsachen den Sonderfall, dass der Personenkreis für die Kenntnisnahme enger definiert ist. Bei der Wahrnehmung aus der gerichtlichen Tätigkeit handelt es sich einerseits um amtliche Handlungen, wie etwa Urteile oder Beweisergebnisse aus früheren Prozesse zwischen den gleichen Parteien,<sup>165</sup> und andererseits bspw. auch um Gutachten aus anderen Verfahren.<sup>166</sup> Diese Gutachten können jedoch nur dann herangezogen werden, solange sie nicht auf einen spezifischen Einzelfall zugeschnitten sind und damit eigentlich genauso gut einer Äusserung im wissenschaftlichen Schrifttum gleichgestellt werden können.<sup>167</sup>

Nicht gerichtsnotorisch ist hingegen das **private Wissen einer Gerichtsperson**, weil die Wahrnehmung eben gerade nicht aus der amtlichen Tätigkeit herührt. Unter dem Begriff des privaten Wissens ist aber nicht bloss die ausseramtliche Kenntnis von Tatsachen zu verstehen, da diese auch die offenkundigen

<sup>162</sup> Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 291 N 5: «Der Gegenbeweis, resp. der Beweis des Gegenteils ist dabei davon abhängig, welche Partei die objektive Beweislast für das Vorhandensein der offenkundigen Tatsache trägt. Obliegt sie der durch die Annahme der Offenkundigkeit begünstigten Partei, braucht die Gegenpartei nur den Gegenbeweis zu führen, d.h. Tatsachen darlegen und ggf. beweisen, die die Überzeugung des Gerichts erschüttern. Gelingt dieser Beweis, ist es Sache der begünstigten Partei, den vollen Beweis für den Inhalt der angeblich offenkundigen Tatsache zu führen. Trägt dagegen die Gegenpartei die objektive Beweislast, so muss sie den Beweis des Gegenteils erbringen, d.h. zur vollen Überzeugung des Gerichts beweisen, dass die angeblich offenkundige Tatsache unwahr ist.»

<sup>163</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 40.

<sup>164</sup> BOTSCHAFT, S. 7311; ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 4; BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 4; BSK-GUYAN ZPO 151 N 3; KuKo-SCHMID ZPO 151 N 4.

<sup>165</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 4 m.w.H.; BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 4; KuKo-SCHMID ZPO 151 N 4.

<sup>166</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 4 mit Hinweis auf BGE 117 Ia 212, 213, wo es um die Frage der Gefährlichkeit von Kokain ging.

<sup>167</sup> BGE 117 Ia 212, 213 f.; KuKo-SCHMID ZPO 151 N 4.

Tatsachen miteinschliessen würde.<sup>168</sup> Das private Wissen einer Gerichtsperson bezieht sich deshalb nur auf das besondere Wissen bezüglich dem im Streit liegenden Sachverhalt.<sup>169</sup> Bereits aus dem Grundsatz der Unparteilichkeit<sup>170</sup> lässt sich ableiten, dass es einer RichterIn oder einem Richter untersagt ist, privates Wissen über einen ihr oder ihm zugeteilten Rechtsstreit zu verwerten.<sup>171</sup> Denn eine Gerichtsperson, die selbst als Zeuge in einem Prozess auftreten könnte, schafft damit ohne weiteres auch einen Ausstandsgrund gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO.<sup>172</sup>

44 Vom privaten Wissen ist das **Fachwissen einer Gerichtsperson** zu unterscheiden. Fach- und Branchenkenntnisse sind insbesondere bei Arbeits-, Miet- und Handelsgerichten von Bedeutung, da hier regelmässig Fachrichter aus bestimmten Branchen mitwirken. Auch mit Rücksicht auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs soll das Fachwissen einer Gerichtsperson jedoch nur dann berücksichtigt werden können, wenn den Parteien Gelegenheit zur diesbezüglichen Stellungnahme gegeben wird.<sup>173</sup>

45 Falls unklar ist, ob eine gerichtsnotorische Tatsache vorliegt oder nicht, entscheidet auch hier im Zweifelsfall – wie bereits bei den offenkundigen Tatsachen – ein Kollegialgericht mittels Mehrheitsbeschluss.<sup>174</sup> Darüber hinaus kann auch die Frage, ob gerichtsnotorische Tatsachen behauptet werden müssen, gleichermassen verneint und *in globo* auf die entsprechenden Ausführungen bei den offenkundigen Tatsachen verwiesen werden.<sup>175</sup>

### *c) Allgemeine Erfahrungssätze*

46 Nicht beweisbedürftig sind gemäss Art. 151 ZPO ferner Erkenntnisse, die auf anerkannten Erfahrungssätzen der Kunst, der Wissenschaft, der Technik, des Handels etc. oder der allgemeinen Lebenserfahrung beruhen.<sup>176</sup> Solche Erkenntnisse erfüllen die Funktion von Normen, wenn sie einen solchen Abstraktionsgrad erreichen, dass sie normativen Charakter tragen und deshalb in gleichgelagerten Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft beanspruchen kön-

---

<sup>168</sup> So bereits SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 707.

<sup>169</sup> LIPP, S. 63.

<sup>170</sup> Art. 30 Abs. 1 BV.

<sup>171</sup> So für das deutsche Recht LIPP, S. 59 f.

<sup>172</sup> Ähnlich ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 9; KuKo-SCHMID ZPO 151 N 6; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 10.

<sup>173</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 10a; DIKE-LEU ZPO 151 N 13; GASSER/RICKLI ZPO 151 N 2.

<sup>174</sup> GULDENER, S. 161; siehe auch ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 40.

<sup>175</sup> Siehe dazu oben N 39.

<sup>176</sup> Statt vieler BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 6 ff.; ZK-HASENBÖHLER ZPO 151 N 11; BSK-GUYAN ZPO 151 N 4.

nen.<sup>177</sup> Soweit einem Erfahrungssatz diese generell-abstrakte Regelfunktion zukommt, wird dieser den Rechtssätzen gleichgestellt und kann somit als Rechtsfrage im Rechtsmittelverfahren frei überprüft werden;<sup>178</sup> als Rechtsfrage müssen sie deshalb weder behauptet noch bewiesen werden.<sup>179</sup>

Davon streng zu unterscheiden sind diejenigen Erfahrungssätze, die zwar ebenso auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen aber deren Bedeutung nicht über einen konkreten Sachverhalt hinaus Bedeutung erlangen, weil das in ihnen enthaltene hypothetische Urteil nicht verallgemeinerbar ist.<sup>180</sup> Diese sog. **natürlichen Vermutungen**<sup>181</sup> fallen *nicht* unter den Anwendungsbereich von Art. 151 ZPO.

Natürliche Vermutungen sind Schlussfolgerungen von bekannten auf unbekannte Tatsachen, welche im Gegensatz zu den gesetzlichen Vermutungen nicht vom Gesetz vorgeschrieben, sondern alleine vom Gericht gezogen werden.<sup>182</sup> So z.B., dass ein Gläubiger einer Geldschuld diese in die gesetzliche Währung seines Wohn- oder Geschäftssitzes wechselt,<sup>183</sup> resp. wenn es sich bei der Gläubigerin um ein Finanzinstitut oder eine Versicherung handelt, dass eingehende Geldbeträge, die nicht für den laufenden Geschäftsbetrieb erforderlich sind, nicht nutzlos verwahrt, sondern gewinnbringend angelegt werden.<sup>184</sup> Auch für die vom Gläubiger vorgelegte Urkunde, wenn sie nicht von vorneherein verdächtig

<sup>177</sup> BGE 120 II 97, 99; BGE 126 III 10, 13. Zum Ganzen SPÜHLER, S. 393 ff. BK-WALTER ZGB 8 N 99 ff. spricht in diesem Zusammenhang deshalb auch von sog. **Normhypothesen**; BK-HURNI ZPO 55 N 33.

<sup>178</sup> KuKo-SCHMID ZPO 151 N 8 f.; SPÜHLER, S. 393 mit Beispielen; BERGER-STEINER, N 02.17, mit ausführlicher Kritik in N 02.20.

<sup>179</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 151 N 8; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 41.

<sup>180</sup> BGE 126 III 10, 13.

<sup>181</sup> Sog. *Praesumptiones hominis*, richterliche Vermutungen oder Erfahrungsvermutungen genannt. Der Begriff der tatsächlichen Vermutungen wird ebenso verwendet, was aber zu einer Verwechslung mit den Tatsachenvermutungen führen kann und deshalb zu vermeiden ist (siehe dazu GUGGENBÜHL, S. 16 FN 52). Umstritten ist insbesondere, ob es sich dabei um ein Institut eigener Art handelt, oder ob es sich bloss um eine Variante des Anscheinsbeweises, resp. prima-facie-Beweises (siehe dazu MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 92 ff.; MEIER, S. 65 ff.) oder letztendlich bloss um eine Erscheinungsform des Indizienbeweises handelt (BGE 117 II 256, 258 gestützt auf BK-KUMMER zu Art. 8 ZGB N 365). Einigkeit herrscht hingegen darüber, dass sich ihre Wirkung lediglich auf die Beweiswürdigung bezieht und damit als Tatsachenfeststellung im Berufungsverfahren für das Bundesgericht verbindlich ist (GUGGENBÜHL, S. 18 und BGE 126 III 10, 13). Siehe auch BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 14 N 1, welcher die Empfehlung von PRÜTTING und MUSIELAK wiedergibt, dass die natürlichen Vermutungen dogmatisch am besten gänzlich zu vermeiden seien, da Herleitung, Anwendungsbereich wie auch Rechtsfolgen dieses Instituts so unklar seien.

<sup>182</sup> GUGGENBÜHL, S. 16. Zu den gesetzlichen Tatsachenvermutungen sogleich unten N 51.

<sup>183</sup> BGE 123 III 241, 243 mit Verweis auf BGE 117 II 256.

<sup>184</sup> BGE 123 III 241, 244.



erscheint, spricht eine tatsächliche Vermutung, dass die in ihr aufgeführten Tatsachen der Wahrheit entsprechen und dass die angebrachten Unterschriften echt sind.<sup>185</sup> Im Gegensatz zu diesen Beispielen ist die natürliche Vermutung, dass sich der Arzt eine Sorgfaltspflichtverletzung entgegen halten lassen muss, wenn nach einer Injektion eine Infektion auftritt, heftig umstritten.<sup>186</sup> Letztlich gilt auch immer zu beachten, dass sich natürliche Vermutungen im Laufe der Zeit ändern können, so z.B. auch die vom Bundesgericht Ende des vorletzten Jahrhunderts getroffene und bis vor wenigen Jahren gültige Annahme, dass beim Ladenkauf Zahlung Zug um Zug oder gegen bar ohne Quittung erfolgt.<sup>187</sup>

49 Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den hier aufgeführten Beispielen um vom Gericht gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung gezogene Schlüsse von bewiesenen Tatsachen auf Tatsachen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintreten. Nach einer weit verbreiteten und auch hier vertretenen Meinung handelt es sich bei den natürlichen Vermutung letztlich um einen Anwendungsfall des Indizienbeweises,<sup>188</sup> welcher als Ergebnis der Beweiswürdigung und damit als sog. Tatfrage vom Bundesgericht nicht überprüfbar ist.<sup>189</sup>

50 Die Abgrenzung zwischen Erfahrungssätzen gemäss Art. 151 ZPO und denjenigen der natürlichen Vermutungen kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Die gewichtige Unterscheidung hingegen spiegelt sich insbesondere darin, dass die sog. natürlichen Vermutungen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 151 ZPO fallen. Nur die Erfahrungssätze als Normhypothesen betreffen – wie oben dargestellt wurde – eine Rechtsfrage und müssen deshalb weder behauptet noch bewiesen werden.<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> BGE 132 III 140, 143 in Pra 2006 Nr. 133. Die natürliche Vermutung über die Echtheit einer Urkunde ist mit Erlass der ZPO neu in Art. 178 ZPO positivrechtlich geregelt. Siehe dazu unten N 290.

<sup>186</sup> BGE 120 II 250; vgl. dazu die Kritik bei HONSELL, AJP 1995, 229 und WIEGAND, ZBJV 1996, 329 ff.

<sup>187</sup> So noch BGE 25 II 73; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 59.

<sup>188</sup> Ebenso BGE 117 II 256, 258; statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 475; GULDENER, Beweiswürdigung, S. 10 ff.; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 150 f.; MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 281; für das deutsche Recht MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 92 ff. Vgl. dazu auch unten FN 199.

<sup>189</sup> BGE 126 III 10, 13: «Wo dagegen der Sachrichter sich bloss auf allgemeine Lebenserfahrung stützt, um aus den gesamten Umständen des konkreten Falles oder den bewiesenen Indizien auf einen bestimmten Sachverhalt zu schliessen, liegt unüberprüfbare Beweiswürdigung vor».

<sup>190</sup> KuKo-SCHMID ZPO 151 N 9.

### 3. Gesetzliche Vermutungen

Nach herrschender Lehre relativieren die gesetzlichen Vermutungen den Verhandlungsgrundsatz insofern, als dass die vom Bundesprivatrecht als richtig oder vorhanden vermuteten Tatsachen weder behauptet noch bewiesen werden müssen.<sup>191</sup> Dies bedarf einer näheren Betrachtung.

Bei den gesetzlichen Vermutungen<sup>192</sup> handelt es sich um eine Anweisung des Gesetzgebers an das Gericht, von einer bekannten Tatsache (sog. Vermutungsbasis) auf eine vorgegebene Schlussfolgerungen (sog. Vermutungsfolge) zu schliessen.<sup>193</sup> Dabei wird bei den **Tatsachenvermutungen** von nicht unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen auf das Vorliegen oder ausnahmsweise Nicht-Vorliegen von rechtserheblichen Tatsachen geschlossen; bei **Rechtsvermutungen** hingegen wird aus dem Vorliegen einer Tatsache unmittelbar auf die Rechtsfolge selbst, also das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses geschlossen.<sup>194</sup> In beiden Fällen gilt damit, dass bloss die

<sup>191</sup> H.L.: Statt vieler BK-HURNI ZPO 55 N 32; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 45; ZK-BK-WALTER ZGB 8 N 184; BK-KUMMER ZGB 8 N 358; GULDENER, S. 164; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 118; GUGGENBÜHL, S. 108 m.w.H.

<sup>192</sup> Auch *Praesumptiones iuris* genannt.

<sup>193</sup> Statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 387 ff.; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 317 ff.; GUGGENBÜHL, S. 8 f. Auf dem Wege der Lückenfüllung, wie sie Art. 1 Abs. 2 ZGB vorsieht, kann auch durch das Gericht eine gesetzliche Vermutung geschaffen werden (VOGEL/SPÜHLER/GEHRI, § 45 N 48a mit Beispielen). Aufgrund der Annahme, dass der Gesetzgeber die gesetzlichen Vermutungen abschliessend geregelt hat, bedarf es für die durch Richterrecht geschaffene gesetzlichen Vermutungen gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB eine rechtspolitische Lücke im Gesetz (MEIER, S. 70). Ungeschriebene gesetzliche Vermutungen sind zudem nur schwer von den sog. tatsächlichen Vermutungen abzugrenzen (vgl. dazu bereits oben N 47 ff.). Gewisse ähnlich gelagerte Fallgruppen von Indizienbeweise (vor allem die sog. tatsächlichen Vermutungen, siehe dazu unten FN 199) können durch den Induktionsschluss des Gerichtes mit der Zeit einen Abstraktionsgrad in der Weise aufweisen, dass man bereits von einer gesetzlichen Vermutung sprechen kann, so bspw. bei der Vermutung, dass ein Konkubinat nach fünfjähriger Dauer eine der Ehe vergleichbare Gemeinschaft bildet (BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 89 mit weiteren Beispielen). Das Bedürfnis, in einem Einzelfall mittels einer tatsächlichen Vermutung die Beweislast anders zu verteilen, birgt aber immer die Gefahr einer Verallgemeinerung dieser Vermutung, was im Fall der ärztlichen Haftung für Sterilitätslücke bei Injektionen scharf kritisiert wurde (BGE 120 II 250; siehe dazu bereits oben N 48 und Nachweise in FN 186).

<sup>194</sup> Statt vieler GUGGENBÜHL, S. 11. MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 281 sind der Ansicht, dass eine Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsvermutungen nicht möglich ist, da jede gesetzliche Vermutung letztendlich eine Rechtsvermutung darstellt. MEIER/SOGO/FRENKEL begründen dies mit dem von BK-KUMMER (ZGB 8 N 323) angeführten Beispiel des Übergangs der rückständigen Zinsen mit der Hauptforderung nach Art. 170 Abs. 3 OR. Dabei wird verkannt, dass wie bei jeder Rechtsvermutung zunächst eine Tatsachenvermutung

mittelbar rechtserheblichen Tatsachen der Vermutungsbasis vorliegen müssen, damit auf eine vorgegebene Vermutungsfolge geschlossen werden kann. Das Gericht hat mithin in seiner Rechtsanwendung von Amtes wegen auf die Vermutungsfolge, d.h. auf das Vorliegen der entscheidenden rechtserheblichen Tatsachen, zu schliessen, weshalb diese damit, wie eingangs erwähnt, weder behauptet noch bewiesen werden müssen.<sup>195</sup> Die gesetzlichen Vermutungen relativieren den Verhandlungsgrundsatz dementsprechend dadurch, indem im Sinne einer erleichterten Beweisführung an die Stelle der meist nur mit Schwierigkeiten zu beweisende Vermutungsfolge die einfacher zu beweisende Vermutungsbasis tritt;<sup>196</sup> es reicht damit schon, dass die mittelbar rechtserheblichen Tatsachen der Vermutungsbasis behauptet und nötigenfalls bewiesen werden.<sup>197</sup>

#### 4. Indizien und Hilfstatsachen

- 53 Unbestritten ist ferner, dass Indizien und Hilfstatsachen die Beweisführung erleichtern und damit den Verhandlungsgrundsatz mildern.<sup>198</sup> Bei Indizien handelt es sich dabei um Tatsachen, die zwar nicht als Voraussetzung einer Rechtsfolge im abstrakten Rechtssatz enthalten sind und damit keine Tatbestandsmerkmal bilden, aus denen aber – ähnlich wie bereits bei den gesetzlichen Vermutungen – auf die rechtserheblichen Tatsachen geschlossen werden kann.<sup>199</sup> Die Hilfstatsachen, welche ebenso wie die Indizien zu den bloss **mittelbar rechtserheblichen Tatsachen** gehören,<sup>200</sup> erlauben demgegenüber zwar nicht direkt den Schluss

---

vorliegt, jedoch verbunden mit einer gleichzeitigen Rechtsanwendung (BK-KUMMER ZGB 8 N 325), bei der Tatsachenvermutung letztendlich zwar ebenso eine Rechtsanwendung erfolgt, diese aber nicht gleichzeitig in der Vermutung daselbst vorgeschrieben ist.

<sup>195</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 389; GUGGENBÜHL, S. 107 ff.

<sup>196</sup> GUGGENBÜHL, S. 73.

<sup>197</sup> GUGGENBÜHL, S. 106 f.; SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 708.

<sup>198</sup> Statt vieler ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 46; BSK-GEHRI ZPO 55 N 14; DIKE-GLASL ZPO 55 N 30; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 17 N 11; GULDENER, S. 162 f.

<sup>199</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 74; BK-KUMMER ZGB 8 N 93; GULDENER, S. 319. Zur Abgrenzung sind als spezielle Form des Indizienbeweises nach der hier vertretenen Ansicht die **natürlichen Vermutungen** zu behandeln, welche im Unterschied zum blossen Indizienbeweis nicht anhand von fallspezifischen Umständen, sondern aufgrund eines Erfahrungssatzes den Schluss von Bekanntem (den Indizien) auf Unbekanntes im Sinne einer Wahrscheinlichkeitsfolgerung erlauben (BK-WALTER ZGB 8 N 475). Der blosser Indizienbeweis gründet damit allein auf individueller Beweiswürdigung des Gerichts, währenddessen die tatsächlichen Vermutungen die verallgemeinerte Lebenserfahrung voraussetzt und damit nur typisierte Geschehensabläufe erfasst (BK-WALTER ZGB 8 N 475). Siehe dazu bereits oben N 48 ff.

<sup>200</sup> Zur Bedeutung von mittelbar rechtserheblichen Tatsachen für die Behauptungslast siehe unten N 148 ff.

auf ein Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm, können aber Aufschluss über den Beweiswert eines Beweismittels geben, so zum Beispiel über die Glaubwürdigkeit eines Zeugen.<sup>201</sup>

Die indirekte Beweisführung durch Indizien ermöglicht, resp. erleichtert nach dem Vorgesagten den Beweis von rechtserheblichen Tatsachen, die nicht oder nur sehr schwer direkt beweisbar sind, wie bspw. die bereits erwähnten inneren Tatsachen (Absicht, böser Glaube, der Wille eines Erblassers oder das Schmerzempfinden einer Person etc.).<sup>202</sup> Damit genügt es für den Beweis dieser Tatbestandsmerkmale, dass tatbestandsfremde, mittelbar rechtserhebliche Tatsachen als Indizien behauptet und nötigenfalls bewiesen werden.

### 5. Sog. «überschiessende» Beweisergebnisse

Aus Urkunden und Zeugenaussagen, aber auch aus Gutachten, die im Rahmen des Beweisverfahrens ausgewertet werden, können sich Tatsachen ergeben, ohne dass diese von einer Partei zuvor erwähnt worden sind. Bei diesen Tatsachen, die durch das Beweisverfahren zwar als bewiesen, doch von keiner Partei behauptet wurden, stellt sich die Frage, ob diese vom Gericht trotzdem berücksichtigt werden dürfen, resp. unberücksichtigt bleiben müssen oder ob diese Beweisergebnisse nachträglich von den Parteien behauptet, bzw. «zu eigen gemacht» werden können.<sup>203</sup>

Wenn mit dem Verhandlungsgrundsatz davon ausgegangen wird, dass nur Tatsachen Grundlage des Urteils bilden können, die zuvor von den Parteien in den Prozess eingeführt wurden, müssten diese Tatsachen, auch aufgrund der Überlegung, dass die gegnerische Partei im Rahmen des rechtlichen Gehörs dazu hat Stellung nehmen können, vom Prozessergebnis ausgeschlossen werden.<sup>204</sup> Dies würde aber wiederum zum stossenden Resultat führen, dass das Gericht Tatsachen nicht verwerten darf, obschon es von deren Richtigkeit überzeugt ist und stattdessen vielmehr aufgrund einer Sachlage urteilen muss, welche im schlimmsten Fall nicht einmal der Wahrheit entspricht.<sup>205</sup>

<sup>201</sup> BK-KUMMER ZGB N 8 N 94; GULDENER, S. 319; die Definition der Hilfstatsachen ist uneinheitlich: In der Literatur werden oft die Hilfstatsachen den Indizien gleichgesetzt, so bspw. bei ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 Titel vor N 46. MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 279, verwenden den Begriff der Hilfstatsache sogar im Zusammenhang mit dem Nachweis der Vermutungsbasis bei den gesetzlichen Vermutungen.

<sup>202</sup> Siehe dazu oben N 9; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 337 f.

<sup>203</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 123; SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 708; LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 313.

<sup>204</sup> Nachweise zu dieser strengen Auffassung bei LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 314.

<sup>205</sup> LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 314.

- 57 Deshalb sprach man sich schon früh dafür aus, dass Beweisergebnisse, die den behaupteten Tatsachen «im Ergebnis gleichwertig» sind, vom Gericht berücksichtigt werden sollten.<sup>206</sup> «Im Ergebnis gleichwertig» meint dabei, dass die unbehaupteten Tatsachen im Rahmen dessen liegen, was bereits an Tatsächlichem behauptet wurde. Überschüssende Beweisergebnisse, die in keinem Zusammenhang mit dem geltend gemachten Sachverhalt stehen, sollten dagegen nicht berücksichtigt werden.<sup>207</sup> Diese Tatsachen können dann nur noch im Prozess Berücksichtigung finden, wenn eine Partei diese nachträglich und in den Grenzen des vom Eventualgrundsatz bestimmten Zeitraums behauptet.<sup>208</sup> Erfolgt jedoch eine Beweisabnahme, welche überschüssende Beweisergebnisse zu Tage fördert, erst nach dem massgeblichen Zeitpunkt der Präklusion des Eventualgrundsatzes, können diese Tatsache ohnehin nur unter Berücksichtigung des Novenrechts in den Prozess eingeführt werden.<sup>209</sup>
- 58 Findet eine Beweisabnahme hingegen bereits zuvor anlässlich einer Instruktionsverhandlung statt, soll das Gericht die Parteien im Rahmen der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht dazu anregen, dass sie sich die überschüssenden Beweisergebnisse durch ausdrückliches Behaupten zu eigen machen; dies gebietet die in Art. 56 ZPO statuierte Pflicht des Gerichts, dass den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung von unvollständigen Vorbringen zu geben ist.<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> GULDENER, S. 165, welcher dazu das Beispiel anführt, in welchem ein Beklagter behauptet, dass er die Forderung durch Zahlung erfüllt habe und das Beweisverfahren dann ergibt, dass diese ihm erlassen wurde, sowie das Beispiel des durch das Beweisverfahren erstellten, konkludenten Vertragsabschlusses, der als ausdrücklicher behauptet wurde *et vice versa*. Bereits in den 30er Jahre sprach sich OSKAR LUTZ dafür aus, dass die Zeit vorbei sei, in der die Parteien dem Richter im Prozess «das Theater der formellen Wahrheit» aufführten, weshalb nicht behauptete Beweisergebnisse uneingeschränkt zu berücksichtigen seien (LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 314 mit Hinweisen).

<sup>207</sup> LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 315 mit weiteren Hinweisen zu den Umschreibungen in Literatur und Rechtsprechung; BK-HURNI ZPO 55 N 36.

<sup>208</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 123 f.; LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 316.

<sup>209</sup> Siehe dazu unten N 77 ff. Gl.A. BK-HURNI ZPO 56 N 42 ff. sowie KLINGLER, N 646, welcher darauf hinweist, dass mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung die gerichtliche Fragepflicht im Vergleich zu bisherigen kantonalen Regelungen deutlich beschränkt wird, da Art. 229 ZPO der Reaktionsmöglichkeit der Parteien, soweit es um die Ergänzung von unvollständigen Tatsachenbehauptungen geht, eine klare zeitliche Schranke setzt (KLINGLER, N 641 ff.; siehe auch ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 36).

<sup>210</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 126; ähnlich LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen, S. 326.

## 6. Implizite Sachvorbringen und regelmässig vorhandene Tatsachen

Nach einem ungeschriebenen Bundesrechtssatz sollen ferner Tatsachen, die regelmässig vorhanden sind, nicht explizit behauptet werden müssen.<sup>211</sup> Ein Teil der Lehre unterscheidet von diesen sog. regelmässig vorhandenen Tatsachen die sog. impliziten Sachvorbringen, unter welchen Tatsachenbehauptungen zu verstehen sind, die offensichtlich in anderen enthalten sind.<sup>212</sup> Eine Unterscheidung zwischen regelmässig vorhandenen Tatsachen und impliziten Sachvorbringen ist indessen fragwürdig, da regelmässig vorhandene Tatsachen ebenso implizit dem Tatsachenvortrag unterstellt werden können wie die impliziten Sachvorbringen, weshalb es sich bloss um eine Untergruppe zu dieser handeln soll.<sup>213</sup> Am Beispiel der regelmässig vorhandenen Tatsache der Korrektheit einer Datierung einer eingereichten Urkunde<sup>214</sup> lässt sich denn auch ohne weiteres zeigen, dass hier ebenso davon gesprochen werden könnte, dass eine implizite Behauptung vorliegt, wonach das Schreiben am im Datum genannten Tag ausgestellt wurde. Regelmässig vorhandene Tatsachen können damit immer als implizite Sachvorbringen gelten; umgekehrt sind implizite Sachvorbringen jedoch nicht immer regelmässig vorhanden, weshalb richtigerweise davon auszugehen ist, dass regelmässig vorhandene Tatsachen eine Untergruppe zu den impliziten Sachvorbringen sind.<sup>215</sup>

Bei den sog. impliziten Sachvorbringen handelt es sich damit insgesamt um nicht ausdrückliche, d.h. **konkludente Behauptungen**.<sup>216</sup> Mit den beiden Fall-

<sup>211</sup> BK-KUMMER, ZGB 8 N 44 ff. im Anschluss an BGE 48 II 347, 355; BK-HURNI ZPO 56 N 34; ZK-LEUENBERGER ZPO 221 N 42; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 116.

<sup>212</sup> So bereits Sarbach, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 699; BK-HURNI ZPO 55 N 35; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 116 f.

<sup>213</sup> SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 699, hingewiesen. Im Übrigen ist der Literaturstelle von BK-KUMMER ZGB 8 N 44 ff., welche die regelmässig vorhandenen Tatsachen und die impliziten Sachvorbringen erstmals erwähnen, abgesehen von einer begrifflichen Unterscheidung eine inhaltliche Unterscheidung nicht zu entnehmen. Im Gegenteil schreibt Kummer, dass das Bundesgericht «auch von <impliziten> Sachvorbringen» spreche. Mit dem Wort «auch» kann somit gemeint sein, dass das Bundesgericht ebenso, also gleichermassen – bloss mit einem anderen Überbegriff – vom gleichen Themenbereich spreche.

<sup>214</sup> Beispiel nach BK-KUMMER ZGB 8 N 44; BK-HURNI ZPO 56 N 34; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 116, mit weiteren Hinweisen und Beispielen.

<sup>215</sup> SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 699.

<sup>216</sup> Ähnlich wohl auch LIENHARD, N 65 mit Beispiel. Der von BK-KUMMER ZGB 8 N 44 ff., angeführte BGE 48 II 347 sagt denn auch auf S. 356 *expressis verbis*, dass in der Geltendmachung eines Anspruches durch den Kläger *implicite* nicht bloss die Behauptung der Aktivlegitimation liege, d.h. diese vom Kläger nicht ausdrücklich behauptet zu werden braucht, «**sondern stillschweigend als behauptet gilt**». Siehe dazu auch unten N 174.

gruppen der regelmässig vorhandenen Tatsachen und der impliziten Sachvorbringen lässt sich damit unter dem Gesichtspunkt der gerichtlichen Auslegung von Parteierklärungen die Frage beantworten, wann konkludente Behauptungen resp. konkludente Bestreitungen überhaupt zulässig sind. Mit anderen Worten ist bei konkludenten Tatsachenbehauptungen immer zuerst zu untersuchen, ob das Gericht auf dem Wege der Auslegung von Parteierklärungen anhand der gesamten Umstände überhaupt von einer rechtsgenügenden Behauptung ausgehen darf.<sup>217</sup> Anhand der beiden Fallgruppen lässt sich dies folglich für jene Fälle bejahen, in denen vom regelmässigen Vorhandensein einer Tatsache auszugehen oder wo eine Tatsache offensichtlich in einer anderen, bereits behaupteten Tatsache enthalten ist.

- 61 Letztlich bleibt noch zu erwähnen, dass bevor das Gericht einem Urteil eine konkludente (implizite) Behauptung zu Grunde legen kann, der Gegenpartei auf alle Fälle das rechtliche Gehör zu gewähren ist, damit diese nicht von einer neuen, unerwarteten Tatsachenbehauptung überrascht wird. Diese Stellungnahme einer von einer konkludenten Behauptung der Gegenseite betroffenen Partei kann bspw. im Rahmen einer informativen Befragung durch das Gericht erfolgen, weshalb die Fälle der konkludenten Behauptungen nach der hier vertretenen Ansicht Auslösungstatbestände für die gerichtliche Fragepflicht darstellen.

---

<sup>217</sup> In die gleiche Stossrichtung ging der Entwurf des Bundesrates zur ZPO in Art. 148 Abs. 2, wo ausdrücklich vorgesehen war, dass «das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens» beurteilen soll ob «eine weder ausdrücklich bestrittene noch ausdrücklich zugestandene Tatsache als streitig anzusehen ist». Dieser Absatz wurde auf Empfehlung der ständerätlichen Kommission ersatzlos gestrichen, da er «eine unverständliche Norm ist und einen Widerspruch zu Artikel 219 Absatz 2 bedeutet» (Votum BLOCHER, AB 2007 S 514). Der von BLOCHER erwähnte Art. 219 Abs. 2 E-ZPO entspricht wörtlich dem heutigen Art. 222 Abs. 2 ZPO, wonach die beklagte Partei darzulegen hat, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Diese Bestimmung widerspricht keinesfalls die in Art. 148 Abs. 2 E-ZPO enthaltene Anweisung an das Gericht, wie es für den Fall vorzugehen hat, wenn keine ausdrückliche Tatsachenbestreitung vorliegt.

## § 3 Untersuchungsgrundsatz als Ausnahme

In Abweichung vom Verhandlungsgrundsatz sieht das Gesetz in Art. 55 Abs. 2 ZPO den Vorbehalt zugunsten gesetzlicher Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes vor, was nichts anderes bedeutet, als dass das Gesetz den Untersuchungsgrundsatz ausnahmsweise vorsehen kann. Die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen umschreibt das Gesetz dabei entweder mit «erforscht» oder «ermittelt», je nach Intensität der materiellen Prozessleitung durch das Gericht. Mit Erforschen ist der sog. uneingeschränkte, mit Ermitteln der sog. eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gemeint. 62

### I. Uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz

Wird das Gericht durch das Gesetz dazu verpflichtet, den Sachverhalt zu «erforschen», hat das Gericht von sich aus auch ohne Parteiantrag alle Abklärungen zu treffen, um den massgeblichen Sachverhalt abzuklären.<sup>218</sup> Da dem Gericht kein eigentlicher Ermittlungsapparat zur Verfügung steht, sind die Parteien dennoch zur Mitwirkung bei der Erforschung des Sachverhalts verpflichtet.<sup>219</sup> 63

#### 1. Anwendungsbereich

Der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO bei **Kinderbelangen** in familienrechtlichen Angelegenheiten, gemäss Art. 446 Abs. 1 ZGB im **Erwachsenenschutzrecht** sowie gemäss Art. 329 Abs. 2 ZGB bei der **Verwandtenunterstützungspflicht**.<sup>220</sup> 64

#### 2. Norminhalt bezgl. Tatsachenvorbringen

Die Mitwirkung der Parteien umfasst insbesondere die Orientierung des Gerichts über den Sachverhalt und die Nennung der verfügbaren Beweismittel.<sup>221</sup> Damit beinhaltet der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatzes eine Mitwirkungspflicht, bzw. -last<sup>222</sup> der Parteien, dass diese die rechtserheblichen Tatsachen zu behaupten und zu bestreiten haben. Der eigentlichen Behauptungs- 65

<sup>218</sup> BOTSCHAFT, S. 7366; statt vieler BK-HURNI ZPO 55 N 74; MORDASINI N 450.

<sup>219</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 62; DIKE-GLASL ZPO 55 N 35; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 101; BGE 133 III 507, 511; BGE 128 III 411, 413.

<sup>220</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 77 f.; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 68; DIKE-GLASL ZPO 55 N 39; MORDASINI, N 454 ff, vgl. nun aber BGE 139 III 368 für die Unterstellung der Verwandtenunterstützungsklage des Volljährigen unter das ordentliche Verfahren.

<sup>221</sup> BGE 128 III 411; BK-HURNI ZPO 55 N 75;

<sup>222</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 28.



und Bestreitungslast des Verhandlungsgrundsatzes liegt im Gegensatz dazu jedoch die Bindungswirkung des Gerichts, bzw. die sog. Sperrwirkung zu Grunde. Weil diese beim Untersuchungsgrundsatz gerade eben nicht besteht, ist fraglich, ob beim uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz überhaupt von einer Behauptungs- und Bestreitungslast gesprochen werden kann.<sup>223</sup>

- 66 Das Behaupten und Bestreiten in Verfahren, welche vom uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz geführt werden, zeigt denn auch eine Vielzahl an Unterschieden zur Behauptungs- und Bestreitungslast des Verhandlungsgrundsatzes auf; namentlich, dass aufgrund der fehlenden Sperrwirkung bei ungenügendem Bestreiten kein Zugeständnis fingiert wird,<sup>224</sup> dass der Eventualgrundsatz komplett verdrängt wird<sup>225</sup> oder dass das Verfahren grundsätzlich dem Offizial- und nicht dem Dispositionsgrundsatz untersteht. Letztlich bleibt auch noch zu erwähnen, dass selbst eine Missachtung der Mitwirkungspflichten durch die Parteien das Gericht nicht von der Erforschung des Sachverhalts entbindet.<sup>226</sup> Diese Unterschiede führen denn auch dazu, dass beim Behaupten und Bestreiten im Rahmen der Mitwirkungspflichten und -lasten des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes richtigerweise nicht von einer Behauptungs- und Bestreitungslast gesprochen wird.<sup>227</sup>

## II. Eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz

- 67 Spricht das Gesetz davon, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen «festzustellen» hat, ist das Gericht zwar ebenso wenig an die Tatsachenbehauptungen der Parteien gebunden wie bereits beim uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz, aber im Gegensatz zu diesem ist das Gericht im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, den Sachverhalt *umfassend* abzuklären.

---

<sup>223</sup> Vgl. dazu auch die h.L. in Deutschland statt vieler ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 115 N 38: «Eine Behauptungslast gibt es nur in einem Verfahren mit Beibringungsgrundsatz (Verhandlungsmaxime), in dem die Einführung der zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen Sache der Parteien ist.»; BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 73 «Daraus folgt zugleich, dass es eine Behauptungslast in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz nicht gibt»; Prütting/Gehrlein-LAUMEN, § 286 N 78; FREUDENTHAL, S. 9. Siehe auch HUGUENIN-DUMITTAN, S. 7; MORDASINI, N 462 ff., *et passim*.

<sup>224</sup> Und damit die Bestreitungslast komplett entfällt; siehe zur Zugeständniswirkung unten N 226 ff.

<sup>225</sup> Statt vieler KLINGLER, N 239.

<sup>226</sup> GASSER/RICKLI ZPO 55 N 11; BK-HURNI ZPO 55 N 75.

<sup>227</sup> Im Ergebnis gleich, jedoch ohne eingehende Begründung: BK-HURNI ZPO 55 N 75: «Die Parteien sind ihrer Behauptungs- und Bestreitungslast enthoben»; KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 16; BÜHLER/EDELMANN/KILLER § 75 N 47; siehe bereits auch BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 101 ff., S. 104.

## 1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes be- 68  
 stimmt sich für die **vereinfachten Verfahren** nach Art 247 Abs. 2 ZPO, wonach  
 unabhängig vom Streitwert die Angelegenheiten nach Art. 243 Abs. 2 ZPO be-  
 urteilt werden, d.h. im Einzelnen: Die Streitigkeiten nach dem **Gleichstellungs-**  
**gesetz** (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO), wegen Gewalt, Drohung und Nachstellungen  
 gemäss **Art. 28b ZGB** (lit. b), aus **Miete und Pacht** von Wohn- und Geschäfts-  
 räumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, sofern eine Streitigkeit gemäss  
 dem abschliessenden Katalog vorliegt (lit. c), zur Durchsetzung des Auskunfts-  
 rechts nach dem **Datenschutzgesetz** (lit. d), nach dem **Mitwirkungsgesetz**  
 (lit. e) sowie für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen gemäss **Krankenversi-**  
**cherungsgesetz** (lit. f). Abhängig von einem Streitwert bis zu CHF 30'000.00  
 beurteilt sich im vereinfachten Verfahren nach dem eingeschränkten Untersu-  
 chungsgrundsatz im Weiteren die übrigen Streitigkeiten aus Miete und Pacht,  
 die nicht im Katalog von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO enthalten sind, sowie die üb-  
 rigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

Für **summarische Verfahren**, welche grundsätzlich nach dem Verhand- 69  
 lungsgrundsatz geführt werden, sieht Art. 255 ZPO im Sinne einer Ausnahme  
 vor, dass das Gericht den Sachverhalt nach Massgabe des eingeschränkten Un-  
 tersuchungsgrundsatzes festzustellen hat, wenn es als **Konkurs- oder Nachlass-**  
**gericht** zu entscheiden hat (lit. a) sowie bei den Anordnungen der **freiwilligen**  
**Gerichtsbarkeit** (lit. b). In Art. 272 ZPO ist für die summarischen Verfahren  
 im Rahmen der **eherechlichen Verfahren** ebenfalls der eingeschränkte Unter-  
 suchungsgrundsatz vorgesehen, welcher überdies auch für die **vorsorglichen**  
**Massnahmen während der Dauer eines Scheidungsverfahrens** gilt.<sup>228</sup> An-  
 dere vorsorgliche Massnahmen hingegen fallen unter die Regelung des gewöhn-  
 lichen summarischen Verfahrens, d.h. des Verhandlungsgrundsatzes.

Der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz ist weiterhin gemäss Art. 277 70  
 Abs. 3 ZPO für das **Scheidungsverfahren** vorgesehen, wobei gemäss dessen  
 Abs. 1 für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nahehelichen Un-  
 terhalt wiederum der Verhandlungsgrundsatz gilt. Letztlich ist der Sachverhalt  
 nach dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 60 ZPO bei  
 der **Prüfung der Prozessvoraussetzungen** festzustellen sowie gemäss h.L.  
 und Rechtsprechung im Verfahren um die **unentgeltliche Rechtspflege**<sup>229</sup>.

<sup>228</sup> H.L.: BK-SPYCHER ZPO 276 N 12; ZK-KOBL ZPO 276 N 42; BSK-GEHRI ZPO 55  
 N 21; DIKE-DOLGE ZPO 276 N 14; DIKE-GLASL ZPO 55 N 44; MORDASINI, N 416 f.  
 m. w. H. zur a. A.

<sup>229</sup> BK-BÜHLER ZPO 119 N 35; ZK-EMMEL ZPO 119 N 13; BSK-RÜEGG ZPO 119 N 3;  
 MORDASINI, N 418.

## 2. Norminhalt bezüglich Tatsachenvorbringen

- 71 Die Parteien sind auch im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet, bzw. belastet, bei der Erstellung des Sachverhaltes mitzuwirken.<sup>230</sup> Aus den ähnlichen Erwägungen wie bereits oben ausgeführt,<sup>231</sup> besteht jedoch nach der hier vertretenen Ansicht im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes keine Behauptungs- und Bestreitungslast, wie sie unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes verstanden wird.<sup>232</sup> Anhand des Vergleichs von den Anforderungen an das Vorbringen von Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Mitwirkungspflichten und -lasten des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes und jener an die Behauptungslast des Verhandlungsgrundsatzes wird zwar teilweise festgestellt, dass auch beim eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz – auch wenn sehr eingeschränkt – eine Behauptungslast bestehen soll.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 64; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 64; ZK-HAUCK ZPO 247 N 33; BSK-MAZAN ZPO 247 N 13; KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 17; MORDASINI, N 425, m.w.H. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

<sup>231</sup> Siehe dazu oben N 66.

<sup>232</sup> **A.A.** BK-HURNI ZPO 55 N 64, der ohne eingehende Begründung feststellt, «dass die Parteien wie unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last tragen, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen (Behauptungslast), zu bestreiten (Bestreitungslast) und wenn nötig zu substantzieren (Substanziierungslast [...]).» Im Gegensatz dazu hat bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 107 f. m.w.H., darauf hingewiesen, dass beim eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz eindeutig keine Bestreitungslast besteht, «denn alle klagebegründenden Tatsachen haben als bestritten zu gelten und sind sonach unabhängig vom Sachvortrag des Beklagten beweisbedürftig».

<sup>233</sup> So etwa bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, S. 45, «Ihnen [den Parteien] obliegt weiterhin die Behauptungs- und Substanziierungspflicht und die Bezeichnung von Beweismitteln»; vgl. dazu auch MÜLLER, S. 111, mit Hinweis auf FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N 3, wonach zwar eine reduzierte Behauptungslast, jedoch keine Substantiierungslast besteht. BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 106 ff., S. 107 und S. 113, stellt darüber hinaus fest, dass damit für den Kläger in Verfahren nach dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz der Verhandlungsgrundsatz insgesamt gelten soll und daher genauso von einem eingeschränkten Verhandlungsgrundsatz gesprochen werden könne. Auf diese Meinung bezugnehmend erwähnte sogar das Bundesgericht eine «gemilderte Verhandlungsmaxime» als Synonym für den eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz, wenn auch nur – soweit ersichtlich – ganz vereinzelt, bspw. in BGE 125 III 231, 238, in BGer. 4C.300/2000, Erw. 4a, sowie in 4P.1/2001, Erw. 3d. Mit der Einführung der neuen ZPO wird man wohl eher, wenn überhaupt, nur bei der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht, wie sie Art. 247 ZPO für die nach dem Verhandlungsgrundsatz zu führenden vereinfachten Verfahren besteht, von einem eingeschränkten Verhandlungsgrundsatz sprechen können. Zugegebenermassen sind die Unterschiede in Art. 247 ZPO zwischen den Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz und den Verfahren nach dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz nicht allzu gross (siehe dazu bereits oben N 34), trotzdem sollte aufgrund der zum Teil erheblichen Unterschiede zwischen den bei-

Aufgrund von vereinzelt Parallelen zwischen der Behauptungslast des Verhandlungsgrundsatzes und dem Behaupten, wie sie den Mitwirkungspflichten und –lasten des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes entspringt, soll aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht ohne weiteres auf die Kongruenz ihres Inhaltes geschlossen werden. Einer derartig verstandenen Gleichsetzung der Behauptungslast und der Mitwirkungspflicht, resp. -last, steht u.a. entgegen, dass Behauptungen in vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren, gleichgültig ob nach dem uneingeschränkten oder dem eingeschränkten, grundsätzlich nicht der Präklusion gemäss Art 229 ZPO unterliegen, da der Eventualgrundsatz auch bei Verfahren nach dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz überwiegend zurück gedrängt wird.<sup>234</sup>

Sodann besteht im Rahmen der Mitwirkungspflichten und -lasten des Untersuchungsgrundsatzes wohl auch eine allgemeine Aufklärungslast des Beweisgegners, welche erhebliche Auswirkungen auf das Behaupten und Bestreiten der Parteien hat, die aber im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes gerade eben nicht besteht.<sup>235</sup>

Dass die Parteien *de facto* die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung tragen, weil sie bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken haben,<sup>236</sup> bedeutet zwar, dass im Fall der Verweigerung zumutbarer Mitwirkung einer Partei eine Beweisabnahme unterbleiben *kann*,<sup>237</sup> aber eben nicht *muss*. Das Gericht ist nämlich dessen ungeachtet in jedem Fall berechtigt, selbst über unbestrittene, anerkannte, nicht behauptete oder verspätet behauptete Tatsachen Beweis abzunehmen.<sup>238</sup>

Diese teils erheblichen Unterschiede zur Behauptungslast der Verhandlungsmaxime führen nach der hier vertretenen Ansicht dazu, dass auch im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes der Begriff der Behauptungslast vermieden werden sollte.<sup>239</sup> Von einer Bestreitungslast kann hingegen –

---

den Verfahrensgrundsätzen diese nicht einfach mit anderslautenden Adjektiven synonym verwendet werden.

<sup>234</sup> Statt vieler KLINGLER, N 252 und N 656; KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 19; BRÖNNMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, S. 371.

<sup>235</sup> Siehe dazu unten N 102.

<sup>236</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 64 mit Hinweis auf BOTSCHAFT, S. 7348; BGE 125 III 231, 238 f.

<sup>237</sup> BGE 125 III 231, 238 f.

<sup>238</sup> BÜHLER/EDELMANN/KILLER § 75 N 52; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI § 89 N 4; BGE 107 II 233, 236: «Le juge peut et doit fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions».

<sup>239</sup> Was – soweit ersichtlich – mehrheitlich auch für die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutrifft, welche im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgrundsatz die Begriffe der Behauptungs- und Bestreitungslast meidet und jeweils bloss von «Mitwirkungspflichten», resp. «collaboration», spricht (siehe dazu bspw. BGE 125 III 231, 239 oder BGE

wie bereits von BRÖNNIMANN zutreffend nachgewiesen – ohnehin nicht gesprochen werden, da alle klagebegründenden Tatsachen ohne weiteres als bestritten gelten und deshalb unabhängig von einer Bestreitung des Beklagten beweispflichtig sind.<sup>240</sup>

- 76 Auch wenn sich vereinzelt von der Behauptungslast des Verhandlungsgrundsatzes auf die Anforderungen an das Behaupten im Rahmen der Mitwirkungspflichten und -lasten des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes schliessen lässt, kann das eben nur *mutatis mutandis* erfolgen und nicht in dem Sinne, dass damit das Gleiche gemeint ist. Aus diesen Gründen ist in den nachfolgenden Ausführungen, wenn von der Behauptungs- und Bestreitungslast gesprochen wird, nur die eigentliche Behauptungs- und Bestreitungslast in den Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz gemeint.<sup>241</sup> Diese Verfahren, und damit der Anwendungsbereich der Behauptungs- und Bestreitungslast des Verhandlungsgrundsatzes, lassen sich im Einzelnen anhand der soeben dargestellten Verfahren nach dem uneingeschränkten<sup>242</sup> und dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz<sup>243</sup> ohne weiteres negativ abgrenzen.

---

128 III 411, 413). Ebenfalls nur von einer Mitwirkungspflicht sprechen STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 26; bzw. von «Zusammenarbeit» und einer «Obliegenheit einer aktiven Beteiligung am Prozess bzw. der Einbringung ihrer eigenen Behauptungen und Beweismittel» SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 361 und N 357; AEBI-MÜLLER, S. 190.

<sup>240</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 107 f. und S. 113; siehe dazu bereits oben FN 232.

<sup>241</sup> Auf eine vertiefte Untersuchung über die Mitwirkungspflichten und -lasten des Untersuchungsgrundsatzes soll an dieser Stelle verzichtet werden. Für eine Abgrenzung der materiellen Prozessleitung des Gerichts im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes und der materiellen Prozessleitung im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes siehe LIENHARD N 508 ff.

<sup>242</sup> Siehe dazu oben N 64.

<sup>243</sup> Siehe dazu soeben oben N 68 f.

## § 4 Befristung der Parteivorbringen: Der Eventualgrundsatz

Um zu verhindern, dass ein Prozess unendlich in die Länge gezogen wird und um eine Ordnung und Gliederung des Prozessstoffes zu erreichen,<sup>244</sup> legt die Zivilprozessordnung in Art. 229 ZPO für das ordentliche Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz einen bestimmten Zeitpunkt fest, von welchem an grundsätzlich keine neue Tatsachen mehr vorgebracht werden dürfen. Zusätzlich zur Funktion der Beschleunigung des Prozesses sollen die Parteien damit insbesondere vor überraschenden Eingaben geschützt werden.<sup>245</sup> 77

Die Folgen eines verspäteten Vorbringens ist die Nicht-Berücksichtigung im Prozess,<sup>246</sup> d.h. dass Behauptungen und Bestreitungen, die nach dem vom Eventualgrundsatz festgelegten Zeitpunkt erfolgen, grundsätzlich unbeachtlich bleiben.<sup>247</sup> Die Unterscheidung zwischen neuen Tatsachen und bereits erfolgten Behauptungen und Bestreitungen kann deshalb im Einzelfall von grosser Bedeutung sein. 78

### I. Abgrenzung neuer Tatsachen von blossen Präzisierungen

Die Beurteilung, ob ein Tatsachenvorbringen neu ist, erfolgt mittels Vergleich zum bereits vorhandenen Aktenmaterial.<sup>248</sup> Dabei gelten Tatsachen als neu vorgetragen, wenn sie weder bis zum vom Eventualgrundsatz bestimmten Zeitpunkt vorgetragen wurden noch auf irgendeine andere Weise Prozessstoff geworden sind.<sup>249</sup> Von diesen neuen Tatsachenvorbringen ist die Präzisierung einer bereits vorgetragenen Tatsache zu unterscheiden: Wird eine Tatsachenbehauptung oder eine Bestreitung bloss genauer ausgeführt und geht die Präzisierung im sachlichen Umfang nicht über diese hinaus, dann gilt diese präzisierende Behauptung nicht als neu, da sie bereits in der vorgetragenen Behauptung enthalten war.<sup>250</sup> Mit anderen Worten ist ein Sachvorbringen, welche eine bereits erfolgte Behauptung im sachlichen Umfang zusätzlich eingrenzt 79

---

<sup>244</sup> Siehe zu den verschiedenen Funktionen der Eventualmaxime KLINGLER, N 36 ff.

<sup>245</sup> Bspw. weil eine Partei aus taktischen Gründen mit der Behauptung einer Tatsache zuwartet; KLINGLER, N 39.

<sup>246</sup> Präklusivwirkung oder Präklusion genannt.

<sup>247</sup> Siehe dazu SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit, S. 205 FN 1135, der diese Wirkung allgemein als prozessuale Obliegenheit umschreibt.

<sup>248</sup> BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 229 N 5.

<sup>249</sup> Bspw. offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen; BK-KILLIAS ZPO 229 N 7.

<sup>250</sup> Siehe dazu auch BK-KILLIAS ZPO 229 N 7 und BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 229 N 5 beide mit Verweis auf BSK-MEYER BGG 99 N 20; KLINGLER, N 443 ff., N 445, allerdings nur für umfangreiche Rechnungsposten, für Präzisierungen hingegen, die aufgrund der gerichtlichen Fragepflicht erfolgen, ablehnend in N 642 und 646.

und diese dadurch verdeutlicht, nicht als neue Tatsache im Sinne von Art. 229 ZPO zu verstehen und damit auch nach dem vom Eventualgrundsatz vorgesehenen Zeitpunkt zulässig. Geht das Sachvorbringen hingegen über eine blosser Präzisierung hinaus, ist zu prüfen, ob diese neue Tatsache allenfalls als eine zulässige sog. Nove in den Prozess eingeführt werden kann.

## II. Echte Noven und unechte Noven

- 80 Ein absoluter Ausschluss von neuen Tatsachen wäre zulasten der materiellen Wahrheitsfindung unverhältnismässig,<sup>251</sup> weshalb aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleitet wird, dass Tatsachen, die sich erst nach dem vom Eventualgrundsatz bestimmten Zeitpunkt zugetragen haben, dennoch berücksichtigt werden können.<sup>252</sup> Sog. **echte Noven** können damit in den Prozess eingeführt werden, wenn diese gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO «ohne Verzug» dem Gericht zur Kenntnis gebracht werden.<sup>253</sup> Ohne Verzug meint dabei, dass die echten Noven jeweils «sofort vorzubringen sind»<sup>254</sup>, die Noveneingabe mithin «so rasch als möglich»<sup>255</sup>, bzw. «so bald als möglich»<sup>256</sup>, «innert wenigen Tagen» zu erfolgen habe, aber nicht «mehr als 7 Tage» zugewartet werden dürfe.<sup>257</sup> Wenn weitere Abklärungen es erforderlich machen, aber auch mit Blick auf die notwendige Kommunikation zwischen der anwaltlichen Vertretung mit ihren Klienten, können bis zu zehn Tage als angemessen erscheinen.<sup>258</sup> Die Rechtzeitigkeit eines Vorbringens beurteilt sich damit letztlich auch auf Grund der vorliegenden Umstände,<sup>259</sup> weshalb eine Noveneingabe nebst dem Novum auch eine Begründung mitsamt Beweismitteln enthalten muss, damit deren Zulässigkeit mittels prozessleitender Verfügung durch das Gericht festgestellt werden kann.<sup>260</sup>
- 81 Den echten Noven in lit. a. von Art. 229 Abs. 1 ZPO gleichgestellt sind ferner die unechten Noven von lit. b.,<sup>261</sup> die ebenfalls im Prozess Berücksichtigung

---

<sup>251</sup> BOTSCHAFT, S. 7340; BK-KILLIAS ZPO 229 N 10.

<sup>252</sup> KLINGLER, N 198.

<sup>253</sup> KLINGLER, N 197.

<sup>254</sup> BOTSCHAFT, S. 7341.

<sup>255</sup> BMcK-WIDMER ZPO 229 N 13.

<sup>256</sup> KLINGLER, N 484.

<sup>257</sup> SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1104.

<sup>258</sup> ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 9a.

<sup>259</sup> BK-KILLIAS ZPO 229 N 17.

<sup>260</sup> ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 10; BK-KILLIAS ZPO 229 N 18; KLINGLER, N 483.

<sup>261</sup> Die in lit. a. erwähnten Noven, die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung *gefunden* worden sind, sind auf ein Versehen des Gesetzgebers zurück zu führen und stellen nach h.L. unechte Noven gemäss lit. b. dar (BK-KILLIAS ZPO 229 N 13; ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 6; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 9; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 376; KLINGLER, N 216

finden, falls sie ohne Verzug vorgebracht werden. Bei diesen **unechten Noven** handelt es sich zwar nicht um neu entstandene Tatsachen, sondern um Tatsachen, die im vom Eventualgrundsatz zu bestimmenden Zeitpunkt bereits existierten,<sup>262</sup> die aber «trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten»<sup>263</sup>. Für die zumutbare Sorgfalt sind auch hier, wie bereits zuvor bei der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht,<sup>264</sup> an Laien und Anwälten aufgrund ihrer unterschiedlichen Fähigkeiten **unterschiedliche Sorgfaltsmassstäbe** zu legen.<sup>265</sup> Danach ist bei nicht vertretenen Parteien anhand von subjektiven Faktoren, wie bspw. Intelligenz, Bildung etc.,<sup>266</sup> auf die zumutbare Sorgfalt zu schliessen, währenddessen bei Anwälten und Anwältinnen ein objektivierter Sorgfaltsmassstab gilt.<sup>267</sup>

---

m.w.H. in FN 551; BRÖNNIMANN, Die neue Schweizerische ZPO, FN 15. **A.A.** BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 229 N 10 und FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 115 N 4, welche unter echten Noven insgesamt zulässige Noven verstehen und unter unechten Noven bloss diejenigen, die bereits im vom Eventualgrundsatz zu bestimmenden Zeitpunkt existierten aber zufolge eigener, verschuldeter Unsorgfalt nicht mehr zulässig sind, also von der Präklusion erfasst werden. Zugegebenermassen zeitigt eine begriffliche Unterscheidung zwischen echten und unechten Noven gemäss h.L. denn auch keine Unterschiede bezüglich der Noveneingabe, da beide eine Begründung enthalten müssen und die Zulassung von dieser Begründung und einer Beurteilung der Umstände abhängt (in der deutschen Lehre und Rechtsprechung findet sich denn auch überhaupt keine Unterscheidung zwischen echten und unechten Noven, siehe dazu statt vieler Stein/Jonas-LEIPOLD § 296, *passim*). Denn auch echte Noven können, wie bereits unechte Noven, wenn sie durch eigene Unsorgfalt verspätet vorgebracht werden, vom Prozessstoff ausgeschlossen werden (ähnlich ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 9). Immerhin liesse sich, wenn das echte Novum «ohne Verzug» bspw. innert sieben Tage (siehe dazu oben N 79) vorgebracht wurde, im Sinne einer natürlichen Vermutung darauf schliessen, dass die Noveneingabe rechtzeitig erfolgt ist und somit eine weitere Begründung überflüssig machen, währenddessen bei unechten Noven grundsätzlich immer begründet werden muss, weshalb sie nicht vorher vorgebracht wurde.

<sup>262</sup> **H.L.:** statt vieler KLINGLER, N 217 m.w.H.; siehe bereits FN 261 für a.A.

<sup>263</sup> Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO.

<sup>264</sup> Siehe oben N 31.

<sup>265</sup> KLINGLER, N 429 ff.; ihm folgend ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 8; so bereits für die gerichtliche Fragepflicht SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 135, und FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 89; siehe dazu bereits FN 109 ff.; **a.A.** DIKE-PAHUD ZPO 229 N 11 f.; ihm folgend BK-KILLIAS ZPO 229 N 16; BGE 85 I 66, 70.

<sup>266</sup> Vgl. dazu KLINGLER, N 432.

<sup>267</sup> KLINGLER, N 436 f. m.w.H.; siehe dazu bereits im Einzelnen oben N 31 f.



### III. Massgeblicher Zeitpunkt der Präklusion

82 Das Gesetz sieht in Art 229 ZPO unterschiedliche Zeitpunkte vor, ab dem neue Tatsachen nur noch beschränkt nach dem Novenrecht vorgebracht werden können. Es unterscheidet dabei zwischen Verfahren, bei denen ein doppelter Schriftenwechsel und/oder eine Instruktionsverhandlung durchgeführt wurden und Verfahren, bei denen direkt nach einem einfachen Schriftenwechsel zur Hauptverhandlung geladen wird. Im vereinfachten Verfahren letztlich gilt nochmals ein anderer Zeitpunkt, ab dem neue Tatsachen grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden können.

#### 1. Bei doppeltem Schriftenwechsel und/oder Instruktionsverhandlung

83 Art. 229 ZPO legt in Abs. 1 fest, dass Noven in der Hauptverhandlung nur berücksichtigt werden, wenn sie erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bis zu diesen Zeitpunkten, d.h. bis zum Abschluss des Schriftenwechsels, resp. an der letzten Instruktionsverhandlung, Tatsachen unbeschränkt vorgetragen werden können.<sup>268</sup> Dieser Zeitpunkt wird in der Praxis häufig durch das Gericht mittels einer separaten Verfügung festgestellt, dem sogenannten Aktenschluss.<sup>269</sup> Hat eine Instruktionsverhandlung oder ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden, können damit weitere Behauptungen nur nach den Regeln des Novenrechts vorgetragen werden, das Behauptungsstadium gilt als geschlossen und der Aktenschluss markiert damit eine klare Linie zwischen Behauptungs- und Beweisstadium.<sup>270</sup>

#### 2. Bei einfachem Schriftenwechsel

84 Lädt das Gericht nach nur einem einzigen Schriftenwechsel direkt zur Hauptverhandlung, d.h. dass damit weder eine Instruktionsverhandlung noch ein zweiter<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> So richtig KLINGLER, N 415, N 356 ff.; ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 4; a.A. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 9, welche unbeschränkte Vorbringen im Zeitraum zwischen Abschluss Schriftenwechsel, resp. Instruktionsverhandlung, und Hauptverhandlung zulassen wollen.

<sup>269</sup> Dieser Verfügung dürfte allerdings, da es sich um einen vom Gesetz vorgeschriebenen Zeitpunkt handelt, lediglich deklaratorische Bedeutung zukommen. Trotz der Tatsache, dass es bei diesem durch den Eventualgrundsatz bestimmten Zeitpunkt um einen gesetzlichen Zeitpunkt handelt, kann das Gericht dennoch diesen beeinflussen, da es ohne weiteres auch einen dritten Schriftenwechsel anordnen, bzw. nach dem ersten Schriftenwechsel bereits zur Hauptverhandlung laden kann.

<sup>270</sup> KLINGLER, N 511.

<sup>271</sup> Das Gesetz spricht lediglich von einem zweiten Schriftenwechsel. Ist ein dritter Schriftenwechsel vorgesehen (**umstr.**; sog. Triplik und Quadruplik etc. befürworten wohl GASSER,

Schriftenwechsel stattgefunden haben, können gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO neue Tatsachen zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgetragen werden.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob es sich bei diesen Tatsachen, welche zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgetragen werden können, tatsächlich bereits um Noven handelt,<sup>272</sup> welche nun kraft dieser Vorschrift vom Novenrecht ausgenommen werden und damit ausnahmsweise zulässig sind. Denn ebenso liesse sich hier annehmen, dass der vom Eventualgrundsatz bestimmte Zeitpunkt einfach später eintritt, womit es sich folglich bei diesen Tatsachenvorbringen um gar keine Noven handeln würde.

Wie bereits erwähnt, ist der Sinn und Zweck des Eventualgrundsatzes die Konzentration der Stoffsammlung, indem ab einem gewissen Zeitpunkt Tatsachenbehauptungen nicht mehr unbeschränkt vorgetragen werden können, sondern durch das Novenrecht beschränkt werden. Geht man nun davon aus, dass zu Beginn der Hauptverhandlung der vom Eventualgrundsatz definierte Zeitpunkt gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung bereits eingetreten ist, dann sind neue Tatsachen grundsätzlich nur noch nach den Beschränkungen des Novenrechts zuzulassen. Wenn nun jedoch gleichzeitig im Sinne einer Ausnahme vorgesehen wird, dass diese Noven trotz Novenrecht unbeschränkt vorgetragen werden können, wird die sich aus dem Novenrecht ergebende Beschränkung wieder aufgehoben.

Da das Novenrecht bereits die Ausnahme zur Beibringung von Tatsachen nach einem bestimmten Zeitpunkt ist, erhält man, wenn man diese Ausnahme mit einer weiteren Ausnahme gänzlich ausnimmt, die ursprüngliche Regel wieder. Damit lassen sich zwar Tatsachen zu Beginn der Hauptverhandlung nunmehr unbeschränkt vortragen, nur mit der Eigenart, dass diese Tatsachen jetzt plötzlich als Noven zu bezeichnen sind, obschon sie vom Novenrecht ausgenommen sind.<sup>273</sup> Was unnötig kompliziert erscheint,<sup>274</sup> ist wohl darauf zurückzuführen, dass Art. 229 ZPO im Gesetzgebungsverfahren heftig umstritten war und der geltende Artikel einen gesetzgeberischen Kompromiss darstellt.<sup>275</sup>

---

S. 17; BK-KILLIAS ZPO 225 N 10; ablehnend ZK-LEUENBERGER ZPO 225 N 20; BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 226 N 5), fällt dieser wohl auch unter den damit zu engen Wortlaut von Art. 229 Abs. 2 ZPO.

<sup>272</sup> So bspw. BK-KILLIAS ZPO 229 N 19; ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 12 u.v.m.

<sup>273</sup> Ähnlich bereist die Kritik von KLINGLER, N 520.

<sup>274</sup> Im Ergebnis gleich und wohl einfacher wäre gewesen, wenn der vom Eventualgrundsatz bestimmte Zeitpunkt, ab dem die novenrechtliche Beschränkung greift, beim einfachen Schriftenwechsel nach hinten verlegt worden wäre. Ähnlich bereits KLINGLER, N 520 i.f. und FN 1122.

<sup>275</sup> Siehe dazu WIDMER-SCHLUMPF, AB NR 2008 1630: «Der Beschluss Ihrer Kommission stellt einen Kompromiss zwischen dem Konzept des Nationalrates und dem Konzept des

88 Dieser Kompromiss führte zu dieser Ausnahme beim einfachen Schriftenwechsel, wonach der Zeitpunkt des Aktenschlusses gemäss Abs. 1 zwar vorliegt, dieser Zeitpunkt aber nicht das Ende des Behauptungsstadiums des Prozesses ist. Mit dem vom Eventualgrundsatz festzulegenden Zeitpunkt wäre dies aber eben gerade vorgesehen: Ein Zeitpunkt, ab dem grundsätzlich keine neue Behauptungen in den Prozess eingeführt werden dürfen, womit das Behauptungsstadium geschlossen und zur Beweisabnahme fortgeschritten werden kann.<sup>276</sup> Die Folgen des **Auseinanderfallens von Aktenschluss und der novenrechtlichen Beschränkung** für das Vorbringen von neuen Tatsachen führt dazu, dass das Behauptungsstadium beim einfachen Schriftenwechsel nicht mit dem Aktenschluss endet, d.h. dass trotz Aktenschluss eigentlich gar kein endgültiger Aktenschluss vorliegt.

89 Eine zusätzliche Unklarheit bildet der Umstand, dass der vorgenannte Zeitpunkt der novenrechtlichen Beschränkung, also des endgültigen Aktenschlusses, aufgrund der vagen Angabe im Gesetz «zu Beginn der Hauptverhandlung» unklar geregelt ist. Gemäss einem überwiegenden Teil der Lehre sind mit diesem Wortlaut die ersten Parteivorträge gemäss Art. 228 ZPO ohne mündliche Replik und Duplik gemäss dessen Abs. 2 zu verstehen.<sup>277</sup> Vereinzelt wird auch die etwas grosszügigere Meinungen vertreten, wonach neue Tatsachen darüber hinaus auch in der mündlichen Replik und Duplik zuzulassen sind.<sup>278</sup> Daneben sind vereinzelte Ansichten bestrebt, den Zeitpunkt möglichst früh, d.h. zu Be-

---

Ständerates dar. Wie gemäss ständerätlichem Konzept sind Noven an der Hauptverhandlung grundsätzlich nur noch beschränkt zulässig. Hat aber vorgängig kein zweiter Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung stattgefunden, sollen Noven zu Beginn der Hauptverhandlung noch unbeschränkt vorgebracht werden können. Denn sonst wird das Replikrecht erschwert. In dieser Hinsicht wird also eine Angleichung an das Konzept des Nationalrates vorgenommen. Dieser Kompromissbeschluss ist sachgerecht; den Parteien wird damit ermöglicht, Noven nach dem ersten Schriftenwechsel zumindest einmal noch unbeschränkt vorzubringen. Zugleich verhindert dieser Beschluss, dass das Verfahren unnötig in die Länge gezogen wird und die Hauptverhandlung dann zu einer «Überraschungsparty» verkommt.»; KLINGLER, N 513, bedauert sogar, «dass die Regelung des Bundesrats, wonach Angriffs- und Verteidigungsmittel bis und mit den ersten Parteivorträgen in der Hauptverhandlung unbeschränkt zulässig sind, durch die Hintertür doch noch Eingang in die Schweizerische Zivilprozessordnung gefunden hat.»

<sup>276</sup> Ähnlich die Kritik bei KLINGLER, N 511.

<sup>277</sup> BK-KILLIAS ZPO 229 N 19; ZK-LEUENBERGER ZPO 229; DIKE-PAHUD ZPO 229 N 19; BMcK-WIDMER ZPO 229 N 3; OF-LERCH ZPO 229 N 9; KuKo-NÄGELI ZPO 229 N 16; MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 344; FÜLLEMANN, S. 866 f.

<sup>278</sup> BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 229 N 16, welche sich auf die BOTSCHAFT, S. 7340, berufen, von der aber nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der markanten Änderungen des Gesetzestextes durch National- und Ständerat (siehe dazu bereits FN 275) nichts abzugewinnen ist.

ginn der ersten Parteivorträge<sup>279</sup> oder gar vor Beginn der Parteivorträge<sup>280</sup> eintreten zu lassen. Aufgrund der klar geäusserten Absichten des Gesetzgebers, wonach auf der einen Seite das Verfahren nicht unnötig in die Länge gezogen und auf der anderen Seite das Replikrecht nicht erschwert werden sollte, sind die einerseits zu grosszügigen und andererseits zu restriktiven Meinungen abzulehnen und der trefflichen Mittellösung der h.L.<sup>281</sup> zuzustimmen.

### 3. Im vereinfachten Verfahren

Wie bereits oben gezeigt, gilt im vereinfachten Verfahren der Verhandlungsgrundsatz, soweit keine Ausnahme nach Art. 247 Abs. 2 ZPO vorliegt.<sup>282</sup> Für diese Verfahren lassen sich jedoch den Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren keine eigene Regelungen zum vom Eventualgrundsatz bestimmten Zeitpunkt entnehmen, weshalb die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren gemäss Art. 219 ZPO sinngemäss anzuwenden sind.<sup>283</sup> Im Falle einer **begründeten Klage** gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO gilt damit das bereits oben zum einfachen und doppelten Schriftenwechsel Ausgeführte.<sup>284</sup> Das vereinfachte Verfahren sieht jedoch gemäss Art. 244 ZPO auch die Möglichkeit vor, eine **unbegründete Klage** einzureichen, was dazu führt, dass Art. 229 ZPO aufgrund dieses erheblichen Unterschieds vom ordentlichen Verfahrensgang nicht ohne weiteres «sinngemäss» angewendet werden kann.<sup>285</sup>

Würde Art. 229 Abs. ZPO in Fällen, in denen keine begründete Klage eingereicht und sofort zur Hauptverhandlung vorgeladen wird, gleich angewendet, wie wenn ein einfacher Schriftenwechsel stattgefunden hat, könnten die Parteien damit bloss einmal zu Beginn der Hauptverhandlung Tatsachen unbeschränkt vortragen, was eine erhebliche Schlechterstellung im Vergleich zur Einreichung einer begründeten Klage darstellen würde.<sup>286</sup> Deshalb wird denn auch vorgeschlagen, dass die Parteien bei unbegründeter Klage und direkter Ladung zur Hauptverhandlung «während der ganzen Verfahrensdauer, also bis zur Urteilsberatung respektive bei Fortsetzung des Prozesses nach der ersten Verhandlung bis zu deren Schluss»<sup>287</sup> Tatsachen unbeschränkt vorbringen können sollen.

---

<sup>279</sup> KLINGLER, N 421, m.w.H.

<sup>280</sup> MILANI, N 45 ff., N 61 m.w.H.

<sup>281</sup> Siehe dazu bereits das Votum von WIDMER-SCHLUMPF in FN 275.

<sup>282</sup> Siehe dazu oben N 34.

<sup>283</sup> Statt vieler KLINGLER, N 527.

<sup>284</sup> Siehe bereits oben N 83 ff.

<sup>285</sup> Ähnlich bereits KLINGLER, N 527.

<sup>286</sup> So aber MILANI, N 44 ff., der zudem mit «zu Beginn der Hauptverhandlung» den Verfahrensabschnitt vor den ersten Parteivorträgen meint.

<sup>287</sup> KLINGLER, N 530.

- 92 Dies würde jedoch nach der hier vertretenen Ansicht den Eventualgrundsatz und die damit verfolgten Zwecke der Verfahrensstraffung und Organisation in diesen Verfahren illusorisch machen. Denn damit würden die nach dem Verhandlungsgrundsatz zu führenden vereinfachten Verfahren nicht mehr von den Verfahren, die nach dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz geführt werden, unterschieden, was den vom Gesetzgeber verfolgten Zielen in Art. 247 ZPO widersprechen würde. Überdies würde damit dem Kläger die Möglichkeit eröffnet, dass er selbst aussuchen kann, ob er vermittels unterlassener Klagebegründung eine grosszügigere Regelung bezgl. des Eventualgrundsatzes wünscht, als wenn er eine begründete Klage einreicht. Dieser Wertungswiderspruch zwischen den nach dem Verhandlungsgrundsatz geführten vereinfachten Verfahren, je nachdem ob eine Klagebegründung eingereicht wurde oder nicht, kann nach der hier vertretenen Ansicht sachlich nicht legitimiert werden.
- 93 Daher ist auch hier eine zweimalige Möglichkeit zur unbeschränkten Darstellung des eigenen Prozessstandpunktes zu fordern. Das unbeschränkte Behaupten und Bestreiten von Tatsachen im Rahmen eines ersten Vortrags und einer mündlichen Replik, resp. Duplik, erscheint auch aufgrund der ergänzenden, verstärkten gerichtlichen Fragepflicht als ausreichend, um den Sachverhalt zu klären.<sup>288</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint diese Lösung im Vergleich zum ordentlichen Verfahren, wo die Parteien ebenso jeweils zweimal unbeschränkt Tatsachen vorbringen können, am ehesten als gleichwertig und daher «sinngemäss» im Sinne der Verweisnorm von Art. 219 ZPO.

#### IV. Ergebnis: Unbeschränktes Replik- und Duplikrecht

- 94 Ungeachtet der klärungsbedürftigen Regelung beim einfachen Schriftenwechsel und des auslegungsbedürftigen Verweises bei unbegründeten Klagen im vereinfachten Verfahren gilt damit, dass eine Partei nach der hier vertretenen Ansicht mindestens zwei Mal die Gelegenheit erhält, ihre Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen zu können, womit auch das aus dem rechtlichen Gehör abgeleitete **Replikrecht** gewahrt wird.<sup>289</sup> Wie es bereits bei den mündlichen Vorträgen nach Art. 228 Abs. 2 ZPO ohnehin vorgesehen ist, ist dabei mit der

---

<sup>288</sup> A.A. KLINGLER, N 530, wonach die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel während der gesamten Verfahrensdauer, d.h. bis zur Urteilsberatung ergänzen können sollen; sehr restriktiv dagegen MILANI, N 44 ff., siehe dazu bereits oben FN 286.

<sup>289</sup> ZK-LEUENBERGER ZPO 229 N 12, DIKE-PAHUD ZPO 229 N 19. Mit dem Replikrecht wird dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt, zur Klageantwort Stellung zu nehmen, welche das Prinzip der Waffengleichheit gebietet, das Bestandteil des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren ist, siehe dazu BGE 137 I 195, 197. Siehe dazu auch bereits GULDENER, S. 176.

Anordnung einer schriftlichen Replik zwingend immer auch eine schriftliche Duplik anzuordnen.<sup>290</sup> Denn wie bereits bei der Replik lässt sich aufgrund der Waffengleichheit aus dem rechtlichen Gehör ableiten, dass es unzulässig ist, den Schriftenwechsel für geschlossen zu erklären, ohne damit dem Beklagten die Möglichkeit zur Duplik zu geben.<sup>291</sup>

Trotz der oben angeführten Kritik<sup>292</sup> erreicht der Eventualgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung mit Aktenschluss und dem Novenrecht eine zeitliche und sachliche Konzentration im Prozess, in welchem der Zeitpunkt festgelegt wird, indem Behauptungen grundsätzlich nicht mehr vorgetragen werden können. Denn mit dem vom Eventualgrundsatz bestimmten Zeitpunkt ist das Behauptungsstadium abgeschlossen und der Prozess schreitet zum Beweisstadium fort. 95

Eine zeitliche oder sachliche Strukturierung des Behauptungsstadiums selbst bewirkt der Eventualgrundsatz hingegen nur ungenügend: Mit dem letzten Zeitpunkt zum Vortrag von Tatsachen kann insbesondere nicht gänzlich verhindert werden, dass die Parteien mit dem Behaupten oder Bestreiten von rechtserheblichen Tatsachen bis zum letztmöglichsten Moment zuwarten. Und dies, obschon eine Funktion des Eventualgrundsatzes eigentlich sein sollte, zu verhindern, dass eine Partei mit einem späten Vorbringen den Prozessgegner überrascht und sich damit einen prozesstaktischen Vorteil verschafft. Aus der Sicht des Eventualgrundsatzes findet damit keine abschliessende Ordnung des Behauptungsstadiums selbst statt, weshalb es verbleibt, diese Funktion anhand der Behauptungs- und Bestreitungslast in den folgenden Kapiteln des zweiten Teils dieser Arbeit zu klären. 96

---

<sup>290</sup> ZK-LEUENBERGER ZPO 225 N 3; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1101; a.A. DIKE-PAHUD ZPO 225 N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 6.

<sup>291</sup> ZK-LEUENBERGER ZPO 225 N 3; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1101.

<sup>292</sup> Siehe dazu oben N 84 f., wonach beim einfachen Schriftenwechsel der Zeitpunkt des Aktenschlusses und derjenige der Novenbeschränkung, d.h. derjenige des Endes des Behauptungsstadiums, auseinanderfallen.

## § 5 Wahrheitspflicht gemäss Treu und Glauben

- 97 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung folgt aus dem Verfahrensgrundsatz in Art. 52 ZPO, wonach alle am Verfahren Beteiligten nach Treu und Glauben zu handeln haben, die sog. **Wahrheitspflicht der Parteien**.<sup>293</sup> Diese Wahrheitspflicht soll ein ehrliches und faires Verfahren garantieren, indem ein hoher Grad an Wahrhaftigkeit und Aufrichtigkeit bei der Aufklärung des dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalts gesichert wird.<sup>294</sup> Zudem stellt die Wahrheitspflicht sicher, dass ein sog. Prozessbetrug<sup>295</sup> verhindert und damit letztlich dem gesamten Recht zur Durchsetzung verholfen wird.<sup>296</sup>

### I. Inhalt der Wahrheitspflicht

- 98 Die Wahrheitspflicht erstreckt sich gemäss dem Wortlaut der Bestimmung auf alle Handlungen im Prozess,<sup>297</sup> d.h. auch auf die Behauptungen und die Bestreitungen der Parteien. Die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen müssen dementsprechend mit ihrer jeweiligen subjektiven Überzeugung übereinstimmen,<sup>298</sup> d.h. die Parteien dürfen keine Tatsachen vortragen, die nach ihren eigenen subjektiven Kenntnissen<sup>299</sup> nicht dieser sog. subjektiven Wahrheit<sup>300</sup> entsprechen.<sup>301</sup> Damit ist das **Verbot der Prozesslüge** angesprochen, dass den Parteien «die bewusst unwahre Tatsachenbehauptung und das wissentliche Be-

---

<sup>293</sup> **H.L.:** statt vieler BK-HURNI ZPO 52 N 28; BSK-GEHRI ZPO 52 N 6; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI § 26 N 68; NAEGELI, S. 293; MÜLLER, S. 137, 139; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 17; zurückhaltend ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 28.

<sup>294</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 2 für das deutsche Recht.

<sup>295</sup> Art. 146 StGB und BGE 122 IV 197; siehe dazu statt vieler BSK-ARZT StGB 146 N 85.

<sup>296</sup> Siehe dazu auch den von BK-HURNI in ZPO 52 N 3 zitierten Ausschnitt eines Aufsatzes von GULDENER in SJZ 1943, S. 391: «Wenn schon bei der Ausübung der Privatrechte nach Treu und Glauben zu verfahren ist, so kann es nicht erlaubt sein, bei der Geltendmachung oder der Abwehr solcher Rechte im Prozess sich einer Taktik zu bedienen, die mit diesem Grundsatz im Widerspruch steht. Das verbietet schon der Zweck des Prozesses, welcher Pflege des Rechts ist.»

<sup>297</sup> In der Marginalie «*Handeln* nach Treu und Glauben» und im Gesetzestext «Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu *handeln*».

<sup>298</sup> Weshalb in der deutschen Literatur auch von «**Wahrhaftigkeitspflicht**» anstatt von Wahrheitspflicht gesprochen wird, siehe dazu bspw. Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 4 und Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 4. Siehe dazu auch BGer. 4P.163/2003, Erw. 2.3, und BK-HURNI ZPO 52 N 28.

<sup>299</sup> Vereinzelt wird auch erwähnt, dass die Partei nicht verpflichtet ist, die Richtigkeit ihrer Kenntnisse zu überprüfen. Siehe nur MÜLLER, S. 138 m.w.H.

<sup>300</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 Titel vor N 4.

<sup>301</sup> MÜLLER, S. 138; Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 4; Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 4.

streiten wahrer Tatsachenbehauptungen»<sup>302</sup> verbietet.<sup>303</sup> Anders formuliert ist es das **Verbot wider besseres Wissen zu behaupten oder zu bestreiten**.<sup>304</sup>

Umstritten ist hingegen, ob diese Wahrheitspflicht eine reine Unterlassungspflicht darstellt,<sup>305</sup> die bloss verbietet, wider besseres Wissen unrichtige Angaben zu machen. Oder ob ebenfalls von der Wahrheitspflicht erfasst ist, wenn eine Partei Tatsachen verschweigt, die ihr bekannt sind und von denen sie weiss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss des Gerichts beeinflussen könnten.<sup>306</sup> Damit sind gleich zwei unterschiedliche Themenkreise angesprochen: Einerseits die Frage nach einer sog. **Vollständigkeitspflicht**<sup>307</sup> und andererseits, ob darüber hinaus sogar eine **allgemeine Mitwirkungslast des Beweisgegners**<sup>308</sup> besteht.

Besonders in der deutschen Literatur ist unbestritten, dass in der Wahrheitspflicht die Pflicht zum vollständigen Vortrag enthalten ist, was auch als das **Verbot der Halbwahrheit** bezeichnet wird.<sup>309</sup> Denn die durch eine Verschweigung von Tatsachen verzerrte Darstellung eines Sachverhaltes stehe der unwahren Tatsachendarstellung gleich.<sup>310</sup> Eine so verstandene Vollständigkeitspflicht verpflichtet die Parteien dazu, auch die ihr ungünstigen Tatsachen aus eigenem Antrieb vorzubringen;<sup>311</sup> die Parteien sollen sich mit anderen Worten nicht darauf beschränken können, nur die ihnen günstigen Tatsachen herauszupicken, alles andere jedoch zu verschweigen.<sup>312</sup> Soll die Vollständigkeitspflicht hingegen nicht zu einer allgemeinen Mitwirkungslast des Beweisgegners werden, kann

<sup>302</sup> GULDENER, S. 189.

<sup>303</sup> BSK-GEHRI ZPO 52 N 6; BK-HURNI ZPO 52 N 28; zurückhaltender ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 30, nur für das «vorsätzliche Behaupten falscher Tatsachen im Zivilprozess».

<sup>304</sup> MÜLLER, S. 139; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 65 N 63; ZEISS/SCHREIBER, N 202.

<sup>305</sup> So bereits VON GREYERZ, S. 58 f., m.w.H.; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 17.

<sup>306</sup> Angelehnt an die Definition der Wahrheitspflicht der Banken in BGE 111 II 471, 474.

<sup>307</sup> Von der hier verstandenen Vollständigkeitspflicht als Teil der Wahrheitspflicht ist das Erfordernis der Vollständigkeit von Behauptungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen bei der Behauptungslast zu unterscheiden (der sog. Schlüssigkeit aufgrund der materiellrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen; siehe bereits Stein/Jonas-LEIPOLD 138 N 8), siehe dazu unten N 170 ff.

<sup>308</sup> In der deutschen Literatur «**allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht**» genannt. Siehe dazu statt vieler BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 16 N 3 ff.; BECKHAUS, S. 262 ff.; dazu grundlegend die Habilitationsschrift von STÜRNER. Siehe dazu eingehend unten N 292 ff.

<sup>309</sup> Statt vieler Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 5.

<sup>310</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 7. Siehe dazu aber auch den – soweit ersichtlich – einzigartigen BGer. 4P.163/2003, Erw. 2.3.: «Le devoir de loyauté implique que les parties renoncent au mensonge, que ce soit par action *ou par omission*» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>311</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 18.

<sup>312</sup> ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 65 N 58.



sie nur für die behauptungsbelastete Partei gelten.<sup>313</sup> Denn wenn auch die be-  
streitungsbelastete Partei dazu gezwungen wäre, ihr ungünstige Tatsachen aus  
eigenem Antrieb vorzutragen, dann würde sie der klägerischen Partei sozusagen  
die Tatsachen und Beweise liefern, die diese für ihre Begehren benötigt.

101 Eine derartige allgemeine Mitwirkungslast des Beweisgegners würde jedoch  
die Behauptungs- und die Beweislastverteilung auf den Kopf stellen, weshalb  
sie denn auch in der deutschen Literatur und Rechtsprechung abgelehnt  
wird.<sup>314</sup> Gegen eine allgemeine Mitwirkungslast wird u.a. ins Feld geführt, dass  
grundsätzlich keine Partei dazu verpflichtet werden kann, den Gegner mit rele-  
vanten Informationen oder Unterlagen zu versorgen um diesem damit helfen zu  
müssen, seinen Prozess zu gewinnen.<sup>315</sup> Wieso dies nicht auch für die behaup-  
tungsbelastete Partei gelten soll, ist nicht einzusehen; deshalb ist im Sinne der  
Waffengleichheit auch der behauptungsbelasteten Partei zuzugestehen, dass sie  
die ihr ungünstigen Tatsachen nicht vorbringen muss. Eine Vollständigkeits-  
pflicht, die damit jedoch beiden Parteien erlaubt, eigene ungünstige Tatsachen  
vom Sachvortrag auszuschliessen, kann wohl kaum noch als Vollständigkeits-  
pflicht bezeichnet werden.

102 Aus diesen Überlegungen ist eine Vollständigkeitspflicht für den Schweize-  
rischen Zivilprozess abzulehnen.<sup>316</sup> Der Verhandlungsgrundsatz überlässt es  
nämlich in erster Linie den Parteien, die notwendigen Tatsachenbehauptungen

---

<sup>313</sup> So richtig ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 65 N 61 und § 115 N 40.

<sup>314</sup> Statt vieler Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 26; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 109  
N 15; SCHWEIZER, Substanziieren, S. 567 mit weiteren Nachweisen in FN 106. Vgl. im  
Gegensatz dazu unten N 278 ff. für die in Ausnahmefällen bestehenden besonderen Mit-  
wirkungslasten des Beweisgegners bei Behauptungsnot des Behauptungsbelasteten auf-  
grund einer Informationsassymetrie und beim Vorliegen von unbestimmten negativen Tat-  
sachen. Für das schweizerische Recht bereits ähnlich MÜLLER, S. 146 f. m.w.H.

<sup>315</sup> Als Parömie «**nemo tenetur edere contra se**». Statt vieler ROSENBERG/SCHWAB/GOTT-  
WALD § 109 N 8 m.w.H. zur diesbezüglichen ständigen Rechtsprechung des BGH; Stein/Jon-  
as-LEIPOLD § 138 N 26 m.w.H.; HUBER, S. 106 f. Siehe dazu auch BK-WALTER ZGB 8  
N 319.

<sup>316</sup> **Gl.A.** BK-HURNI ZPO 52 N 30; ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 28; BÜH-  
LER/EDELMANN/KILLER § 77 N 11; FRANK/STRÄULI/MESMER § 50 N 16; **a.A.** HAB-  
SCHEID N 549 f.; MÜLLER, S. 138 f., jedoch mit Einschränkungen bezüglich Tatsachen,  
die einen der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen oder dem Gegner eine Widerklage er-  
möglichen können. Mit einer weiteren Einschränkung, bei denen auch Tatsachen ausge-  
klammert werden sollen, welche den eigenen Anspruch gefährden (siehe dazu MÜLLER,  
S. 139: «Die Parteien sind nicht einmal dazu verpflichtet, ihnen ungünstige Tatsachen, die  
ihren berechtigten Anspruch gefährden könnten, aus eigenem Antrieb in den Prozess ein-  
zuführen, sofern dadurch nicht der ganze Sachverhalt entstellt wird»). Nach der hier ver-  
tretenen Ansicht würde dies eine Vollständigkeitspflicht hingegen aushöhlen, weshalb bei  
einer Vollständigkeitspflicht, wie sie MÜLLER vorschwebt, eigentlich nicht mehr von  
einer solchen gesprochen werden kann.

aufzustellen, da erfahrungsgemäss ein kontradiktorisch ermittelter Sachverhalt, d.h. eine Sachverhaltsermittlung durch Parteien mit gegensätzlichen Motiven, am geeignetsten und am zweckmässigsten ist, eine umfassende Sachverhaltsabklärung zu gewährleisten.<sup>317</sup> Dieser die Sachverhaltsermittlung antreibende «Entgegengesetztheit» würde es widersprechen, wenn man nun von den Parteien *grundsätzlich* verlangen würde, dass sie den gegnerischen Standpunkt unterstützende Tatsachen von sich aus vorbringen müssten. Es ist nach der hier vertretenen Ansicht vollkommen ausreichend, dass man aufgrund der Wahrheitspflicht gehindert ist, seinem Standpunkt ungünstige, jedoch wahre Tatsachenbehauptungen zu bestreiten, wenn man von der Gegenseite mit diesen konfrontiert wird. So verstanden verpflichtet die Wahrheitspflicht im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes mithin bloss zum Unterlassen einer Lüge; sie ist damit keine positive Anweisung, von sich aus sämtliche Tatsachen vorzubringen.

## II. Umfang der Wahrheitspflicht

Der Umfang der Wahrheitspflicht soll nachfolgend unterschiedlich betrachtet werden, je nachdem, ob es sich um das Behaupten von Tatsachen oder um das Bestreiten dieser Tatsachenbehauptungen handelt. 103

### 1. Wahrheitspflicht beim Behaupten

Wie bereits gezeigt wurde, ist es einer Partei untersagt, Tatsachenbehauptungen vorzubringen, von denen sie bewusst annimmt, dass sie unwahr sind.<sup>318</sup> Damit darf sie Tatsachen behaupten, die sie bloss für möglich hält und von denen sie ausgeht, dass diese der Wahrheit entsprechen, auch wenn sie von deren Vorliegen nicht restlos überzeugt ist.<sup>319</sup> Dies ist vor allem dann der Fall, wenn sie über gewisse Tatsachen keine positive Kenntnis hat und auch keine Kenntnis darüber erlangen kann, wie bspw. bei inneren oder hypothetischen Tatsachen,<sup>320</sup> die sie nach den Umständen für wahrscheinlich oder jedenfalls für möglich hält;<sup>321</sup> mit anderen Worten handelt es sich dabei um Tatsachen, deren Vorliegen sie bloss vermutet<sup>322</sup>. 104

<sup>317</sup> Sog. **technische Begründung des Verhandlungsgrundsatzes**. Siehe dazu bereits statt vieler BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 7 m.w.H.; SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, S. 688 ff. m.w.H.

<sup>318</sup> Siehe dazu oben N 98.

<sup>319</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 4.

<sup>320</sup> Dazu bereits oben N 9; ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 28; MÜLLER, S. 140.

<sup>321</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 4.

<sup>322</sup> Zur begrifflichen Abgrenzung und Unterscheidbarkeit von den gesetzlichen, resp. natürlichen Vermutungen wird hier, bei Tatsachen, die eine Partei *vermutet*, nachfolgend der Begriff der *Mutmassungen* anstatt jener der Vermutungen verwendet.

- 105 Das **Behaupten von Mutmassungen** verletzt damit die Wahrheitspflicht grundsätzlich nicht,<sup>323</sup> solange die Partei selbst vom Vorliegen der behaupteten Tatsachen zu einem gewissen Grad subjektiv überzeugt ist. Da das Gericht jedoch nicht herausfinden kann, was eine Partei denkt,<sup>324</sup> ist diese gehalten, greifbare Anhaltspunkte für ihre Mutmassungen in Form von Indizien vorzutragen.<sup>325</sup> Denn bei Mutmassungen ohne jegliche Anhaltspunkte liegt der Schluss nahe, dass diese Behauptungen willkürlich aufgestellt wurden mit der einzigen Absicht, ein Beweisverfahren zu erwirken, welches wiederum neue Tatsachen aufdecken soll.<sup>326</sup>
- 106 Zur Verhinderung eines derartigen, unerlaubten Ausforschungsbeweises<sup>327</sup> sind deshalb **Behauptungen aufs Geratewohl/ins Blaue hinein**<sup>328</sup> grundsätzlich unzulässig.<sup>329</sup> Eine Partei, welche aufgrund ihrer Sachverhaltsunkenntnis gezwungen ist, Mutmassungen aufzustellen, muss diese daher auch als solche bezeichnen und begründen.<sup>330</sup> Wie bereits erwähnt, kann diese Begründung durch das Anführen von Indizien erfolgen, wobei nicht verlangt werden kann, dass von diesen Indizien bereits auf die gemutmasste Tatsache selbst geschlossen werden kann oder diese wahrscheinlich macht.<sup>331</sup> Die Anhaltspunkte sollen lediglich aufzeigen, welche Umstände die Partei dazu veranlasste, ihre Mutmassungen aufzustellen.<sup>332</sup>

## 2. Wahrheitspflicht beim Bestreiten

- 107 Während das Vortragen von unwahren Tatsachenbehauptungen zur Bestreitung von Sachvorbringen nach einhelliger Meinung unzulässig ist, ist dagegen umstritten, ob auch bei **blossem Bestreiten** eine Bestreitung wider besseres Wissen möglich ist, da die blosse Bestreitung keine eigentlichen konkreten Ausführungen enthält.

---

<sup>323</sup> **H.L.:** BK-HURNI ZPO 52 N 29; ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 28; MÜLLER, S. 141; GULDENER, S. 189.

<sup>324</sup> MÜLLER, S. 141 m.w.H.

<sup>325</sup> MÜLLER, S. 118.

<sup>326</sup> MÜLLER, S. 141 m.w.H.

<sup>327</sup> Siehe dazu auch ZK-LEUENBERGER ZPO 221 N 51 und MÜLLER, *passim*.

<sup>328</sup> Statt vieler MUSIELAK, Grundkurs ZPO, N 105.

<sup>329</sup> BK-HURNI ZPO 52 N 29; BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 33; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 54; MUSIELAK, Grundkurs ZPO, N 415.

<sup>330</sup> MÜLLER, S. 154 f.

<sup>331</sup> MÜLLER, S. 118, wonach der Vortrag der Mutmassungen plausibel sein muss. Mit der Plausibilität sei dabei ein niedriger Wahrscheinlichkeitsgrad gemeint, «der das völlig Abwegige vom noch Möglichen trenne» (MÜLLER, S. 119, m.w.H.).

<sup>332</sup> MÜLLER, S. 152.

Nach der einen Meinung soll in der einfachen Formulierung einer Bestreitung<sup>333</sup> keine Zusicherung an das Gericht enthalten sein, wonach die Behauptung der Gegenpartei unwahr sei.<sup>334</sup> Das bloss Bestreiten bedeute bloss, dass man von der Gegenpartei den Beweis für Ihre Behauptung verlange.<sup>335</sup> Wenn das bloss Bestreiten in diesem Sinne verstanden wird, dann stellt die Partei, die im Wissen darum bestreitet, dass es sich bei den Tatsachenbehauptungen um die Wahrheit handelt, keine unwahren Behauptungen auf.<sup>336</sup> Zusätzlich könne dies den Konflikt eines Anwaltes zwischen «dem ethischen Imperativ, vor Gericht nicht zu lügen» und der bestmöglichen Interessenwahrung gegenüber dem Klienten entschärfen.<sup>337</sup> 108

Dieser Ansicht kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Erstens ist mit Bestreiten im allgemeinen Sprachgebrauch immer gemeint, dass eine Behauptung in Frage gestellt und angezweifelt wird, man dieser also vorwirft, dass sie ganz oder teilweise nicht der Wahrheit entspricht.<sup>338</sup> Bestreiten enthält damit immer das Werturteil, dass etwas negiert, verneint oder zumindest angezweifelt wird. Wenn man mit der eingangs erwähnten Meinung eine Bestreitung von dem darin enthaltenen Werturteil trennt und auf die dann ihres Geltungsgrundes beraubte Aufforderung zur Beweisführung reduziert, entleert dies nach der hier vertretenen Ansicht den Begriff seines eigentlichen Sinnes.<sup>339</sup> Denn der Grund, wieso jemanden dazu angehalten wird, etwas zu beweisen, besteht eben gerade darin, dass durch einen Beweis Zweifel an der Richtigkeit einer Behauptung beseitigt werden sollen.<sup>340</sup> Bloss weil es grundsätzlich nicht erforderlich ist 109

<sup>333</sup> Etwa «Bestritten» oder «Von der Beklagten bestritten».

<sup>334</sup> HAFTER, N 1365.

<sup>335</sup> HAFTER, N 3207.

<sup>336</sup> NAEGELI, S. 295.

<sup>337</sup> NAEGELI, S. 295.

<sup>338</sup> Siehe dazu das deutsche Wörterbuch Duden unter «bestreiten»: ableugnen, für nicht zutreffend erklären; Synonyme dazu: aberkennen, anfechten, dementieren, für unwahr erklären, für unzutreffend erklären, leugnen, negieren, nicht wahrhaben wollen, verneinen, von sich weisen, widersprechen, zurückweisen; (gehoben) sich verwahren; (Papierdeutsch) in Abrede stellen; (Rechtssprache veraltet) kontestieren. Gl.A. wohl auch BSK-GUYAN, ZPO 150 N 4, wonach eine rechtserhebliche Tatsachenbehauptung streitig sei, «wenn die Äusserung der Gegenpartei die Wahrheit einer gegnerischen Tatsachenbehauptung in Frage stellt»; so auch DIKE-GLASL ZPO 55 N 24 sowie BK-WALTER ZGB 8 N 191.

<sup>339</sup> Überhaupt ist es nach der hier vertretenen Ansicht kein Argument sondern ein *Strategem*, wenn man dem Begriff des Bestreitens einfach eine andere Bedeutung gibt, bloss um eine Bestreitung wider besseres Wissen zu rechtfertigen. Siehe dazu Strategem Nr. 19 der 36 Strategeme des chinesischen Generals TAN DAOJI: «Das Feuerholz unter dem Kessel stehlen», bspw. bei VON SENGER, S. 71 ff.

<sup>340</sup> Siehe dazu auch Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 12: «Grund des Bestreitens können sowohl die positive Überzeugung vom Gegenteil als auch das Nichtwissen sowie alle dazwischenliegenden Stufen eines stärkeren oder schwächeren Zweifels sein.»

zu begründen, weshalb man eine Behauptung bestreitet,<sup>341</sup> heisst das noch lange nicht, dass man ohne jeglichen Grund – sprich: ohne jeglichen Zweifel – bestreiten darf.<sup>342</sup> Die einzige Ausnahme hierzu bildet der Spezialfall des **Bestreitens mit Nichtwissen**, d.h. wenn man nicht weiss, ob sich eine bestimmte Tatsache überhaupt zugetragen hat.<sup>343</sup> Doch selbst dann wird man grundsätzlich davon sprechen können, dass Zweifel am Bestehen einer Tatsache vorliegen können, selbst wenn man keine Kenntnis von dieser hat.

110 Schliesslich bleibt festzuhalten, dass mit Zweifel an der Richtigkeit als «innere Voraussetzung» an das Bestreiten, diese Anforderung wohl nicht übermässig ist; bedeutet es doch nichts anderes, als dass Bestreiten nur im einen Fall unzulässig ist, nämlich dann, wenn man zweifelsfrei sicher ist, dass die gegnerische Behauptung der Wahrheit entspricht.

111 Zweitens handelt es sich bei der Wahrheitspflicht um eine echte, gesetzliche Pflicht und nicht um einen «ethischen Imperativ». Es ist nicht bloss die Ethik, die verbietet, das Gericht anzulügen, sondern der Gesetzgeber selbst: Die Folgen der Verletzung der Wahrheitspflicht führt dazu, dass Bestreitungen wider besseres Wissen unberücksichtigt bleiben,<sup>344</sup> mit Ordnungsbusse geahndet<sup>345</sup> oder als Prozessbetrug strafrechtlich verfolgt werden.<sup>346</sup> Deshalb wird auch bei den Vertretern dieser Meinung davor gewarnt, «eine Behauptung wider besseres Wissen zu bestreiten, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Gegenpartei die Richtigkeit ihrer Behauptungen belegen kann»<sup>347</sup>. Diese Warnung wäre jedoch unnötig, wenn im anders verstandenen Bestreiten wirklich nur die Aufforderung enthalten wäre, der Behauptungsbelastete möge seine Behauptungen beweisen. Ehrlicher ist an dieser Stelle, wenn man sagt, dass man zwar aus taktischen Gründen wider besseres Wissen bestreiten kann, man sich aber dabei nicht erwischen lassen sollte.

112 Letztlich wird angeführt, dass es zwar den Anwältinnen und Anwälten erlaubt sein sollte, wider besseres Wissen zu bestreiten, den Parteien selbst hin-

---

<sup>341</sup> Siehe dazu unten N 263.

<sup>342</sup> Denn der Grund beim Bestreiten wider besseres Wissens besteht häufig nicht in Zweifeln an der Richtigkeit einer Tatsache, sondern im taktischen Interesse daran, dass der Beweis der Gegenseite misslingen möge. Bloss prozesstaktische Gründe, gleichgültig weshalb, vermögen aber eine Bestreitung nie begründen.

<sup>343</sup> Siehe dazu unten N 266 ff.

<sup>344</sup> Womit die damit unwirksam bestrittenen Tatsachenbehauptungen als zugestanden gelten. Siehe dazu bereits GULDENER, S. 189; ferner BK-HURNI ZPO 52 N 31, der Art. 132 Abs. 2 ZPO analog anwenden möchte.

<sup>345</sup> Art. 128 Abs. 3 ZPO; siehe dazu BSK-GEHRI ZPO 52 N 14; BK-HURNI ZPO 52 N 32; ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 32.

<sup>346</sup> BK-HURNI ZPO 52 N 33; ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 33.

<sup>347</sup> NAEGELI, S. 295; ihm folgend ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 20.

gegen verboten.<sup>348</sup> Begründet wird dies mit der bei den Anwälten vorliegenden Pflichtenkollision<sup>349</sup> zwischen der Wahrheitspflicht einerseits und der Pflicht zur Interessenwahrnehmung andererseits, die das wahrheitswidrige Bestreiten legitimieren soll.<sup>350</sup> Da die Wahrung der eigenen Interessen ohne anwaltliche Vertretung jedoch höher zu gewichten ist als die anwaltliche Wahrung der Interessen Dritter, ist nicht einzusehen, weshalb nach dieser Ansicht Parteien nicht auch lügen dürfen sollten.

Die eingangs gestellte Frage sollte demnach nicht lauten, ob ein Bestreiten 113 wider besseres Wissen zulässig ist, sondern ob eine Ausnahme von der Wahrheitspflicht gemacht werden soll, wenn prozesstaktische Überlegungen und die Interessenwahrung (gleichgültig ob die eigene oder die eines Dritten) dies gebieten. Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es indessen keine Ausnahme vom Grundsatz, dass das Gericht weder angelogen noch getäuscht werden darf. Aus diesem Grund ist auch ein blosses Bestreiten wider besseres Wissen nach der hier vertretenen Ansicht in jedem Fall unzulässig.

---

<sup>348</sup> NAEGELI, S. 295.

<sup>349</sup> Fraglich ist bereits auch, ob eine derartige Pflichtenkollision überhaupt vorliegt. Denn die Pflicht zur Interessenwahrnehmung verpflichtet keinesfalls zum Kampf mit allen Mitteln. Die Ausübung der Interessenwahrnehmung hat sich am geltenden Recht zu orientieren, eine gegen das Gesetz verstossende und damit ungesetzliche Interessenwahrnehmung kann grundsätzlich gar nicht vereinbart werden. Damit kann auch eine Kollision zwischen der Interessenwahrnehmung und einer gesetzlichen Pflicht wie der Wahrheitspflicht eigentlich gar nicht erst entstehen.

<sup>350</sup> NAEGELI, S. 295 f.



## Zweiter Teil: Prozessuale Institute der Sachverhaltsdarstellung

### § 6 Behauptungslast

Im Grunde genommen ist es für das Gericht nicht entscheidend, welche Partei 114 ein Sachverhaltsmerkmal behauptet, d.h. es ist grundsätzlich unerheblich, welche Partei eine gewisse Tatsache zum Prozessstoff macht und ob diese Tatsache ihr günstig oder ungünstig ist.<sup>351</sup> Derartige ungünstige Parteivorbringen wirken nämlich in gleicher Weise gegen die vortragende Partei, als wenn die Gegenpartei die entsprechende Tatsache vorgetragen hätte.<sup>352</sup>

Anders die Situation, wenn eine rechtserhebliche Tatsache von *keiner* Partei 115 vorgetragen wird und es dem Gericht bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes grundsätzlich verwehrt ist, sich an der Stoffsammlung zu beteiligen. Dann ergibt sich daraus der Nachteil, dass die entsprechende Norm aufgrund des fehlenden Tatbestandsmerkmals überhaupt nicht angewendet werden kann. Wie bereits bei den Ausführungen zur Verhandlungsmaxime dargestellt, sind es die Parteien, die diesen Nachteil gegenwärtigen, weshalb denn auch sie die Behauptungslast für die Tatsachen, auf die sie ihre Rechtsbegehren stützen, tragen.

#### I. Begriffliches

In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung – allerdings in keinem ein- 116 zigen Gesetzestext – findet sich fast ausschliesslich der Begriff der Behauptungslast, auf Französisch *fardeau de l'allégation* und im Italienischen *onere di allegazione*. In der deutschen Doktrin und Literatur wird sie gelegentlich, vor allem in älteren Werken, auch als Anführungs-<sup>353</sup> oder Darlegungslast<sup>354</sup> bezeichnet. Eine Bezeichnung als Behauptungspflicht hingegen ist eher unge-

---

<sup>351</sup> Bspw. wenn eine Partei verkennt, dass die von ihr vorgetragene Behauptungen zur Verwirklichung einer Rechtsnorm führen, die eigentlich der Gegenpartei günstig ist. Siehe dazu GULDENER, S.166; BK-WALTER ZGB 8 N 183; BK-KUMMER ZGB 8 N 42; FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N 14; BÜHLER/EDELMANN/KILLER § 75 N 6; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 37; MUSIELAK, Grundkurs ZPO, N 401.

<sup>352</sup> MUSIELAK, Grundkurs ZPO, N 401.

<sup>353</sup> Siehe nur ROSENBERG, S. 43.

<sup>354</sup> BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 253 N 32; siehe auch BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 26 und FN 133 m.w.H.



bräuchlich<sup>355</sup> und insbesondere nicht zutreffend: Bei der Behauptungslast im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes handelt es sich um eine **prozessuale Last**, welche Ähnlichkeit mit der materiell-rechtlichen Obliegenheit aufweist,<sup>356</sup> und nicht, wie bereits wiederholt dargestellt wurde,<sup>357</sup> um eine Rechtspflicht.<sup>358</sup>

### 1. Objektive und subjektive Behauptungslast

117 Ähnlich wie bei der Beweislast lässt sich auch bei der Behauptungslast eine objektive Seite von einer subjektiven Seite unterscheiden.<sup>359</sup>

#### a) Unterscheidung

118 Nach der herrschenden Lehre bezeichnet die **objektive Behauptungslast** die nachteiligen Folgen, die den Parteien wegen des Fehlens rechtserheblicher Tatsachenbehauptungen erwachsen, d.h. das Nichtberücksichtigen von nicht behaupteten Tatsachen im Prozess.<sup>360</sup> Darüber hinaus enthält der Begriff der objektiven Behauptungslast auch die Regeln über die Verteilung der Nachteile, welche unterlassenes Behaupten nach sich zieht, d.h. es beantwortet die Frage,

---

<sup>355</sup> Bspw. in BGE 112 II 172; BGer. 4A\_229/2010 u.v.m.; BMcK-Dürr ZPO 221 N 8: «Bei der Substantiierungs- bzw. Behauptungspflicht handelt es sich zwar um eine blosser Obliegenheit.»

<sup>356</sup> MUSIELAK, Grundkurs ZPO, N 402; BK-WALTER (ZGB 8 N 164) weist bei der Beweislast zutreffend darauf hin, dass der Begriff der Last eigentlich zu eng ist, «weil die Beweislast auch greift, wenn die sie tragende Partei sich keine prozessualen Versäumnisse vorzuwerfen hat.» Aufgrund der begrifflichen Analogie von Behauptungs- und Beweislast kann damit dasselbe für die Behauptungslast gesagt werden. Eine strikte begriffliche Unterscheidung zwischen der prozessualen Last und der materiell-rechtlichen Obliegenheit ist in der schweizerischen Lehre nicht verbreitet; die Behauptungslast, resp. die prozessualen Lasten überhaupt, werden häufig auch als prozessuale Obliegenheiten bezeichnet (bspw. bei BK-HURNI ZPO 55 N 12; BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 221 N 19; BMcK-SCHENKER Art. 55 N 5; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 325; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 16; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.4; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 34; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1263, u.v.m.).

<sup>357</sup> Siehe bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 31 f.; BSK-FREI/WILLISEGGER ZPO 221 N 19.

<sup>358</sup> Eine prozessuale Last ist nicht erzwingbar, d.h. eine Partei, die eine Handlung unterlässt mit der sie belastet ist, erleidet bloss prozessuale Nachteile. Im Gegensatz dazu kann die Verletzung einer prozessrechtlichen Pflicht durch eine im Gesetz vorgesehene Sanktion erzwungen werden. Siehe dazu statt vieler LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.4.

<sup>359</sup> Statt vieler BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 134 ff., gestützt auf ROSENBERG, 47, und MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 50.

<sup>360</sup> MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 50; siehe auch BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 27.

für welche Partei eine Sachverhaltslücke, eine sog. **Behauptungslücke**<sup>361</sup>, nachteilig ist.<sup>362</sup>

Die **subjektive Behauptungslast** demgegenüber bestimmt, welche Partei 119 die erforderlichen Tatsachenbehauptungen aufzustellen hat.<sup>363</sup> Diese Begriffsumschreibungen erinnern stark an die Definitionen der objektiven und subjektiven Beweislast, wo die Folgen der Beweislosigkeit als objektive Beweislast oder auch als Feststellungslast und die Last den Beweis zu führen als subjektive Beweislast oder auch als Beweisführungslast bezeichnet werden. Dementsprechend werden Behauptungs- und Beweislast als Korrelat<sup>364</sup>, resp. als deckungsgleich in Umfang und Gegenstand bezeichnet.<sup>365</sup>

Da es in der Regel nur darauf ankommt, dass eine rechtserhebliche Behauptung 120 vorgebracht worden ist und nicht, dass diese von der behauptungsbelasteten Partei vorgebracht wurde,<sup>366</sup> erscheint einzig die objektive Seite der Behauptungslast bedeutsam.<sup>367</sup> Zusätzlich bewirkt die gerichtlichen Fragepflicht, dass das Gericht bei unvollständigen Parteivorbringen Gelegenheit zur Vervollständigung der Vorbringen gibt, weshalb in diesem Umfang auch davon gesprochen wird, dass die subjektive Behauptungslast keine echte Last mehr darstelle.<sup>368</sup> Dies mag auch der Grund dafür sein, weshalb in der schweizerischen Literatur nur sehr vereinzelt zwischen den nachteiligen Folgen unterlassener Behauptungen einerseits und dem Erfordernis zu behaupten andererseits unterschieden wird.<sup>369</sup> Im Allgemeinen wird auch begrifflich nicht zwischen der objektiven und der subjektiven Behauptungslast differenziert.<sup>370</sup>

Eine begriffliche Unterscheidung, bzw. Aufgliederung der Behauptungslast ist 121 jedoch notwendig, wie sogleich gezeigt werden soll. Als Beispiel angeführt wird der Fall, indem eine Tatsache, die von einer Partei hätte behauptet werden müssen, von der Gegenpartei in den Prozess eingeführt wird. Wenn diese Tatsache nun von der

<sup>361</sup> FASCHING/RECHBERGER ZPO vor § 266 N 19 unter Berufung auf HOLZHAMMER (Nachweis ebd.).

<sup>362</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 27.

<sup>363</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 29.

<sup>364</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 183.

<sup>365</sup> BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 66; FASCHING/RECHBERGER ZPO vor § 266 N 17. Vgl. für das ausnahmsweise Auseinanderfallen von Behauptungs- und Beweislast unten N 162 f.

<sup>366</sup> In BGer. 4C.36/2006 berief sich etwa ein Kläger, der vor der Vorinstanz eine Verwirkung seiner eigenen Klage behauptet hatte, erfolglos darauf, dass diese Verwirkung vom Beklagten hätte vorgebracht werden müssen.

<sup>367</sup> ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 115 N 40; ROSENBERG, S. 47 f.

<sup>368</sup> So für das österreichische Recht FASCHING/RECHBERGER, ZPO vor § 266 N 18.

<sup>369</sup> Eine Unterscheidung findet sich namentlich bei BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 27 ff.; BK-WALTER ZGB 8 N 183; HOHL, S. 239; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1264.

<sup>370</sup> So bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 27 und FN 136.

behauptungsbelasteten Partei bestritten wird (z.B. wegen Rechtsirrtum), dann muss ohne weitere Beweisaufnahme gegen diese entschieden werden, da die Behauptung von ihr nicht nur nicht aufgestellt, sondern sogar bestritten worden ist.<sup>371</sup> Würde man hingegen nicht nach der subjektiven Behauptungslast fragen, wäre über die Tatsachenbehauptung der Beweis abzunehmen, da diese bestritten zu sein scheint. Dieses Beispiel zeigt, dass im Einzelfall die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Behauptungslast das Ergebnis massgeblich beeinflussen kann.

*b) Objektive Behauptungslast und Untersuchungsgrundsatz*

- 122 Die Aufgliederung der Behauptungslast ist ferner bedeutend, wenn man die objektive Behauptungslast nicht bloss auf Verfahren beschränken will, die nach dem Verhandlungsgrundsatz geführt werden, sondern unabhängig von den Grundsätzen der Stoffsammlung auch in einem nach dem Untersuchungsgrundsatz geführten Verfahren gelten lassen will.<sup>372</sup> Denn in diesen Verfahren tragen die Parteien genauso die Nachteile, wenn erhebliche Tatsachen nicht Prozessstoff werden und damit vom Gericht nicht berücksichtigt werden können. Diese nachteiligen Folgen werden in der Folge genau gleich nach den Beweislastregeln auf die Parteien verteilt, wie wenn das Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz geführt worden wäre. Aus diesem Grunde kann es angebracht sein, die objektive Behauptungslast – ähnlich wie bereits die objektive Beweislast – über den Verhandlungsgrundsatz hinaus greifen zu lassen,<sup>373</sup> weshalb unabhängig vom geltenden Verfahrensgrundsatz in einem weiten Sinne von der objektiven Behauptungslast gesprochen werden könne.<sup>374</sup>
- 123 Dieser Verwendung des Begriffs der objektiven Behauptungslast im weiteren Sinne lässt sich entgegenhalten, dass die Nachteile eines unterlassenen Behauptens eben an diese Verletzung der prozessualen Last im Sinne des Nicht-Behauptens anknüpfen, also eine direkte Folge deren ist. Da nun aber in den Verfahren, die nach dem uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz geführt werden, nach einhelliger Meinung keine Last zum Behaupten besteht,<sup>375</sup> bleibt fraglich, wie die nachteiligen Folgen einer Verletzung einer Last, die eben gerade nicht besteht, eintreten sollen. Mit anderen Worten ist nicht ersichtlich, wenn man aus

---

<sup>371</sup> GULDENER, Beweiswürdigung, S. 21; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 38; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 115 N 40; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 38.

<sup>372</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 28, gestützt auf FASCHING (Nachweis ebd.). Siehe zur Behauptungslast und Untersuchungsgrundsatz bereits vorne N 65 ff. und 71 ff.

<sup>373</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 183.

<sup>374</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 28; gl.A. BK-WALTER, ZGB 8 N 183.

<sup>375</sup> Siehe dazu vorne N 66 m.w.H.

dem Verhandlungsgrundsatz ableitet, dass man die rechtserheblichen Tatsachen behaupten muss, ansonsten sie nicht Gegenstand des Prozesses werden, diese nachteiligen Folgen nun eintreten lässt, obschon es nach dem Untersuchungsgrundsatz keine Last gibt, diese rechtserheblichen Tatsachen zu behaupten. Zudem beruht ein Prozessverlust im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes, wenn man so will, nicht auf fehlenden Behauptungen der Parteien, «sondern darauf, dass das Gericht den entscheidungserheblichen Lebenssachverhalt trotz Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen nicht hat ermitteln können».<sup>376</sup>

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass das Gericht bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes eine nicht behauptete Tatsachen nicht berücksichtigen *kann*, weil sie diese nicht kennt, währenddessen beim Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz das Gericht diese Tatsachen nicht berücksichtigen *darf*, auch wenn sie diese kennt.<sup>377</sup> Wenn man die Behauptungslast zudem als Teilgehalt des Verhandlungsgrundsatzes versteht, kann sie nicht in Verfahren nach dem Untersuchungsgrundsatz gelten. Gilt die objektive Behauptungslast hingegen auch in Verfahren nach dem Untersuchungsgrundsatz, kann sie kein Teilgehalt des Verhandlungsgrundsatzes sein. Hier stösst man unweigerlich an die Grenzen des dichotomen Verständnisses von Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im Gegensatz zur objektiven Behauptungslast bei der subjektiven Behauptungslast Einigkeit hinsichtlich der Definition und des Umfangs herrscht. Die subjektive Behauptungslast ist Ausfluss des Verhandlungsgrundsatzes und kommt deshalb auch ausschliesslich in den Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz zum Tragen.<sup>378</sup> In Verfahren, die dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen, besteht eindeutig keine Last, Tatsachen zu behaupten.

Die objektive Behauptungslast hingegen wird je nach Verständnis entweder in einem weiteren Sinne<sup>379</sup> unabhängig von den Grundsätzen der Stoffsammlung oder in einem engeren Sinne<sup>380</sup> nur in Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz verstanden.<sup>381</sup>

<sup>376</sup> BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 73.

<sup>377</sup> Sog. Sperrwirkung des Verhandlungsgrundsatzes, siehe dazu vorne N 17.

<sup>378</sup> Statt vieler Stein/Jonas-LEIPOLD 286 N 52; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 29.

<sup>379</sup> Bei BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 28, und im Anschluss daran BK-WALTER ZGB 8 N 183.

<sup>380</sup> Bei ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 115 N 38; MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 50; BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 73; FREUDENTHAL, S. 9; Stein/Jonas-LEIPOLD 286 N 50.

<sup>381</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht kann dem rein akademisch anmutenden Streit um eine dogmatische Begrifflichkeit nicht viel für die Praxis abgewonnen werden, weshalb an dieser Stelle auf eine abschliessende Stellungnahme verzichtet wird.

## 2. Abstrakte und konkrete Behauptungslast

- 127 Aufgrund der Uneinheitlichkeit in der Definition von abstrakter und konkreter Behauptungslast soll nachstehend eine Begriffsbestimmung nach der deutschen Literatur und nach der schweizerischen Literatur gesondert vorgenommen werden.

### *a) In der deutschen Literatur*

- 128 Anhand einiger Lehrmeinungen soll die in der deutschen Literatur vorherrschende Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Behauptungslast wiedergegeben werden:

- 129 LAUMEN etwa umschreibt die abstrakte Behauptungslast, welche auch Anfangsdarlegungslast genannt werde, damit, dass diese die Frage beantworte, welche Behauptungen eine Partei ungeachtet eines Vortrags der Gegenseite – und damit insbesondere zu Beginn des Prozesses – aufstellen muss, um ihr Prozessziel zu erreichen.<sup>382</sup> Bei der konkreten Behauptungslast, für welche auch der Begriff der Substantiierungslast gebraucht werde, gehe es schliesslich darum, wie detailliert eine Behauptung im Hinblick auf den Sachvortrag der Gegenpartei aufgestellt werden muss, um vom Gericht berücksichtigt zu werden.<sup>383</sup>

- 130 Ähnlich stellt auch PRÜTTING unter Berufung auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes fest, dass dies im Einzelnen bedeute, dass von der abstrakt behauptungsbelasteten Partei zunächst nur verlangt wird, «einen Sachverhalt vorzutragen, der in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet ist, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen».<sup>384</sup> Diese schlichten und allgemein gehaltenen Behauptungen genügen jedoch nur am Anfang des Prozesses, weshalb die abstrakte Behauptungslast auch als «Anfangsdarlegungslast» bezeichnet werde; im Übrigen lasse die abstrakte Behauptungslast die Frage unbeantwortet, wie substantiiert im jeweiligen Einzelfall die verschiedenen Tatsachenbehauptungen der Parteien sein müssen.<sup>385</sup> Demgegenüber sei die konkrete Behauptungslast die Verpflichtung der Parteien, je nach der konkreten Situation des Prozesses ihre Behauptungen näher zu substantiieren, weshalb sie denn auch als Substantiierungslast bezeichnet werde.<sup>386</sup> Der

---

<sup>382</sup> Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 286 N 80; dazu sogleich unten N 170 ff.

<sup>383</sup> Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 286 N 80. Siehe dazu auch BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 64, der überdies in N 59 feststellt, dass der Begriff der «Substantiierungslast» auch immer häufiger in der deutschen Literatur gebraucht wird, der Begriff der konkreten Behauptungslast dagegen den Vorteil habe, dass er den Gegensatz zur abstrakten Behauptungslast und die Nähe zur konkreten Beweisführungslast deutlicher hervortreten lasse.

<sup>384</sup> MK-PRÜTTING § 286 N 103 gemäss der Definition in BGH NJW 1984, 1888.

<sup>385</sup> MK-PRÜTTING § 286 N 103.

<sup>386</sup> MK-PRÜTTING § 286 N 136.

Umfang dieser Substantiierungslast hänge demzufolge von der Prozesssituation und den Darlegungen der Gegenseite ab.<sup>387</sup> In welchem Umfang die behauptungsbelastete und die nicht behauptungsbelastete Partei ihre Sachvorträge letztlich substantiieren müssen, lasse sich hingegen nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei jeweils hinreichendem Gegenvortrag, d.h. bei jeweils erheblichem Bestreiten, immer zunächst Sache der behauptungs- und beweisbelasteten Partei sei.<sup>388</sup>

Über den Begriff der konkreten Behauptungslast finden sich jedoch auch in 131  
der deutschen Lehre uneinheitliche Definitionen. So beschreiben ROSENBERG/  
SCHWAB/GOTTWALD, allerdings überwiegend gestützt auf ältere Literatur und  
Rechtsprechung, dass die (abstrakte) Behauptungslast festlege, wer Behauptun-  
gen aufzustellen habe. Wie konkret Behauptungen aufgestellt werden müssen,  
um relevant zu sein, würde dagegen die Anforderungen an die Substantiierungslast  
(konkrete Behauptungslast) bestimmen.<sup>389</sup> Allerdings findet sich im Übrigen  
überhaupt kein Hinweis auf eine Unterscheidung zwischen allgemein gehaltenen  
Behauptungen zu Beginn eines Prozesses und detaillierten Behauptungen  
nach erfolgter Bestreitung.

#### *b) In der schweizerischen Literatur*

Die schweizerische Literatur zeigt bezüglich der verwendeten Begriffe im Ge- 132  
gensatz zur herrschenden deutschen Lehre und Rechtsprechung ein uneinheitliches  
Bild:

Der oben angeführten deutschen Lehre und Rechtsprechung entsprungenen 133  
Unterscheidung von abstrakter und konkreter Behauptungslast folgt im Wesentlichen  
SARBACH, welcher zur abstrakten Behauptungslast ausführt, dass die behauptungs-  
belastete Partei ihrer Last genüge, wenn sie in allgemeiner Art jene tatsächlichen  
Vorgänge behauptet, die den Tatbestandsmerkmalen der anwendbaren Rechtsnorm  
entsprechen, ohne dazu Einzelheiten aufzuführen.<sup>390</sup> Nach der konkreten  
Behauptungslast hingegen müsse jede Partei je nach dem bisherigen Sachvortrag  
der Gegenpartei dem Gericht genauere Tatsachen vortragen, als dies zur Erfüllung  
der abstrakten Behauptungslast nötig war.<sup>391</sup> Konnte sich eine Partei vorerst  
damit begnügen, in allgemeiner Form Behauptungen aufzustellen, welche den  
Schluss auf die begehrte Rechtsfolge zuliessen, so könne sich dies

<sup>387</sup> MK-PRÜTTING § 286 N 136.

<sup>388</sup> MK-PRÜTTING § 286 N 136 m.w.H. zur Rechtsprechung.

<sup>389</sup> ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 115 N 41.

<sup>390</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 26.

<sup>391</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 27 mit Hinweis auf PRÜTTING (siehe ebd.).

ändern, wenn diese Vorbringen von der Gegenpartei bestritten werden.<sup>392</sup> Die abstrakte Behauptungslast besage damit, was vorzutragen sei, damit der Vortrag schlüssig ist;<sup>393</sup> die konkrete Behauptungslast verlange hingegen, «den durch die gegnerischen Bestreitungen zu ungenau gewordenen Vortrag so weit zu konkretisieren, bis der Sachvortrag wiederum als subsumtionsfähig gelten kann und eine genauere Bestreitung durch den Beklagten sowie die beweismässige Abklärung des Sachverhalts möglich werden».<sup>394</sup> Auch bei SCHWEIZER findet sich die Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Behauptungslast in einer – allerdings sehr gedrängten – Zusammenfassung: «Klar ist, dass die Substantiierungslast (auch: konkrete Behauptungslast) mehr als die blosse (abstrakte) Behauptungslast verlangt».<sup>395</sup>

134 Ein nicht unbeachtlicher Teil der Lehre in der Schweiz folgt hingegen der verkürzten Darstellung einer griffigen und einprägsamen Definition von BRÖNNIMANN, wonach die Behauptungslast sage, *was* zu behaupten sei, und die Substantiierungslast demgegenüber, *wie* zu behaupten sei.<sup>396</sup> Dabei verkennt BRÖNNIMANN keineswegs die Bedeutung einer abstrakten Behauptungslast, wenn er im Folgenden die «einfache Behauptung» von der «substantiierten Behauptung» unterscheidet:<sup>397</sup> Die Parteien genügten danach ihrer Behauptungslast vorerst, «wenn sie in ganz allgemeiner, wenig konkretisierter Form jene tatsächlichen Vorgänge behaupten, die den Tatbestandsmerkmalen der anwendbaren Rechtsnorm entsprechen; Einzelheiten brauchen keine angeführt zu werden».<sup>398</sup> Erst wenn der Gegner dieses schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, «kann diese gezwungen sein, ihre Behauptungen zu substantisieren».<sup>399</sup> Im Weiteren stellt BRÖNNIMANN damit richtigerweise fest, «dass auch die einfachste, sehr allgemein gehaltene Tatsachenbehauptung in einer bestimmten Art und Weise vorgebracht wird».<sup>400</sup> Schliesst dann aber daraus, dass auch bei allgemeinen Tatsachenbehauptungen die Frage nach der Erfüllung der Substantiierungslast zu stellen sei, weshalb sich hinsichtlich einer Tatsachenbehauptung

---

<sup>392</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 27.

<sup>393</sup> Zur sog. Schlüssigkeit sogleich unten N 170 f.

<sup>394</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 29 mit Hinweis auf BGE 127 III 369.

<sup>395</sup> SCHWEIZER, Substantiieren, S. 558.

<sup>396</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantiierungslast, S. 129; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 55.

<sup>397</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantiierungslast, S. 148 f., wobei die Begriffe der abstrakten und konkreten Behauptungslast im gesamten Werk kein einziges Mal erwähnt werden.

<sup>398</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantiierungslast, S. 148.

<sup>399</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantiierungslast, S. 149.

<sup>400</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantiierungslast, S. 130.

tung letztlich immer die Frage nach der Erfüllung sowohl der Behauptungslast wie auch der Substantiierungslast stelle.<sup>401</sup> Im Weiteren unterscheidet er im Rahmen des Substantiiierens zwischen einer materiell-rechtlichen und einer prozessrechtlichen Seite, da die Anforderungen an das Behaupten entweder im materiellen Recht gründen oder durch das Prozessrecht aufgestellt werden.<sup>402</sup>

Dieser Terminologie folgt auch im Wesentlichen BURKHALTER KAIMAKLIOTIS. Gemäss ihren Ausführungen legt denn auch die materiell-rechtliche Seite des Substantiiierens fest, dass die Sachvorbringen der behauptungsbelasteten Partei es dem Gericht erlauben müssen, die behaupteten, konkreten Geschehnisse den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der anwendbaren Rechtsnorm zuzuordnen, wobei vorerst einfache, schlüssige Behauptungen der behauptungsbelasteten Partei über das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Rechtsnormen genügen, d.h. dass Sachverhaltseinzelheiten nicht aufgezeigt werden müssen.<sup>403</sup> Wenn der Prozessgegner sodann das Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, sei die behauptungsbelastete Partei gezwungen, ihre Tatsachenbehauptungen zu substantiieren, d.h. insbesondere detaillierter darzulegen.<sup>404</sup> Die prozessrechtliche Seite der Substantiierung hingegen beschlage gemäss dieser Meinung im Übrigen die Frage, wie der Sachverhalt ermittelt werden soll und insbesondere in welcher Form die Tatsachen, welche dem Gericht die Subsumption ermöglichen, in den Prozess einzuführen sind.<sup>405</sup> Diese Definitionen zeigen, dass die materiell-rechtliche Seite der Substantiierung, wie sie von BRÖNNIMANN und BURKHALTER KAIMAKLIOTIS verstanden werden, sowohl die abstrakte wie auch die konkrete Behauptungslast gemäss deutscher Lehre mitumfasst.<sup>406</sup>

Auch bei WALTER findet sich vorerst die bei BRÖNNIMANN dargestellte Unterscheidung, wonach die Behauptungslast regle, was zu behaupten sei, und die Substantiierungslast hingegen, wie ausführlich eine Behauptung zu halten sei.<sup>407</sup> In Ergänzung dessen folgt jedoch die – soweit ersichtlich singuläre – Definition, wonach nicht die Behauptungslast, sondern die Substantiierungslast

<sup>401</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 130.

<sup>402</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 165. Vgl. aber mittlerweile BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 29 und N 32, welcher nun zurückhaltend bloss die «Substanziierung des Beweisthemas» von der Substantiierung «im Sinne der Schlüssigkeit» unterscheidet und den Begriff der Substantiierungslast anscheinend gänzlich meidet.

<sup>403</sup> BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1256.

<sup>404</sup> BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1256 mit Hinweis auf BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 149.

<sup>405</sup> BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1256.

<sup>406</sup> Eine Untersuchung der Begriffe der materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Substantiierungslast folgt im Kapitel über die Substantiierungslast, unten N 306 ff.

<sup>407</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 199.



eine abstrakte und eine konkrete Seite aufweisen soll. Die abstrakte Substantiierungslast weise dabei die behauptungsbelastete Partei allgemein an, «ihre Tatsachenbehauptungen so zu gliedern, dass das Gericht sie, wenn bewiesen, als tatbestandsmässigen Sachverhalt feststellen, den anwendbaren Rechtsnormen zuordnen und gestützt darauf den Anspruch schützen kann».<sup>408</sup> Die konkrete Substantiierungslast demgegenüber hänge von der konkreten Prozesssituation und dem Verhalten der Gegenpartei ab, d.h. wenn der Prozessgegner das an sich schlüssig und widerspruchsfreie, undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, sei diese gehalten, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden könne.<sup>409</sup> Auch diese Umschreibungen decken sich mit der oben dargestellten abstrakten und konkreten Behauptungslast.

137 Schliesslich ist auf die Definition gemäss HURNI hinzuweisen, welcher entsprechend der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts bezgl. des Umfangs an den Detaillierungsgrad schlicht zwischen der Behauptungslast und der Substantiierungslast unterscheidet. Danach sei der Behauptungslast Genüge getan, «wenn die aufgestellten Behauptungen <unter der Annahme, sie seien bewiesen, einen Sachverhalt ergeben, den das Gericht den entsprechenden Gesetzesnormen zuordnen und gestützt darauf die Forderung zusprechen kann»»,<sup>410</sup> wobei es genügen soll, «die Tatsachen <in allgemeiner Weise> zu benennen».<sup>411</sup> Bestreitet ferner die Gegenpartei die klägerischen Behauptungen, so müsse der Kläger «dem Gericht genauere Tatsachen vortragen, als dies zur Erfüllung der blossen Behauptungslast nötig war», womit eine «über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast» greife.<sup>412</sup>

138 Damit zeigt sich unerwarteterweise und entgegen der unterschiedlich verwendeten Begriffen und Schreibweisen in der schweizerischen Literatur zumindest eine überwiegende Übereinstimmung hinsichtlich der Inhalte der Definitionen. Die allgemeinen Anforderungen an das erstmalige Behaupten werden demzufolge entweder als abstrakte Behauptungslast, abstrakte Substantiierungslast oder ganz schlicht als Behauptungslast bezeichnet, währenddessen die Anforderungen an das Behaupten aufgrund einer Bestreitung als konkrete Behauptungslast, konkrete Substantiierungslast bzw. schlicht als Substantiierungslast bezeichnet werden. Einzig nach der Definition bei BRÖNNIMANN, welcher zwar zwischen einfachem und substantiiertem Behaupten unterscheidet, fallen

---

<sup>408</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 200.

<sup>409</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 200.

<sup>410</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 19 mit Zitat aus BGer. 4A\_144/2009, Erw. 3.2.

<sup>411</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 20 mit Zitat aus BGer. 4A\_210/2009, Erw. 3.2.

<sup>412</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 23 mit Zitat aus BGer. 4A\_210/2009, Erw. 3.2.

die abstrakte und konkrete Behauptungslast unter den vereinenden Begriff der Substantiierungslast zusammen. Darauf wird im Rahmen der Untersuchung zum Umfang der Behauptungslast noch einmal zurück zu kommen sein.<sup>413</sup>

## II. Gegenstand der Behauptungslast

Wie bereits oben dargestellt wurde, sind Tatsachen nur dann für die Sammlung des Prozessstoffes relevant, d.h. rechtserheblich, wenn damit ein Tatbestandsmerkmal einer entsprechenden Norm näher umschrieben wird.<sup>414</sup> Mit anderen Worten geben die abstrakten Tatbestandselemente der anwendbaren materiell-rechtlichen Normen vor, welche Sachverhaltselemente von den Parteien behauptet werden müssen. Die rechtserheblichen Tatsachen, der Gegenstand der Behauptungslast, werden somit jeweils im Einzelfall durch das materielle Recht bestimmt.<sup>415</sup> Welches Tatbestandsmerkmal einer angerufenen Norm hingegen von welcher Partei behauptet werden muss, entspricht der Frage nach der Verteilung der Behauptungslast.<sup>416</sup> Denn diese entscheidet darüber, ob eine Sachverhaltsdarstellung als Behauptung zu gelten hat oder allenfalls eine Bestreitung darstellt.

Die durch rechtserhebliche Tatsachen auszufüllenden Tatbestandsmerkmale sollen nachfolgend hinsichtlich ihres Inhalts in **deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale** unterschieden werden. Die diesen Tatbestandsmerkmalen zuzuordnende Tatsachen lassen sich wiederum im Hinblick auf ihr Verhältnis zum Gesetzestatbestand in **unmittelbar rechtserhebliche** und **mittelbar rechtserhebliche Tatsachen** unterscheiden.<sup>417</sup>

### 1. Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale

Die **deskriptiven Tatbestandselemente** beschreiben dabei einen «Wirklichkeitssachverhalt»<sup>418</sup>, d.h. eine Schilderung von Tatsächlichem, weshalb ihre Behauptung grundsätzlich einfacher ist; schwieriger nachzuweisen, weil der unmittelbaren Wahrnehmung nicht direkt zugänglich, sind hingegen die sog. **nor-**

<sup>413</sup> Siehe dazu unten N 167.

<sup>414</sup> Siehe dazu oben N 9.

<sup>415</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 130 f.; HUGUENIN-DUMITAN, S. 27.

<sup>416</sup> Siehe dazu sogleich unten N 154 ff.

<sup>417</sup> Siehe bereits vorne N 9.

<sup>418</sup> KRAMER, S. 58; bspw. «Menschen» in Art. 11 ZGB, «Strassen, Plätzen und Quartieren» in Art. 28b ZGB, «Tier» in Art. 56 OR, «Gebäude» in Art. 58 OR, «Vieh» in Art. 198 OR, «öffentliche Beurkundung» in Art. 216 OR, «Wohnung der Familie» in Art. 266m OR u.v.m.

**matischen Tatbestandselemente**, die nicht auf die physische Wirklichkeitsebene verweisen, sondern sich auf Abstraktionen und Wertungen beziehen.<sup>419</sup>

*a) Deskriptive Tatbestandsmerkmale*

- 142 Bei den deskriptiven Tatbestandsmerkmalen werden Wirklichkeitssachverhalte zur Voraussetzung einer Rechtsfolge erklärt, indem entweder an das Vorhandensein einer Tatsache oder an das Nichtvorhandensein einer Tatsache angeknüpft wird. Während die sog. **positive Sachumstände** in der Regel leicht zu behaupten und beweisen sind, da sie in «hinreichend präzisierten, nach Ort, Zeit und Inhalt festgelegten Gegebenheiten bestehen»<sup>420</sup>, sind die sog. **negative Tatsachen**<sup>421</sup> häufig schwierig nachzuweisen, weshalb in diesem Zusammenhang auch häufig von einer sog. Beweisnot<sup>422</sup> gesprochen wird. Aber auch bereits die Behauptung einer Tatsache, die sich nicht zugetragen hat oder die nicht vorhanden ist, kann Schwierigkeiten bereiten, so dass neben einer Beweisnot auch eine eigentliche **Behauptungsnot** vorliegen kann.<sup>423</sup>

*(1) Bestimmte negative Tatsachen*

- 143 Aufgrund der Spiegelbildlichkeit<sup>424</sup> von positiven und negativen Tatsachen lassen sich sog. bestimmte negative Tatsachen durch ihre gegenteiligen positiven Sachumstände behaupten.<sup>425</sup> Eine negative Tatsache ist demnach bestimmt, wenn eine einzige positive Tatsache genügt, um das Nichtvorhandensein einer rechtserheblichen Tatsache zu belegen.<sup>426</sup> So genügt bspw. die Behauptung, an einem gewissen Zeitpunkt in Basel gewesen zu sein, um damit auf die gleichzeitige Abwesenheit in Bern zu schliessen.<sup>427</sup> Bei bestimmten negativen Tatsachen

---

<sup>419</sup> Bspw. «guter Glaube», «Eigentum» und «Besitz», «Verschulden», «Rücktritt», «Kündigung» oder «Wandelung». Zum Ganzen eingehend m.w.H. KRAMER, S. 58 f., 64 f.

<sup>420</sup> BK-KUMMER ZGB 8 N 206 mit Ausnahmen hiervon.

<sup>421</sup> Bspw. die Nichterfüllung einer vertraglich geschuldeten Leistung, ein unverschlossenes (nicht abgeschlossenes) Fahrzeug, die Abwesenheit (Nicht-Anwesenheit) einer Person. Diese von BK-WALTER ZGB 8 N 323 ff. angeführten Beispiele zeigen die Spiegelbildlichkeit von positiven und negativen Behauptungen.

<sup>422</sup> Siehe dazu statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 313 ff., wonach eine Beweisnot vorliegt, wenn die erforderlichen Beweismittel weder von der beweisbelasteten Partei benannt oder beigebracht noch vom Gericht beigezogen werden können, obgleich eine streitige Tatsache an sich beweisbar wäre.

<sup>423</sup> VON GREYERZ, S. 65; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 219 f.; WALDMANN, S. 236.

<sup>424</sup> Siehe dazu bereits FN 421.

<sup>425</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 218; VON GREYERZ, S. 27 ff.

<sup>426</sup> VON GREYERZ, S. 28.

<sup>427</sup> VON GREYERZ, S. 28; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 218.

ist damit grundsätzlich die Behauptung einer spiegelbildlichen positiven Tatsache möglich, weshalb meistens keine Behauptungsnot vorliegt.<sup>428</sup>

(2) *Unbestimmte negative Tatsachen*

Im Gegensatz dazu ist der Nachweis bei unbestimmten negativen Tatsachen nur anhand von unzählig vielen positiven Tatsachen möglich. So sind die Behauptung und der Nachweis von einzelnen vertraglichen Unterlassungen über einen längeren Zeitraum, bspw. im Rahmen eines Konkurrenzverbots, praktisch nicht möglich. Auch das Beispiel einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR zeigt, dass für den Nachweis des mangelnden Rechtsgrundes einer Zuwendung es nahezu unmöglich ist, das Fehlen aller möglichen Gründe, die eine erfolgte Vermögensverschiebung begründen könnten, darzulegen.<sup>429</sup> In diesen Fällen kann deshalb regelmässig neben einer Beweis- auch eine Behauptungsnot vorliegen.

b) *Normative Tatbestandsmerkmale*

Während die deskriptiven Tatbestandsmerkmale in der Regel unmittelbar wahrnehmbar und damit grundsätzlich eindeutig bestimmbar sind,<sup>430</sup> sind die normativen Tatbestandsmerkmale abstrakter Natur und müssen oft durch Auslegung ermittelt werden.<sup>431</sup> Im Gegensatz zu den Tatsachen handelt es sich dabei vorwiegend um **Rechtsbegriffe**<sup>432</sup> und **rechtliche Schlüsse**<sup>433</sup>. Als Beispiele für Rechtsbegriffe seien etwa der «Rücktritt» bspw. in Art. 96 und 107 OR, die

<sup>428</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 325 f. weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Beweis einer positiven zweier spiegelbildlichen Behauptungen jedoch nicht unbedingt einfacher ist als der einer negativen. Bspw. das bewirkte oder unterlassene Blinken beim Abbiegen im Strassenverkehr, das abgeschlossene oder unverschlossene Fahrzeug im Zeitpunkt der Entwendung sowie die Beachtung oder Missachtung eines Lichtsignals (BK-WALTER ebd.).

<sup>429</sup> So bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 219, mit Verweis auf SCHELLHAMMER.

<sup>430</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 139 in FN 703, nennt beispielhaft die Absendung einer Offerte gemäss Art. 5 OR, die Aufforderung zur Rückzahlung eines Darlehens gemäss Art. 318 OR, die Nachstellung nach dem Leben in Art. 138 ZGB sowie die Beiwohnung durch den Vaterschaftsbeklagten in Art. 262 ZGB. Vgl. aber auch KRAMER, S. 58 ff., mit Beispielen von deskriptiven Tatbestandselementen, die zeigen, dass diese oft nicht so eindeutig sind.

<sup>431</sup> Siehe dazu KRAMER, S. 83, wonach insbesondere auch der Wortlaut zu den Auslegungselementen zu zählen ist.

<sup>432</sup> *Termini technici* oder juristische Fachausdrücke, die häufig durch Legaldefinitionen präzisiert werden (siehe dazu KRAMER, S. 64).

<sup>433</sup> Auch Werturteile, Wertbegriffe, unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessensbegriffe genannt (siehe KRAMER, S. 66 f.; vgl. für eine Übersicht zur uneinheitlichen Terminologie

«Kündigung» bspw. in Art. 255 Abs. 2 oder in 334 Abs. 1 OR sowie die «Wandelung» bspw. in Art. 205 Abs. 3 OR genannt. Beispiele für rechtliche Schlüsse sind etwa «überwiegendes öffentliches Interesse» in Art. 28 Abs. 2 ZGB, «wichtige Gründe» bspw. in Art. 30 ZGB, Art. 266g Abs. 1 oder 337 Abs. 1 OR, «offenbares Missverhältnis» in Art. 21 Abs. 1 OR, «wesentlicher Irrtum» in Art. 23 OR sowie die sog. Generalklauseln wie «gute Sitten» und «Treu und Glauben» etc.

146 Aus Art. 57 ZPO ergibt sich, dass das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat; mit anderen Worten ist es die Pflicht des Gerichts, die auf den Streitgegenstand anwendbaren Normen zu ermitteln und anzuwenden, die Parteien diese damit weder zu behaupten noch zu beweisen haben.<sup>434</sup> Es liegt jedoch an den Parteien, diejenigen Tatsachen zu behaupten, welche für die Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsbegriffe und rechtlichen Schlüsse in Betracht kommen.<sup>435</sup> Die gerichtliche Rechtsanwendung entbindet daher nicht von der Behauptungslast für Tatsachen, die den Rechtsbegriffen und rechtlichen Schlüssen zu Grunde liegen.<sup>436</sup> Die Behauptung von blossen Rechts- und Ermessensbegriffen ohne Schilderung des zugrundeliegenden Sachverhalts erfüllt demzufolge die Anforderungen an die Behauptungslast grundsätzlich nicht.

147 Häufig werden jedoch aus praktischen Erwägungen zum Zwecke der Vereinfachung **einfache und gebräuchliche Rechtsbegriffe des täglichen Lebens**<sup>437</sup> behauptet. Ausnahmsweise genügt die juristische Bezeichnung von Sachverhaltskomplexen der Behauptungslast, solange die gegnerische Partei dieser nicht widerspricht<sup>438</sup> und die Subsumtion der Begriffe unstreitig ist.<sup>439</sup> Ebenso verhält es sich mit **Rechtsverhältnissen**, die eine Voraussetzung für eine Rechtsfolge bilden, wie etwa der «Eigentümer» für die Vindikationsklage gemäss Art 641 Abs. 1 ZGB.<sup>440</sup> Diese können als Zusammenfassung der darin enthaltenen Tat-

---

und Einordnung der Werturteile, den unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensbegriffen BK-HRUBESCH ZGB 4 N 100 m.w.H.).

<sup>434</sup> BK-HURNI ZPO 57 N 4; BGer. 4A\_438/2010.

<sup>435</sup> GULDENER S. 162; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 141 m.w.H. in FN 711.

<sup>436</sup> BSK-GEHRI ZPO 58 N 28 mit Verweis auf BGE 115 II 464, 464 f., wo der Beklagte in der Berufung geltend machte, der Rücktritt vom Vertrag sei nach Art. 107 Abs. 2 OR erfolgt und nicht wie von der Vorinstanz angenommen infolge Kündigung aus wichtigem Grund.

<sup>437</sup> Bspw. Kauf, Schenkung, Miete oder Darlehen, Wohnsitz in Art. 74 OR etc.

<sup>438</sup> Siehe dazu etwa BGE 127 III 365, 368 f., wo ein «Totalschaden» zwar von der Klägerin pauschal behauptet worden war, von der Beklagten jedoch bestritten. Zum Zugeständnis siehe unten N 226 und in FN 693.

<sup>439</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 147.

<sup>440</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 145 in FN 731 gestützt auf ROSENBERG/SCHWAB.

sachen behauptet werden, ohne dass damit alle Einzeltatsachen dargelegt werden müssen.<sup>441</sup>

Letztlich können, wie bereits bei den deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, 148 auch normative Tatbestandmerkmale als **negative Tatbestandsmerkmale** vorliegen. Bei diesen Negativa im weiteren Sinn<sup>442</sup> kann *mutatis mutandis* gleichermaßen zwischen bestimmten und unbestimmten Negativa differenziert werden. Bestimmte Negativa sind auch hier grundsätzlich durch deren Gegenteil beweisbar, wie etwa das fehlende Verschulden im Rahmen von Art. 97 OR anhand des Exkulpationsbeweises, bspw. indem der Schuldner nachweist, dass die Leistungserbringung objektiv unmöglich geworden ist, oder dass er alle nach den Umständen erforderlichen Massnahmen zur Leistungsbewirkung getroffen hat.<sup>443</sup> Wenn normative Tatbestandsmerkmale hingegen als unbestimmten Negativa in Erscheinung treten, ist auch hier ein Behaupten regelmässig aufgrund der Vielzahl und Dichte der zu behauptenden, positiven Tatsachen unmöglich. Diese Tatsachen «entziehen» sich damit jedem Beweis, wie bspw. das dauerhaft fehlende Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten gemäss Art. 736 ZGB.<sup>444</sup>

## 2. Unmittelbar und mittelbar rechtserhebliche Tatsachen

Das Gericht kann eine Rechtsfolge einer Gesetzesbestimmung erst anordnen, 149 wenn *sämtliche* unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen vorliegen, die den entsprechenden Tatbestandmerkmalen zugeordnet werden können. Als Gegenstand der Behauptungslast stehen damit die unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen im Vordergrund, da letztlich diese vorerst von den Parteien behauptet werden müssen.<sup>445</sup> Der Behauptungslast ist demzufolge durch das Anführen sämtlicher unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen genüge getan.<sup>446</sup>

Wie bereits gezeigt,<sup>447</sup> kann oder muss teilweise von Tatsachen, die zwar 150 nicht als Voraussetzung einer Rechtsfolge im abstrakten Rechtssatz enthalten sind und damit kein Tatbestandmerkmal bilden, auf unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen geschlossen werden.<sup>448</sup> Diese mittelbar rechtserheblichen Tatsachen orientieren sich damit immer an den unmittelbar rechtserheblichen Tat-

<sup>441</sup> FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N 6; eingehend dazu BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 145.

<sup>442</sup> Siehe zur Abgrenzung von den negativen Tatsachen insbesondere BK-WALTER ZGB 8 N 334.

<sup>443</sup> Siehe dazu BK-WEBER OR 97 N 330; BK-WALTER ZGB 8 N 338.

<sup>444</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 338 m.w.H. und weiteren Beispielen.

<sup>445</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 133.

<sup>446</sup> GULDENER, S. 163.

<sup>447</sup> Siehe oben N 9 und N 53 f.

<sup>448</sup> BK-KUMMER ZGB 8 N 93; GULDENER, S. 319;

sachen, deren Vorhandensein oder Fehlen sie zu belegen suchen.<sup>449</sup> Wenn nun die materiell-rechtlichen Normen vorgeben, welche unmittelbaren rechtserheblichen Tatsachen behauptet werden müssen,<sup>450</sup> dann gilt *a maiore ad minus* diese Massgeblichkeit auch für die Indizien, weshalb diese dann ebenso rechtserheblich werden. Damit stellt sich die Frage, ob die Behauptungslast, die zweifellos für unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen besteht, gleichermassen auch für die mittelbar rechtserheblichen Tatsachen, d.h. für die Indizien, gilt.

151 Wie bereits gezeigt, brauchen grundsätzlich lediglich die unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen, deren Feststellung das Beweisverfahren letztlich dient, behauptet zu werden.<sup>451</sup> GULDENER weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass aufgrund der Tatsache, dass über mittelbare rechtserhebliche Tatsachen vom Gericht unter Berücksichtigung der Erfahrungssätze und der allgemeinen Lebenserfahrung nach freiem Ermessen entschieden wird, es für die Beweiswürdigung nicht darauf ankommen kann, ob diese mittelbar rechtserheblichen Tatsachen von den Parteien behauptet worden sind oder nicht.<sup>452</sup> Denn schliesslich sei das Gericht in der Beweiswürdigung frei und nicht darauf angewiesen, dass die Parteien die einzelnen Prämissen der Beweiswürdigung vorgeben.<sup>453</sup>

152 Der Vergleich<sup>454</sup> zwischen den Folgen unterlassener Behauptung von unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen und mittelbar rechtserheblichen Tatsachen bestätigt denn auch, dass bei mittelbaren Tatsachen nur teilweise wenn überhaupt von einer Behauptungslast gesprochen werden kann.<sup>455</sup> Werden unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen nicht behauptet, fehlen dem Gericht Sachverhaltsmerkmale für die Subsumtion unter die notwendigen Tatbestandsmerkmale einer materiell-rechtlichen Norm, womit die von der Partei angestrebte Rechtsfolge entfällt.<sup>456</sup> Das Unterlassen der Behauptung eines Indizes führt demgegenüber nicht immer zwingend zu den gleichen Nachteilen, denn auf die unmittelbar rechtserhebliche Tatsache, auf die geschlossen werden soll, kann ebenso mittels anderer Indizien geschlossen werden, resp. die unmittelbar rechtserhebliche Tatsache kann auch direkt behauptet werden.<sup>457</sup> Auf die Be-

---

<sup>449</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 131.

<sup>450</sup> Siehe oben N 139.

<sup>451</sup> GULDENER, S. 163.

<sup>452</sup> GULDENER, S. 163; ihm folgend FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N 6.

<sup>453</sup> So GULDENER, S. 163; FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N 6.

<sup>454</sup> Nach MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 56.

<sup>455</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 135, formuliert bspw., dass die Behauptungslast bei mittelbar rechtserheblichen Tatsachen «ein minderes Gewicht» habe und «nach den Verhältnissen des Einzelfalles bald gegeben, bald nicht» gegeben sei.

<sup>456</sup> Dies entspricht der objektiven Behauptungslast, vgl. oben N 118 f.

<sup>457</sup> MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 56; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 134 und S. 135 f.

hauptung einer einzelnen indizierenden Tatsache kommt es somit in diesen Fällen nicht an; die Behauptung von unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen demgegenüber ist in jedem Fall unerlässlich.<sup>458</sup>

Zugegebenermassen trägt eine Partei die nachteiligen Folgen, d.h. die objektive Behauptungslast, wenn von behaupteten Indizien nicht auf eine unmittelbar rechtserhebliche Tatsache geschlossen werden kann oder solche Indizien überhaupt nicht behauptet werden.<sup>459</sup> Aber dies nicht etwa, weil das der unmittelbar rechtserheblichen Tatsache vorgelagerte Indiz selbst behauptungsbelastet wäre,<sup>460</sup> sondern weil damit letztendlich die aus diesen zu erschliessende unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen nicht vorliegen. Mit anderen Worten treten die Nachteile der objektiven Behauptungslast nur ein, weil die unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen nicht rechtsgenügend erstellt werden können und nicht, weil die mittelbar rechtserheblichen Tatsachen behauptungsbelastet zu sein scheinen. Aus diesem Grund wird man wohl sicherheitshalber unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen, die nur anhand von Indizien bewiesen werden können, bspw. dass eine Person bösgläubig war, in der Regel zusätzlich schlicht behaupten müssen.<sup>461</sup> Für die Indizien, die auf diese unmittelbar rechtserhebliche Tatsache schliessen lassen, besteht darüber hinaus jedoch richtigerweise keine Behauptungslast.<sup>462</sup>

### III. Verteilung der Behauptungslast

Die Verteilung der Behauptungslast, und damit die Frage, welche Partei die Nachteile unterlassener Behauptungen im Sinne der objektiven Behauptungslast trägt und zur Vermeidung dieser Nachteile im Sinne der subjektiven Behauptungslast Behauptungen aufzustellen hat, folgt nach h.L.<sup>463</sup> und Rechtspre-

<sup>458</sup> MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 56.

<sup>459</sup> So MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 56 und in der Folge BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 135.

<sup>460</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 135, wonach eine Behauptungslast für mittelbar erhebliche Tatsachen «nach den Verhältnissen des Einzelfalls bald gegeben, bald nicht» sein soll; gestützt auf MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 56 f.

<sup>461</sup> Über die nötige Konkretisierung von Behauptungen, d.h. den Umfang der Behauptungslast, sogleich unten N 165 ff. Zur Behauptung von Rechtsbegriffen oben N 147.

<sup>462</sup> Ein ähnliches Bild zeigt sich bereits bei der Beweislast: Beweislosigkeit resultiert zwar bei unmittelbar wie bei mittelbar rechtserheblichen Tatsachen, eine Beweislast besteht aber nur für unmittelbar rechtserhebliche Tatsachen, nicht für die diesen vorgelagerten Indizien.

<sup>463</sup> Statt vieler BK-KUMMER ZGB 8 N 39; BK-HURNI ZPO 55 N 15; BSK-SCHMID ZGB 8 N 31; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 325; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 16.



chung<sup>464</sup> der Verteilung der Beweislast. Die Parallelität von Behauptungs- und Beweislast wird damit begründet, dass eine beanspruchte Rechtsfolge sowohl der Behauptung wie auch des Beweises dieser Behauptung bedarf und deshalb eine unterlassene Behauptung einem *non-liquet* gleichkommt.<sup>465</sup> Daher muss die Frage nach der Verteilung der Behauptungslast mit den gleichen Mitteln beantwortet werden, wie zuvor die Frage nach der Verteilung der Beweislast.<sup>466</sup>

155 Insbesondere würde es zu Widersprüchen führen, wenn einer Partei die Behauptungslast für eine Tatsache auferlegt würde, die zugunsten des Gegners sprechen, während dieser gleichzeitig die Beweislast für dieselbe Tatsache trägt, weshalb grundsätzlich die behauptungsbelastete Partei mit der beweisbelasteten Partei identisch sein muss.<sup>467</sup> Die nicht beweisbelastete Partei trägt demgegenüber die Bestreitungslast<sup>468</sup>, und nicht etwa eine Behauptungslast für das Gegenteil der Behauptungen.

### 1. Rechtserzeugende, rechtsvernichtende und rechtshemmende Tatsachen

156 Gemäss der konstanten Rechtsprechung und der herrschenden Lehre ist die gesetzliche Grundregel für die Beweislastverteilung in Art. 8 ZGB enthalten.<sup>469</sup> Danach hat derjenige eine behauptete Tatsache zu beweisen, der daraus Rechte ableitet, wobei unter «Rechte» der eingeklagte materielle Anspruch, wie auch die selbstständigen Einreden und Einwände, welche der Beklagte der Klage zu seiner Verteidigung entgegen setzt, zu verstehen sind.<sup>470</sup>

157 Unumstritten ist, dass wer eine Berechtigung behauptet, diejenigen Tatsachen zu beweisen hat, die nach der anwendbaren Rechtsnorm diese Rechtsfol-

---

<sup>464</sup> Siehe dazu BGE 136 III 518 (n. publ. Erw. 5.1.2); BGE 132 III 186, 197; BGer. 4C.166/2006 Erw. 3.

<sup>465</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 188; BK-KUMMER ZGB 8 N 39; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 17.

<sup>466</sup> ROSENBERG, S. 49, welcher jedoch auch darauf hinweist, dass die Behauptungen im Prozess zeitlich vor dem Beweis erfolgen und man deshalb zuerst fragen müsste, was behauptet werden muss bevor man die Frage nach der Beweislast stellt. Die Behauptungslast und die Beweislast seien ferner keine zwei verschiedene Probleme, sondern die beiden Seiten ein und desselben Problems. Aus diesem Grund ist der einleitende Satz evtl. dahingehend zu präzisieren, dass die Verteilung der Behauptungslast nicht der Verteilung der Beweislast folgt, sondern *nach den gleichen Regeln* erfolgt wie bei der Verteilung der Beweislast.

<sup>467</sup> So bereits BGE 97 II 339, 343: «Niemand ist verpflichtet, Tatsachen zu behaupten, die von Bundesrechts wegen nicht er, sondern der Prozessgegner beweisen muss.»; BGer. 4A\_229/2010 Erw. 5.1.2; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 158.

<sup>468</sup> Dazu sogleich unten N 223 ff.

<sup>469</sup> Statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 212 f. mit weiteren Hinweisen, insbesondere zu Kritik an der Normentheorie; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 849.

<sup>470</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 233 ff.

gen erzeugen, d.h. die sog. **rechtserzeugenden Tatsachen**<sup>471, 472</sup> Die Bestreitung einer rechtserzeugende Tatsache durch den Beklagten wendet dabei nicht etwa die objektive Beweislast, sondern der Behauptungsbelastete, der sich auf eine rechtserzeugende Tatsache beruft, hat auch in diesem Fall die rechtserzeugenden Tatsachen vollumfänglich nachzuweisen.<sup>473</sup>

Behauptet der Beklagte hingegen das vom Kläger behauptete Recht als untergegangen, trägt er hierfür die Beweislast: Die **rechtsvernichtenden Tatsachen**<sup>474</sup> stehen einem erzeugtem Recht entgegen<sup>475</sup> und dienen dem Beweis, dass ein zunächst bestehendes Recht untergegangen ist.<sup>476</sup> Sie werden mit **Einwendungen** geltend gemacht, bspw. wenn der Untergang einer Forderung durch Erfüllung oder die Ausübung auflösender Gestaltungsrechte wie eine Kündigung, ein Rücktritt oder ein Widerruf eingewendet werden.<sup>477</sup> 158

Ebenso trägt die Beweislast, wer behauptet, dass ein Recht nicht durchsetzbar sei.<sup>478</sup> Durch das Vorbringen von **rechtshemmenden Tatsachen**<sup>479</sup> kann sich der Anspruchsgegner der gerichtlichen Durchsetzung eines Rechts widersetzen; entweder vorübergehend mittels sog. **dilatorischer Einreden**, wie bspw. der Einrede der Stundung,<sup>480</sup> oder dauerhaft mittels sog. **peremptorischer Einreden**, wie bspw. der Einrede der Verjährung<sup>481, 482</sup> 159

<sup>471</sup> Auch rechtsbegründenden Tatsachen genannt.

<sup>472</sup> Statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 265 mit Beispielen und Hinweise zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in N 267 f.; BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 42 mit reichhaltiger Kasuistik in N 44 ff.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 851.

<sup>473</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 271 unter Hinweis auf BK-KUMMER ZGB 8 N 155.

<sup>474</sup> Auch rechtsaufhebende Tatsachen genannt, bspw. bei SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 107 und N 122.

<sup>475</sup> SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 220.

<sup>476</sup> BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 56; BK-WALTER ZGB 8 N 281 f.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 851.

<sup>477</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 281 f.; BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 58 mit weiteren Beispielen aus der Gerichtspraxis.

<sup>478</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 279.

<sup>479</sup> Auch rechtsausschliessenden Tatsachen genannt. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 851, verwendet den Begriff der rechtshemmenden Tatsachen auch für die sog. rechtshindernden Tatsachen, siehe zu diesen unten FN 487.

<sup>480</sup> Für die **Einrede des nichterfüllten Vertrages nach Art. 82 OR** gilt hingegen ausnahmsweise, dass der Schuldner die Einrede bloss behaupten muss, der Beweis über die Erfüllung bzw. die Erfüllungsbereitschaft jedoch dem Gläubiger obliegt (BGE 123 III 16, 19 f.; BK-WALTER ZGB 8 N 287; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 156 in FN 795). Siehe dazu unten N 241 i.f.

<sup>481</sup> **A.A.** BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 58, welche die Verjährungseinrede der rechtsvernichtenden Tatsachen zuweisen; gl.A. wie hier SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 603.

<sup>482</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 283 f.; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 220; zum Ganzen ausführlich SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 111 ff. und

- 160 Mit der für die Beweislast vorherrschenden **Normentheorie**<sup>483</sup> lässt sich damit festhalten, dass anspruchsbegründende Tatsachen, Einreden und Einwendungen grundsätzlich von der Behauptungslast erfasst werden – mehr aber auch nicht.<sup>484</sup> Denn obschon anhand des materiellen Rechts aufgrund «einer ausdrücklichen Beweislastregel, aus der Struktur des anzuwendenden materiellen Rechtssatzes oder aus dessen systematischer Stellung zu beantworten» ist, welche Tatsachen rechtserzeugend, rechtsvernichtend oder rechtshemmend sind, kann eine derartige Unterscheidung letztlich nur abhängig von der jeweiligen Prozesssituation erfolgen.<sup>485</sup> So zeigt das Beispiel einer Kündigung eines Mietvertrages, dass diese für den Anspruch auf Rückgabe der Mietsache rechtserzeugend ist, hingegen für die Verweigerung weiterer Mietzinszahlungen rechtsvernichtend ist; ebenso ist der Rücktritt gemäss Art. 107 OR im Verzugsfalle für den Schadenersatzanspruch rechtserzeugend, währenddessen der gleiche Umstand für die Leistungsverweigerung rechtsvernichtend sein kann.<sup>486</sup>
- 161 Damit steht man den Schwierigkeiten<sup>487</sup> und der Kritik<sup>488</sup>, die der Normentheorie erwachsen, auch bei der Verteilung der Behauptungs- und Bestreitungslast gegenüber. Die Verteilung der Behauptungslast, und damit der Bestreitungs-

---

in N 123 sowie in N 152 zur Unterscheidung zwischen dilatorischen und peremptorischen Einreden.

<sup>483</sup> Siehe dazu statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 169; BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 38.

<sup>484</sup> Vgl. dazu BGE 130 III 321, 323: «Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren» sowie BGE 128 III 271, 273; BK-WALTER ZGB 8 N 257.

<sup>485</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 259.

<sup>486</sup> Beispiele nach BK-WALTER ZGB 8 N 259.

<sup>487</sup> Zu erwähnen sind insbesondere die Einordnung und Abgrenzung der sog. **rechtshindernden Tatsachen**, welche immer wieder Schwierigkeiten bereitet (siehe dazu statt vieler BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 57 und Beispiel in N 64, sowie BK-WALTER ZGB 8 N 291 ff.; so bereits auch BK-KUMMER ZGB 8 N 160 ff.). In der deutschen Literatur scheint ebenso anerkannt, dass allein aus dem materiellen Recht heraus rechtshindernde Tatsachen nicht von den rechtserzeugenden Tatsachen unterschieden werden können (BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 5 N 21), weshalb die rechtshindernden Tatsachen als eigenständige Kategorie denn auch nicht mehr anerkannt seien, da es sich dabei nur um eine Zusammenfassung der vom Gesetzgeber normierten Beweislastsonderregeln handle (so BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 5 N 26; ihm folgend für das schweizerische Recht BK-WALTER ZGB 8 N 260).

<sup>488</sup> Ablehnend bspw. ZK-EGGER ZGB 8 N 9; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 852; kritisch ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 18 m.w.H. Siehe auch BK-WALTER ZGB 8 N 213 für weitere Nachweise zu kritischen Lehrmeinungen.

last, lässt sich damit letztlich immer erst anhand der konkreten Umstände im Einzelfall bestimmen.<sup>489</sup>

## 2. Auseinanderfallen von Beweis- und Behauptungslast

Vom oben dargestellten Grundsatz der Parallelität von Behauptungs- und Beweislast besteht indessen in den **Fällen der Beweislastumkehr** eine Ausnahme.<sup>490</sup> So hat der Gläubiger nach Art. 97 Abs. 1 OR im Rahmen der vertraglichen Haftung das Verschulden lediglich zu behaupten, anschliessend obliegt es jedoch dem Schuldner, seine Schuldlosigkeit zu beweisen.<sup>491</sup> Das angeführte Beispiel zeigt auf, dass der Schuldner aber unter keinen Umständen die Behauptungen des Gläubigers zu beweisen braucht, sondern die Beweislast für die entgegenstehende Behauptung, der Bestreitung, trägt.<sup>492</sup> Während grundsätzlich die behauptungsbelastete Partei die Beweislast für ihre Vorbringen trägt, bewirkt damit eine Beweislastumkehr, dass die bestreitungsbelastete Partei die Beweislast für ihre Bestreitungen aufgebürdet erhält. Die Behauptungslast bleibt von einer Beweislastumkehr jedoch unberührt.<sup>493</sup> 162

Daneben bestehen noch weitere Einzelfälle, in denen der Bestreitungsbelastete mit dem Beweis für seine Bestreitungen belastet wird: So hat der Gläubiger nach Art. 97 Abs. 1 OR zwar grundsätzlich die Vertragsverletzung zu behaupten und zu beweisen, muss jedoch, wenn er Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, letztere bloss behaupten, da dem Schuldner als Bestreitungsbelasteter der Beweis für die Erfüllung obliegt.<sup>494</sup> Ebenso muss der Dritte, der vom *falsus procurator* Schadenersatz verlangt, das Fehlen der Vollmacht lediglich behaupten, denn der Beweis für das Bestehen der Vollmacht obliegt in der Folge dem Vertretenen.<sup>495</sup> 163

Zwar verteilen **gesetzliche Vermutungen** ebenfalls die Beweislast, führen jedoch im Gegensatz zur Beweislastumkehr dazu, dass der für die Vermutungsbasis Behauptungsbelastete weder eine Behauptungs- noch eine Beweislast für 164

<sup>489</sup> Vgl. dazu auch die Kasuistik zur neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den Hauptbereichen des Bundesprivatrechts bei SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 875 ff.

<sup>490</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 189; BK-HURNI ZPO 55 N 16; BK-KUMMER ZGB 8 N 43; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 161.

<sup>491</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 189 mit weiteren Beispielen. Im angeführten Beispiel des Verschuldens in Art. 97 OR ist allerdings umstritten, ob es sich um eine Beweislastregel im Sinne einer Beweislastumkehr oder um eine gesetzliche Vermutung handelt, siehe dazu auch die Nachweise bei KÄLIN, S. 1340 FN 12 f.

<sup>492</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 162.

<sup>493</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 188 und N 375.

<sup>494</sup> BK-WEBER OR 97 N 315; BK-WALTER ZGB 8 N 190 und N 542 ff.; BK-KUMMER ZGB 8 N 43; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 162.

<sup>495</sup> BK-ZÄCH OR 39 N 90; BK-WALTER ZGB 8 N 190 unter Hinweis auf BGE 85 II 28, 31.

die Vermutungsfolge trägt.<sup>496</sup> Dem Bestreitungsbelasteten obliegt damit die Bestreitung der Vermutungsbasis ggf. mit Gegenbeweis, resp. die Behauptung und der Beweis des Gegenteils der Vermutungsfolge als Hauptbeweis. Der Behauptungsbelastete bleibt aber mit der Behauptung und dem Beweis der Vermutungsbasis belastet, weshalb ein Auseinanderfallen von Behauptungslast und objektiver Beweislast hier nicht festzustellen ist.<sup>497</sup>

#### IV. Umfang der Behauptungslast

- 165 Wie bereits gezeigt wurde, beschreibt nach einer weit verbreiteten Ansicht die Behauptungslast bloss, *was* von *wem* behauptet werden muss, währenddessen die inhaltlichen Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Behauptungen, d.h. das *«wie»*, grundsätzlich eine Frage der Substantiierungslast sei.<sup>498</sup> Nach dieser Ansicht scheint es damit auf den ersten Blick, dass der Umfang der Behauptungslast der Substantiierungslast entspricht, resp. dass die Substantiierungslast bloss ein Teilgehalt der Behauptungslast sei, dieser Begriff also jenen mitumfasse.<sup>499</sup> Wohl auch aufgrund dieses umfassenden Verständnisses der Substantiierungslast finden sich in der Literatur und Rechtsprechung auch heute noch zahlreiche Beispiele dafür, dass der Begriff der Behauptungslast und derjenige der Substantiierungslast synonym verwendet werden<sup>500</sup> oder zwischen beiden Begriffen nicht eingehend differenziert wird.<sup>501</sup>
- 166 Das eigentliche Problem liegt jedoch nach der hier vertretenen Ansicht darin begründet, dass an den Detaillierungsgrad von Tatsachenbehauptungen grundsätzlich keine einheitlichen Anforderungen bestehen können und diese damit auch nicht in *einem einzelnen, umfassenden* Begriff vereint werden sollten.<sup>502</sup> Zwischen den unterschiedlichen Anforderungen an den Detaillierungsgrad kann nämlich je nachdem, ob eine Tatsachenbehauptung bestritten wurde oder

---

<sup>496</sup> Ähnlich bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 118.

<sup>497</sup> Ähnlich bereits für das deutsche Recht BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 70.

<sup>498</sup> Bspw. bei BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 55, sowie BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 129. Siehe dazu die oben dargestellte deutsche und schweizerische Literatur in N 116 ff.

<sup>499</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 25; so bereits auch HUGUENIN-DUMITTAN, S. 27, sowie MÜLLER, S. 109.

<sup>500</sup> So bereits HUGUENIN-DUMITTAN, S. 37, mit vielen Beispielen; MÜLLER, S. 109.

<sup>501</sup> So auch bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 129, mit zahlreichen Beispielen auf S. 24 in FN 124.

<sup>502</sup> Vgl. dazu auch die Kritik an die insbesondere von BRÖNNIMANN vertretene Unterscheidung zwischen Behauptungs- und Substantiierungslast bei MÜLLER, S. 110; ähnlich bereits SARBACH, S. 31 ff., unter Berücksichtigung der Unterscheidung zwischen materiell-rechtlicher und prozessrechtlicher Substantiierungslast.

nicht, differenziert werden: Denn an unbestrittene Tatsachenbehauptungen, die nicht beweisbedürftig sind und daher nicht in alle Einzeltatsachen zergliedert werden müssen, sind folgerichtig auch nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an streitige Tatsachen, die einer Beweisabnahme bedürfen.

Nach der hier gefolgten Darstellung<sup>503</sup> umschreibt daher der Umfang der (abstrakten) Behauptungslast die Anforderungen an den Detaillierungsgrad von Tatsachenbehauptungen zur Gutheissung der angeehrten Rechtsfolgen *ungeachtet der Reaktion der Gegenpartei*,<sup>504</sup> währenddessen die (konkrete) Substantiierungslast – in einem engeren Sinne verstanden – sich mit den Anforderungen an den Detaillierungsgrad von Tatsachenbehauptungen bei *streitigen* Tatsachen befasst, also immer im Hinblick auf den Sachvortrag der Gegenpartei.<sup>505</sup> Die Behauptungs- und die Substantiierungslast unterscheiden sich damit auch im Zeitpunkt ihres Bestehens: Die Behauptungslast, wenn man so will, besteht zeitlich vor einer Bestreitung, die Substantiierungslast entsteht hingegen erst, nachdem eine Tatsachenbehauptung bestritten worden ist.<sup>506</sup> 167

In BGE 107 II 172 findet sich ein anschauliches Beispiel dafür, wie der Sachvortrag des Behauptungsbelasteten erst nach erfolgter Bestreitung mit weiteren Einzeltatsachen zu substantiieren ist: Im Streit um die Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge gemäss Art. 370 Abs. 3 OR ist der Besteller für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge behauptungs- und beweisbelastet. Nachdem nun im vorgenannten Entscheid der Besteller die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge behauptet hatte, indem er vorbrachte, dass die am Bau beteiligten Unternehmer sofort benachrichtigt worden waren, wurde diese – schlüssige – Behauptung von der Beklagten bestritten. Erst mit dieser Bestreitung ist es nun wiederum am Behauptungsbelasteten gelegen, seine vorgebrachten Behauptungen zu substantiieren, indem er im Einzelnen u.a. erklärt hätte, «wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar geworden ist, wie und wem er ihn mitgeteilt hat»<sup>507</sup>. Eine derartige Substantiierung wäre dagegen nicht notwendig geworden, wenn die Behauptung vom Beklagten nicht bestritten worden wäre, denn das Gericht hätte auf die schlüssigen Behauptungen abstellen können und müssen. Der Kläger räumte jedoch in der Folge selbst ein, dass seine Sachvorbringen dürftig ausgefallen sind und dass er nähere Behauptungen über Entdeckung und Rüge der Mängel, auf welche das erstinstanzliche Gerichte bereits zuvor anlässlich einer Instruktions- 168

<sup>503</sup> Welche der Definition gemäss HURNI und der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, siehe dazu oben N 137.

<sup>504</sup> Ähnlich BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 58 für die abstrakte Behauptungslast.

<sup>505</sup> So auch SCHWANDER, Sachverhaltsrüge, S. 128.

<sup>506</sup> Gl.A. SCHWANDER, Sachverhaltsrüge, S. 128.

<sup>507</sup> BGE 107 II 172, 176.

verhandlung ausdrücklich hingewiesen hatte, nicht aufgestellt habe, weshalb die Klageabweisung auch vom Bundesgericht geschützt wurde.<sup>508</sup>

169 Diese Zweistufigkeit vom Behaupten und dem nach erfolgter Bestreitung erforderlichen Substantiieren der Tatsachenbehauptungen deckt sich im Übrigen auch mit dem Erfordernis eines unbeschränkten Replikrechts.<sup>509</sup> Während sich der Detaillierungsgrad bei der Behauptungslast damit ausschliesslich an den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Normen orientiert,<sup>510</sup> orientieren sich die Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Behauptungen bei der Substantiierungslast hingegen zusätzlich auch an den Bestreitungen, resp. am prozessualen Verhalten der Gegenpartei.<sup>511</sup> So verstanden geht die Substantiierungslast über das hinaus, was die Behauptungslast inhaltlich an eine Konkretisierung von Tatsachen verlangt, und greift erst, wenn die gegnerische Partei die Behauptungen bestreitet.<sup>512</sup> Wie bereits erwähnt, findet sich in der deutschen Literatur zur gleichen Thematik mit der Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Behauptungslast<sup>513</sup> denn auch anschaulich der Begriff der *Anfangsdarlegungslast*,<sup>514</sup> also der Behauptungslast grundsätzlich zu Beginn des Tatsachenvortrags. Diese Unterscheidung folgt damit der zeitlichen, dialektischen Abfolge im Behauptungsstadium des Prozesses: Behaupten – Bestreiten – Substantiieren.

---

<sup>508</sup> Ähnlich bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantiierungslast, S. 150, sowie BK-HURNI ZPO 55 N 26; HAFTER, N 907; SCHWANDER, Sachverhaltsrüge, S. 128, mit Beispiel aus BGE 136 III 545, n.publ. Erw. 3.4.2.1, wonach zu Unrecht eine mangelhafte Substantiierung angenommen wurde, obschon eine Tatsache unstrittig war. Ähnlich auch BK-WALTER ZGB 8 N 201 mit dem Beispiel eines abgeschlossenen Darlehensvertrags, bei dem der Kläger in seiner Klage auf Rückzahlung den Vertragsschluss und die Hingabe der Darlehenssumme behauptet. Bestreitet der Beklagte den Vertragsschluss und die Hingabe, so hat der Kläger nunmehr die Einzelheiten des Vertragsschlusses und der Hingabe des Geldes darzulegen, d.h. nähere Ausführungen zu Zeitpunkt und Inhalt der Einigung sowie zu den Modalitäten seiner Leistungen zu machen.

<sup>509</sup> Siehe dazu oben N 94 f.

<sup>510</sup> Siehe dazu oben N 139 ff.

<sup>511</sup> HUGUENIN-DUMITTAN, S. 34; BGE 127 III 365, 368.

<sup>512</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 23 mit Hinweis auf BGer 4A\_210/2009, Erw. 3.2.: «Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet [...]. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls 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 (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).»; HAFTER, N 906 und N 908; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 34.

<sup>513</sup> Siehe hierzu oben N 127.

<sup>514</sup> Siehe dazu bereits oben N 127 und BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 58 mit weiterem Hinweis.

## 1. Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags

Der Tatsachenvortrag einer Partei, welcher sämtliche Tatbestandselemente der 170  
angerufenen Norm enthält, damit die im Rechtsbegehren gestellten Anträge gut-  
geheissen werden können, bezeichnet man als **schlüssig**.<sup>515</sup> Das Bundesgericht  
verlangt, damit der Behauptungslast Genüge getan und eine Klage vorerst  
schlüssig ist, dass die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag «in allgemeiner  
Weise», resp. «in den Grundzügen», sämtliche Tatsachen benennen, welche  
unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind.<sup>516</sup> Für die Be-  
hauptungslast sind damit in der Regel bloss **allgemein gehaltene Behauptun-  
gen** erforderlich, jedoch immerhin derart konkret, so dass das Gericht in der  
Lage ist, aufgrund des Tatsachenvortrags zu entscheiden, ob die gesetzlichen  
Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen.<sup>517</sup>

Die Behauptungslast bedarf damit einerseits der **Vollständigkeit** hinsicht- 171  
lich der einzelnen Tatbestandsmerkmale und andererseits einer genügenden in-  
haltlichen **Konkretisierung**<sup>518</sup>. Die Widerspruchsfreiheit des Tatsachenvortrags  
im Sinne, dass sich widersprechende Behauptungen gegenseitig ausschlies-  
sen,<sup>519</sup> wird als selbstverständlich vorausgesetzt und bildet vorliegend damit  
keine eigenständige Voraussetzung.

### a) Vollständigkeit der Behauptungen

#### (1) Grundsätzliche Anforderungen an die Vollständigkeit

Ohne das **Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale** kann das Gericht eine 172  
Gesetzesnorm nicht zur Anwendung bringen, weshalb die Tatsachenbehauptun-  
gen sämtliche Tatbestandsmerkmale einer materiell-rechtlichen Norm ausfüllen  
müssen, welche zur Stützung der Rechtsbegehren angerufen wird.<sup>520</sup> Damit be-

<sup>515</sup> GULDENER, S. 196; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 137; Stein/Jonas-LEIPOLD § 253 N 54.

<sup>516</sup> BGer. 4A\_210/2009, Erw. 3.2; BGE 127 III 365, 368; BK-HURNI ZPO 55 N 22; ähnlich ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 26.

<sup>517</sup> So die deutsche Rechtsprechung zur abstrakten Behauptungslast, siehe dazu BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 76 ff.

<sup>518</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 138, verwendet dafür auch den in der deutschen Lehre oft verwendeten Begriff der «Erheblichkeit, d.h. ihre Eignung, ein einzelnes Tatbestandsmerkmal auszufüllen». Ganz allgemein wird auch vom «substantiierten» Behaupten gesprochen, womit aber auch das Substantiiieren nach erfolgtem Bestreiten gemeint sein kann; in der vorgelegten Arbeit soll deshalb zur besseren Differenzierung im Rahmen der (abstrakten) Behauptungslast ausschliesslich von «Konkretisierung», resp. «konkretisieren» gesprochen werden.

<sup>519</sup> So BK-HURNI ZPO 55 N 20.

<sup>520</sup> Statt vieler ROSENBERG, S. 153.



stimmt die materiell-rechtliche Norm, auf welche der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird, welche Tatbestandsmerkmale überhaupt zu behaupten sind.<sup>521</sup> Die Verteilung der Behauptungslast bestimmt dagegen, ob diese Tatbestandsmerkmale von der einen oder von der anderen Partei behauptet werden müssen.<sup>522</sup>

173 Die Anforderung an die Vollständigkeit des Tatbestandes bedeutet zwar, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale des Rechtssatzes vorgebracht werden müssen, aber eben auch, dass nicht mehr als diese Merkmale behauptet werden müssen.<sup>523</sup> Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Kläger über den Vortrag des rechtsbegründenden Klagfundaments hinaus alle erdenklichen Einwendungen und Einreden vorsorglich bestreitet.<sup>524</sup>

174 Letztlich bleiben in diesem Zusammenhang die **konkludenten Behauptungen** zu erwähnen. Denn nicht jedes auf den ersten Blick unvollständige Vorbringen muss zwangsläufig denn auch wirklich unvollständig sein, da es dem Gericht unbenommen ist, im Rahmen der gerichtlichen Auslegung von Parteierklärungen auf konkludente Tatsachenbehauptungen zu schliessen.<sup>525</sup> Wie bereits oben dargestellt, handelt es sich dabei primär um die sog. impliziten Sachvorbringen und um sog. regelmässig vorhandene Tatsachen.<sup>526</sup> Darüber hinaus kann das Gericht auch sog. **bekannte Tatsachen** dem Urteil zu Grunde legen, ohne dass diese von einer Partei behauptet wurden.<sup>527</sup> Bei den konkludenten Behauptungen und den bekannten Tatsachen liegt dementsprechend keine Unvollständigkeit – d.h. keine Behauptungslücke – vor.

## *(2) Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht*

175 Wie bereits die Darstellung des Gegenstandes der Behauptungslast zeigt, setzt bereits die Behauptungslast ein hohes Mass an Rechtskenntnissen voraus.<sup>528</sup> Wenn aus dieser Komplexität kein faktischer Anwaltszwang entstehen soll, muss das Verfahren vor Gericht so ausgestaltet werden, dass Laien dennoch in

---

<sup>521</sup> Siehe dazu bereits oben N 139 ff.

<sup>522</sup> Siehe bereits oben N 154 ff.

<sup>523</sup> ROSENBERG, S. 153; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 138.

<sup>524</sup> GULDENER 176 f.; sog. «**antizipierte Behauptungen**», siehe dazu sogleich unten N 216.

<sup>525</sup> Siehe dazu bereits oben N 8 und FN 23.

<sup>526</sup> Siehe dazu oben N 59 ff.

<sup>527</sup> Siehe dazu bereits oben ausführlich N 35 ff.

<sup>528</sup> Siehe dazu auch die Kritik bei FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 23, wonach man von den Parteien nicht verlangen könne, dass sie den Sachverhalt «entscheidungsreif» zu präsentieren haben, bedeutete doch dies, dass die Parteien nicht nur das anzuwendende Recht «quasi systemwidrig» kennen müssten, sondern dass auch ihr Blick zwischen der potenziell anwendbaren Normen und dem Sachverhalt hin- und herwandern müsste, was mithin nicht anderes als Rechtsanwendung bedeuten würde.

der Lage sind, einen Prozess zu führen.<sup>529</sup> Während früher diese Aufgabe, d.h. Milderungen und Ausnahmen des Verhandlungsgrundsatzes bspw. durch eine gerichtliche Fragepflicht, eine Frage des kantonalen Prozessrechts war,<sup>530</sup> musste sich das BGer. darauf beschränken, nur über «einen ungeschriebenen Satz des materiellen Bundesrechts»<sup>531</sup>, bzw. über das «formelle Bundesprivatrecht»<sup>532</sup> in die kantonale Prozessgestaltung einzugreifen, wenn «die Anwendung des materiellen Bundesrechts verunmöglicht oder übermässig erschwert» wurde.<sup>533</sup>

So stütze das Bundesgericht in einem Entscheid zur ehemaligen Waadtländischen ZPO die Klageabweisung der Vorinstanz, weil der Kläger es unterlassen hatte, den Lohn der eingestellten Person, der die Grundlage für die Berechnung der eingeklagten Kommission darstellte, zu behaupten, obschon dieser aufgrund der eingereichten Urkunden leicht hätte festgestellt werden können.<sup>534</sup> Mit Recht wurde damals die Frage gestellt, ob die Rüge des Klägers, das angefochtene Urteil verletze das Verbot des überspitzen Formalismus gemäss Art. 29 Abs. 1 BV, nicht zutreffend war.<sup>535</sup> Da die Waadtländische ZPO eine gerichtliche Fragepflicht zum damaligen Zeitpunkt nicht kannte, plädierte LEUENBERGER dafür, das BGer. hätte von einer implizit behaupteten Tatsache ausgehen können oder im Sinne eines «*acquis suisse*» ein Mindestgehalt der gerichtlichen Fragepflicht gelten lassen müssen.<sup>536</sup> 176

Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, und damit eines bundesrechtlichen Verhandlungsgrundsatzes wie auch einer bundesrechtlichen gerichtlichen Fragepflicht, hat der Gesetzgeber die Frage nach einer Abschwächung der Behauptungslast in Art. 56 ZPO grundsätzlich dahingehend beantwortet, dass bei Behauptungslücken das Gericht den Parteien durch Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung gibt.<sup>537</sup> 177

Ob eine Behauptungslücke die gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO auslöst, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab. Wie bereits dargelegt, macht das Gesetz in Art. 56 ZPO die gerichtliche Fragepflicht davon abhän- 178

<sup>529</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 63 f. m.w.H.; so bereits auch GULDENER, S. 414 f.

<sup>530</sup> Siehe BGE 108 II 337, 340.

<sup>531</sup> BGE 108 II 337, 339.

<sup>532</sup> WALTER, Bundesprivatrecht, S. 297 f.; siehe dazu auch DERS., Auf dem Weg, S. 314, und oben FN 4.

<sup>533</sup> BGE 108 II 337, 341.

<sup>534</sup> BGer. 4P.22/2004.

<sup>535</sup> LEUENBERGER, Rechtsprechung, S. 25 ff., S. 31.

<sup>536</sup> LEUENBERGER, Rechtsprechung, S. 25 ff., S. 31.

<sup>537</sup> Siehe dazu bereits vorne N 29. Vgl. für eine Darstellung der Situation in Deutschland LIU, S. 297.

gig, ob das Vorbringen «**offensichtlich unvollständig**» ist, wobei sich diese Offensichtlichkeit weniger auf die Erkennbarkeit der Behauptungslücke, sondern vielmehr darauf bezieht, dass diese Lücke die Beurteilung durch das Gericht ausschliesst oder erschwert.<sup>538</sup> Demzufolge beschränkt sich die Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht in diesen Fällen ohnehin auf die rechtserheblichen, eben entscheidungsrelevanten Tatsachenbehauptungen. Als weitere Voraussetzung wird verlangt, dass ein Sachverhaltsmerkmal zumindest «andeutungsweise»<sup>539</sup>, resp. «in rudimentärer Form»<sup>540</sup> behauptet worden ist.<sup>541</sup> Wenn ein Tatbestandsmerkmal aber in rudimentärer Form im Sachverhalt behauptet wird, dann handelt es sich nicht um eine nicht behauptete, sondern allenfalls um eine nicht genügend konkret behauptete Tatsache.<sup>542</sup> Aus dem erwähnten Entscheid geht indessen nicht klar hervor, ob der Lohn überhaupt nicht<sup>543</sup> oder aber nur die Höhe des Lohnes nicht behauptet wurde<sup>544</sup>.

179 Diese Unterscheidung ist insofern bedeutsam, als es sich im einen Fall um eine nicht behauptete, im anderen Fall um eine nicht genügend konkretisierte Behauptung oder eine nicht genügend substantiierte Behauptung handeln kann.<sup>545</sup> Damit stellt sich für «unvollständige Vorbringen» generell die Frage, ob sich diese Unvollständigkeit auf die Vollständigkeit der Tatbestandmerkmale insgesamt oder bloss auf die Unvollständigkeit eines einzelnen Tatbestandmerkmals selbst, im Sinne der Konkretisierung, bezieht. Da die gerichtliche Fragepflicht in Art. 56 ZPO jedoch nicht als Korrektur von gänzlich unterbliebenen Parteivorbringen dienen soll,<sup>546</sup> muss jedes einzelne Tatbestandsmerkmal im Sachvortrag enthalten oder angedeutet sein.<sup>547</sup> Mit anderen Worten soll eine Behauptungslücke, welches ein ganzes Tatbestandselement, wie bspw. der Ver-

---

<sup>538</sup> Siehe dazu oben N 29; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 85; gl.A. BK-HURNI ZPO 56 N 17; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX N 26.

<sup>539</sup> LIEBER, S. 165.

<sup>540</sup> SPIRIG, S. 50; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 68.

<sup>541</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 31; BK-Hurni ZPO 56 N 10. Siehe dazu bereits oben N 27.

<sup>542</sup> Dazu sogleich unten N 187 ff.

<sup>543</sup> Siehe dazu BGer. 4P.22/2004 in Erw. 3.4 «la recourante n'a pas allégué le salaire de la personne».

<sup>544</sup> Siehe BGer. 4P.22/2004 in Erw. 3.2. «il était aisé de déduire le *montant* du salaire» und in Erw. 3.4. «le Cour civile n'avait d'autre choix [...] d'en conclure qu'il manquait un élément déterminant *pour le calcul* du salaire» [Kursive durch den Autor hinzugefügt].

<sup>545</sup> Dazu sogleich unten N 187 ff.

<sup>546</sup> LIEBER, S. 166; ihm folgend FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 83.

<sup>547</sup> A.A. LIENHARD, N 77 ff., wonach «unvollständig» i.S.v. Art. 56 ZPO bereits dann vorliegen soll, wenn nicht alle Tatbestandselemente der materiell-rechtlichen Norm behauptet wurden. Allerdings plädiert DERS., N 131, für eine zurückhaltende Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht in diesen Fällen.

tragsverletzung gemäss Art. 97 OR, beschlägt, die gerichtliche Fragepflicht grundsätzlich nicht auslösen.

(a) Im ordentlichen Verfahren

Deshalb soll das Gericht im **ordentlichen Verfahren** darauf verzichten, einer Partei einen Hinweis darauf zu geben, welche Tatbestandsmerkmale vorliegen, d.h. welche Tatsachen rechtserheblich sind und deswegen behauptet werden müssen.<sup>548</sup> Wenn man der gegenteiligen Meinung zustimmen möchte, müsste man aufgrund der Unparteilichkeit dem Gericht auch zugestehen, dass sie die gegnerische Partei auf Bestreitungen hinweist, die sie unterlassen hat. Eine derartige Fragepflicht würde aber den Bestand des Verhandlungsgrundsatzes aushöhlen und würde das Gericht, wenn die Gratwanderung der Unparteilichkeit nicht gelingt, dem Anschein der Befangenheit aussetzen.<sup>549</sup> 180

Das Gericht soll sich deshalb bei **nicht behaupteten Tatsachen** mit dem Hinweis begnügen, dass das Hinzuziehen einer anwaltlichen Vertretung angezeigt ist.<sup>550</sup> Dies obschon der schweizerische Zivilprozess keinen Anwaltszwang kennt und dieser auch nicht faktisch eingeführt werden soll. Das ordentliche Verfahren bleibt aber auch nach Ansicht des Gesetzgebers «ein anspruchsvolles Verfahren, in dem die Parteien in aller Regel anwaltlich vertreten sein werden».<sup>551</sup> 181

Hingegen soll für den Fall, dass eine **nicht behauptete, aber aus den eingereichten Urkunden ersichtliche Tatsache** dem Gericht gewissermassen in die Augen springt, nach der hier vertretenen Ansicht nicht davon gesprochen werden, dass diese Tatsachen dem Gericht nicht zur Kenntnis gebracht wurde, weil eine Behauptung in der Rechtschrift fehlt. Wenn, wie im vorgenannten Beispiel zur Waadtländischen ZPO,<sup>552</sup> die Tatsache sich ohne weiteres und augenfällig aus den Beilagen ergeben, soll das Gericht vor diesen Tatsachen nicht die Augen verschliessen müssen, bloss damit dem Verhandlungsgrundsatz genügt wird. Nach der hier vertretenen Ansicht soll das Gericht deshalb im Sinne von LEUENBERGERS Ausführungen<sup>553</sup> in diesen Fällen in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht die Parteien auf die fehlende Behauptung hinweisen und damit dazu beitragen, dass derartige Tatsachen zum Prozessstoff gemacht werden. 182

<sup>548</sup> Siehe bspw. BGer. 4A\_462/2012, Erw. 5.1.3: «Abgesehen davon, verkennt die Beschwerdeführerin, dass die richterliche Fragepflicht nicht dazu dient, die Parteien auf den urteilsrelevanten Sachverhalt hinzuweisen.»

<sup>549</sup> LIEBER, S. 164 f. Siehe zur Anwendbarkeit der gerichtlichen Fragepflicht bei Bestreitungen unten N 257 ff. und N 294 ff.

<sup>550</sup> Siehe dazu auch Art. 69 ZPO.

<sup>551</sup> BOTSCHAFT, S. 7245.

<sup>552</sup> Siehe dazu oben N 176.

<sup>553</sup> Siehe dazu oben N 176 und Nachweis in FN 536.

(b) Im vereinfachten Verfahren

- 183 Hingegen spricht das Gesetz im **vereinfachten Verfahren** nach dem Verhandlungsgrundsatz im Bereich der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO generell nur von «ungenügenden Angaben zum Sachverhalt», weshalb hier einer unverbeiständeten Partei, die nicht zu erkennen vermag, welche Tatsachen überhaupt rechtserheblich und damit zu behaupten sind, durchaus «auf die Sprünge»<sup>554</sup> zu helfen ist.<sup>555</sup>
- 184 Unter den «ungenügenden Angaben zum Sachverhalt» in Art. 247 Abs. 1 ZPO ist denn auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht das Gleiche zu verstehen, wie mit den «Vorbringen einer Partei» in Art. 56 ZPO. Während bei der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht zwingend ein Parteivorbringen, welches ein Tatbestandsmerkmal andeutungsweise enthalten muss,<sup>556</sup> vorliegen muss, reichen gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO nach der hier vertretenen Ansicht ganz allgemein «ungenügende Angaben zum Sachverhalt». Mit anderen Worten braucht es im Rahmen der verstärkten Fragepflicht keine Parteivorbringen, welche ein Tatbestandsmerkmal andeutungsweise enthalten, sondern das Gericht soll selbst nicht angedeutete, jedoch für den Sachverhalt erhebliche Tatbestandsmerkmale anhand seiner Fragen ergänzen lassen.<sup>557</sup> Denn in diesen Verfahren mit geringem Streitwert ist beabsichtigt, dass die Parteien zwar aufgrund der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes den Prozessstoff selbst sammeln, dies jedoch «unter Anleitung des Gerichts» tun.<sup>558</sup> Von einem Laien kann nach der hier vertretenen Ansicht deshalb nicht erwartet werden, dass er weiss, welche Tatbestandsmerkmale einer gesetzlichen Norm der Behauptung bedürfen.<sup>559</sup> Die verstärkte gerichtliche Fragepflicht greift damit immer, wenn behauptete Tatsachen

---

<sup>554</sup> BOTSCHAFT, S. 7348, allerdings zur damals noch vorgesehenen eingeschränkten Untersuchungsmaxime.

<sup>555</sup> Ähnlich ZK-HAUCK, ZPO 247 N 11.

<sup>556</sup> Siehe dazu oben N 27.

<sup>557</sup> Gl.A. wohl LIENHARD, N 420; vgl. auch FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 83 f., welcher auch im Rahmen der allgemeinen Fragepflicht zu bedenken gibt, dass eine Partei eine bestimmte Tatsache auch deshalb nicht vorbringen kann, weil sie nicht erkennt, dass sie rechtserheblich wäre, weshalb in solchen Fällen das Gericht nachzufragen habe; dazu bereits oben in FN 94. A.A. AEBI-MÜLLER, S. 194, wonach keine gerichtliche Fragepflicht bestehen soll, wenn sich für bestimmte Sachverhaltselemente keine Anhaltspunkte in den Parteivorbringen finden; ebenso BK-KILLIAS ZPO 247 N 17; ZK-HAUCK ZPO 247 N 15; BSK-MAZAN ZPO 247 N 12; MORDASINI N 322 ff.

<sup>558</sup> BOTSCHAFT, S. 7348; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 93; AEBI-MÜLLER, S. 194, ist der Ansicht, dass dies in der gerichtlichen Praxis im Ergebnis auf eine beschränkte Untersuchungsgrundsatz herauslaufen könne.

<sup>559</sup> Ähnlich bereits FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 83; siehe dazu bereits oben FN 557 und in FN 94.

fehlen;<sup>560</sup> und zwar auch unabhängig davon, ob sie sich aus den eingereichten Beilagen ergeben.

(c) Bei anwaltlich vertretenen Parteien

Von **anwaltlich vertretenen Parteien** hingegen kann aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmassstabes<sup>561</sup> egal ob im vereinfachten Verfahren, die Art. 247 Abs. 1 ZPO unterstellt sind, oder ob im ordentlichen Verfahren, verlangt werden, dass sie den Umfang der Behauptungslast kennen und damit wissen, welche Tatbestandsmerkmale behauptet werden müssen. D.h. dass Anwälte und Anwältinnen, die vor Gericht auftreten, wissen müssen, welche Normen anwendbar sein könnten, welche Tatbestandsmerkmale sich aus diesen Normen ergeben und damit verbunden welche Tatsachen rechtserheblich sind und damit behauptet werden müssen.<sup>562</sup> Die gerichtliche Fragepflicht mildert damit die Behauptungslast in diesen Punkten bei anwaltlich vertretenen Parteien grundsätzlich nicht.<sup>563</sup> 185

Nur ausnahmsweise soll das Gericht von seiner Fragepflicht Gebrauch machen, insbesondere wenn ein unverschuldeter Irrtum oder ein unverschuldetes Versehen einer verbeiständeten Partei zu vermuten sind oder wenn ein besonders komplizierter Sachverhalt, resp. eine besonders komplizierte Rechtsfrage<sup>564</sup> vorliegt,<sup>565</sup> bzw. wenn das Gericht den Anspruch auf einer anderen gesetzlichen Grundlage abstützen will als in der Rechtsschrift vorgesehen.<sup>566</sup> Ein Indiz dafür, dass ein Irrtum oder Versehen vorliegt, kann etwa im Umstand gesehen werden, dass eine nicht behauptete Tatsache klar und eindeutig aus den eingereichten Urkunden hervorgeht. 186

<sup>560</sup> Gl.A. LIENHARD, N 420 i.f.

<sup>561</sup> Siehe dazu vorne N 31.

<sup>562</sup> Ähnlich bereits ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 40; ZK-HAUCK ZPO 247 N 17 mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter den kantonalen ZPO.

<sup>563</sup> Damit ist nicht gemeint, dass die gerichtliche Fragepflicht vollständig ausgeschlossen ist, sondern nur, dass diese in Bezug auf die Vollständigkeit im hier besprochenen Sinne bei anwaltlich vertretenen Parteien nicht greift. Im Ergebnis ähnlich ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 40; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 70 f.

<sup>564</sup> Wenn bspw. bereits die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast unklar ist, siehe dazu auch oben N 154 ff.

<sup>565</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 70 f.; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 40; ZK-HAUCK ZPO 247 N 17.

<sup>566</sup> Ähnlich FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 24 f.; BMcK-AFFENTRANGER ZPO 56 N 15; KuKo-OBERHAMMER ZPO 56 N 4.

b) *Konkretisierung der Behauptungen*

(1) *Grundsätzliche Anforderungen an die Konkretisierung*

- 187 Die Tatsachenbehauptungen müssen nicht bloss sämtlichen Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Norm entsprechen, sondern überdies auch einen gewissen Detaillierungsgrad erreichen, damit das Gericht die Tatsachenbehauptungen den Tatbestandsmerkmalen überhaupt zuordnen, d.h. unter diese subsumieren kann.<sup>567</sup> Das Bundesgericht verlangt eine Konkretisierung «in allgemeiner Weise»<sup>568</sup>, resp. «in den Grundzügen»<sup>569</sup>, in der Lehre auch «nicht in allen Einzelheiten vorgebracht» sondern «in ihren wesentlichen Zügen»,<sup>570</sup> jedoch immerhin so detailliert, dass die Gegenpartei diese Behauptungen ihrerseits bestreiten kann. Die Konkretisierung muss dabei nicht so weit gehen, dass sie der Substantiierungslast vorgreift, d.h. die Behauptungen müssen nicht bereits in sog. Einzeltatsachen zergliedert werden.<sup>571</sup>
- 188 Hingegen vermögen die in der Praxis häufig vorkommenden **Pauschalverweise auf eingereichte Unterlagen** sowie die allgemeine Erklärung, die eingereichten Akten stellten einen integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift dar, der Behauptungslast nicht zu genügen.<sup>572</sup> Der Verweis auf einen «Wust von Akten» mit dem Antrag, der Nachlass sei festzustellen und zu teilen, reicht daher nicht aus;<sup>573</sup> ebenso wenig, wenn in der Rechtsschrift einzig die gemäss SIA-Norm 102 geschuldeten Teilleistungen wiedergegeben werden und es im Übrigen dem Gericht überlassen wird, die einzelnen Leistungen aus den Beilagen zusammen zu suchen.<sup>574</sup>
- 189 Aus diesen Gründen kann die Verwendung der vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung gestellten **Formulare**<sup>575</sup> Schwierigkeiten bereiten,<sup>576</sup> da diese sich eher für unkomplizierte Sachverhalte eignen und neben den standardisier-

---

<sup>567</sup> BGE 127 III 365, 368; BGE 123 III 183, 188.

<sup>568</sup> BGer. 4A\_210/2009 Erw. 3.2.

<sup>569</sup> BGE 127 III 365, 368; BGer. 4A\_210/2009 Erw. 3.2.

<sup>570</sup> GULDENER, S. 163.

<sup>571</sup> BGer. 4A\_210/2009 Erw. 3.2.

<sup>572</sup> **H.L.:** BK-HURNI ZPO 55 N21; BÜHLER/EDELMANN/KILLER § 75 N15; FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N4.

<sup>573</sup> OGer. BL vom 13.12.1988; siehe ASPRION, S. 32.

<sup>574</sup> BGer. 4C.341/2000 Erw. 2.

<sup>575</sup> Gilt nur für Formulare für die nach dem Verhandlungsgrundsatz geführten summarischen Verfahren. Siehe dazu die Formulare für Parteieingaben vom BJ unter [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat\\_und\\_buerger/ref\\_zivilprozessrecht/ref\\_parteieingabenformulare.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_zivilprozessrecht/ref_parteieingabenformulare.html), zuletzt besucht am 8.8.2013.

<sup>576</sup> Vgl. dazu den Fall HGer. ZH HE120284-O vom 18. Juli 2012, wo der Anwalt einer Klägerin zum Zwecke der Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ein Formular mit rudimentären Angaben einreichte. Das Gericht erwog knapp: «So wie das Gesuch präsen-

ten Platzhaltern keine Möglichkeit bieten, zusätzliche Behauptungen anzufügen. Bei komplexen Sachverhalten ist es in diesen Fällen ratsam, durch eine anwaltliche Prozessvertretung eine Rechtsschrift einreichen zu lassen.

Die Beilagen zur Rechtsschrift sind grundsätzlich nur Beweismittellofferten und ersetzen Parteibehauptungen nicht,<sup>577</sup> denn es ist nicht Sache des Gerichts, die rechtserheblichen Tatsachen aus den Akten zusammen zu suchen.<sup>578</sup> Durch Verweis auf Beilagen können die darin enthaltenen Tatsachen nur dann als behauptet gelten, wenn in der Rechtsschrift spezifisch eine bestimmte Beilage genannt wird und wenn aus dem Verweis selbst klar wird, welche Teile der Beilage als Behauptung gelten sollen.<sup>579</sup> 190

## (2) Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht

Eine andere Frage ist, ob mangelhafte Vorbringen, welche die vorgenannten Anforderungen an das konkrete Behaupten nicht erfüllen, die gerichtliche Fragepflicht auslösen. Da an den Detaillierungsgrad von erstmaligen Behauptungen nur sehr tiefe Anforderungen gestellt werden,<sup>580</sup> ist überhaupt fraglich, ob ein unvollständiges Parteivorbringen möglich ist, ohne dass gerade davon gesprochen werden kann, dass überhaupt keine Behauptung vorliegt.<sup>581</sup> 191

Insbesondere schwer fassbare Tatbestände, wie jene des sog. «Mobblings»<sup>582</sup> oder des sog. «Bossings»<sup>583</sup> im Arbeitsrecht zeigen, dass die Beurteilung, ob ein vorgetragener Sachverhalt überhaupt rechtserheblich ist, d.h. ob dieser überhaupt geeignet ist, um unter das Tatbestandsmerkmal der Vertragsverletzung subsumiert werden zu können, im Einzelnen Schwierigkeiten bereiten können. So kann unklar sein, ob bloss eine zu wenig konkretisierte oder ob überhaupt 192

---

tiert wird, ist es unverständlich im Sinne von Art. 132 Abs. 2 ZPO». Dem Anwalt der Klägerin wurde deshalb eine Nachfrist angesetzt, um das Gesuch zu verbessern.

<sup>577</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 30.

<sup>578</sup> BÜHLER/EDELMANN/KILLER § 75 N 15. Siehe dazu auch BGer. 4A\_169/2011 Erw. 6.4: «Das Bundesgericht sucht nicht selbst in den Akten, sondern verlangt entsprechende präzise Aktenhinweise»; HGer. ZH HE120284-O vom 18. Juli 2012: «Es ist nämlich weder Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, aus den Gesuchsbeilagen die Argumente der Klägerin zusammenzusuchen».

<sup>579</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 21; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 31.

<sup>580</sup> Vgl. dazu bereits oben N 170 und N 187: «in allgemeiner Weise», «in den Grundzügen».

<sup>581</sup> Vgl. dazu oben N 179.

<sup>582</sup> Unter **Mobbing** wird gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die wiederholte und über längere Zeit andauernde systematische Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers verstanden, bei der dieser schikaniert, belästigt, ausgegrenzt oder mit herabsetzenden Arbeitstätigkeiten bedacht wird (BK-REHBINDER/STÖCKLI OR 328 N 12 m.w.H.).

<sup>583</sup> Unter **Bossing** wird allgemein das Mobbing verstanden, welche von einem Vorgesetzten gegenüber einer unterstellten Person ausgeübt wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, OR 328 N 17).



eine rechtsgenügeliche Behauptung vorliegt, wenn bspw. ein klagender Arbeitnehmer einen Sachverhalt anführt, wonach ein anderer Mitarbeiter ständig überheblich, unkontrollierbar und laut sei<sup>584</sup> oder vom Vorgesetzten bei der Geschäftsleitung die Anordnung einer psychiatrischen Begutachtung des Arbeitnehmers beantragt wurde.<sup>585</sup> Falls jedoch vom Vorliegen einer rechtserheblichen Tatsachenbehauptung ausgegangen wird, welche nicht genügend konkretisiert ist, um schlüssig zu sein, muss wie bereits zuvor bei der Vollständigkeit von Behauptungen<sup>586</sup> für eine Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht zwischen anwaltlich und nicht anwaltlich vertretenen Parteien einerseits und andererseits zwischen der Fragepflicht nach Art. 56 ZPO sowie der verstärkten Fragepflicht nach 247 Abs. 1 unterschieden werden.

(a) Bei rechtsunkundigen Parteien

193 Wie bereits oben vertreten, soll im vereinfachten Verfahren bei Laien bereits bei nicht behaupteten Tatsachen die Fragepflicht eingreifen. *A fortiori* muss dies auch dann gelten, wenn Tatsachen zu wenig konkret behauptet werden.

194 Im ordentlichen Verfahren stellt nach der hier vertretenen Ansicht eine bloss ungenügend konkretisierte Behauptung klarerweise ein unvollständiges Parteivorbingen dar, womit die gerichtliche Fragepflicht auch in diesen Fällen greift. Mit anderen Worten hat das Gericht bei Parteien, die nicht anwaltlich vertreten sind, durch Fragen die weiteren Umstände abzuklären, welche im behaupteten Sachverhalt andeutungsweise vorhanden sind.

(b) Bei anwaltlich vertretenen Parteien

195 Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist hingegen fraglich, ob die Parteien darauf hinzuweisen sind, dass die Behauptungen in zu allgemeiner Form erfolgt sind und damit eine Subsumtion unter die beabsichtigte Folge nicht zulassen. Wie bereits gezeigt, kommt gegenüber Anwälten ein objektivierter Sorgfaltsmassstab zur Anwendung, wonach insbesondere eine unsorgfältige Prozessführung nicht geeignet ist, die gerichtliche Fragepflicht auszulösen.<sup>587</sup> Auf der anderen Seite soll das Gericht eine Partei nicht «sehenden Auges» scheitern lassen,<sup>588</sup>

---

<sup>584</sup> Bspw. in BGer. 2A.761/2006, Erw. 3.3.2.

<sup>585</sup> Siehe dazu BGE 125 III 70, 74.

<sup>586</sup> Siehe dazu oben N 175 ff.

<sup>587</sup> Siehe dazu bereits oben N 31.

<sup>588</sup> Ähnlich wohl BK-HURNI ZPO 56 N 3 mit Hinweis auf AEBI-MÜLLER, S. 193, welche das Beispiel in BGer. 5A\_676/2007, Erw. 3.2. anführt. Danach hielt das Bundesgericht fest, dass es Treu und Glauben widerspricht, wenn eine Gerichtsbehörde feststellt, dass ein für die Festsetzung des nahehelichen Unterhalts notwendiges ärztliches Zeugnis unvollständig eingereicht worden ist und dennoch nicht bei der betroffenen Partei nachfragt.

nur weil ihre anwaltliche Vertretung ihrer Verantwortung, rechtsgenügende Behauptungen aufzustellen, möglicherweise unverschuldet nur ungenügend nachkommt. Aus diesem Grund soll die gerichtliche Fragepflicht nach der hier vertretenen Ansicht nur dann nicht eingreifen, wenn die unsorgfältige Prozessführung des Anwalts oder der Anwältin offensichtlich gegen allgemein anerkannte Berufspflichten verstösst und damit einen Haftpflichtanspruch der Partei gegenüber ihrer eigenen Prozessvertretung zu begründen vermag.<sup>589</sup>

Damit soll das Gericht – wie bereits bei den Anforderungen an die Vollständigkeit der Behauptungen gefordert –<sup>590</sup> insbesondere dann von seiner Fragepflicht Gebrauch machen, wenn ein unverschuldeter Irrtum oder ein unverschuldetes Versehen einer anwaltlich vertretenen Partei vorliegen könnte. Auch hier kann als ein Indiz für ein Irrtum oder Versehen im Umstand gesehen werden, dass eine nicht behauptete Tatsache klar und eindeutig aus den eingereichten Urkunden hervorgeht. Im Weiteren ist auch dann im Zweifelsfall von einem Auslösungstatbestand der gerichtlichen Fragepflicht auszugehen, wenn ein besonders komplizierter Sachverhalt, resp. eine besonders komplizierte Rechtsfrage vorliegt, bzw. wenn das Gericht den Anspruch auf einer anderen gesetzlichen Grundlage abstützen will, als die anwaltlich vertretene Partei dies in ihrer Rechtsschrift vorgesehen hatte.<sup>591</sup> 196

## 2. Reduzierte Anforderungen an die Behauptungen

Zur Vorbeugung von Problemen bei der Beweisführung, insbesondere der **Beweisnot**, hält der Zivilprozess eine Vielzahl an Möglichkeiten bereit, die eine Erleichterung der Beweisführung vorsehen.<sup>592</sup> Diese sog. **Beweiserleichterungen**<sup>593</sup> wirken teilweise auch bereits auf die Behauptungslast vor, weshalb nachfolgend insbesondere für die einzelnen Erscheinungsformen der Beweiserleichterungen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – untersucht werden soll, welche Wirkungen sie bezüglich der Anforderungen an die Behauptungen zeitigen. 197

<sup>589</sup> Siehe dazu bereits oben N 32 und FN 119.

<sup>590</sup> Siehe oben N 185.

<sup>591</sup> Ähnlich FELLMANN, S. 24 f.; BMcK-AFFENTRANGER ZPO 56 N 15; KuKo-OBERHAMMER ZPO 56 N 4.

<sup>592</sup> Statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 314; BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 8 N 1.

<sup>593</sup> Es lassen sich dabei **prozessuale Beweiserleichterungen** (bspw. Anerkennung des bloss mittelbaren Indizienbeweises, tatsächliche Vermutungen, die Zulassung der Parteibefragung sowie die Senkung des Beweismasses durch das Gericht) von **materiell-rechtlichen Beweislastsonderregelungen** (bspw. Beweislastumkehr und gesetzliche Vermutungen, Senkung des Beweismasses) unterscheiden (siehe dazu insgesamt BK-WALTER ZGB 8 N 315 ff.).

- 198 Wie bereits dargestellt, erleichtern die **gesetzlichen Vermutungen** die Behauptungslast insofern, dass der Behauptungsbelastete nur die Behauptungen für die Vermutungsbasis vortragen muss.<sup>594</sup> Ebenso wird anhand des Vorbringens von bloss mittelbaren Tatsachen beim **Indizienbeweis** der Nachweis von unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen erleichtert, da diese nur sehr schwer oder überhaupt nicht nachweisbar wären.<sup>595</sup> Auch für **bekannte Tatsachen** wurde festgestellt, dass für diese keine Behauptungslast besteht, da das Gericht diese dem Urteil zugrunde legen kann, auch wenn sie von keiner Partei behauptet wurden,<sup>596</sup> was gleichermaßen auch für **überschiessende Beweisergebnisse** gelten kann.<sup>597</sup>
- 199 Reduzierte Anforderungen an die Behauptungslast für eine rechtserhebliche Tatsache können überdies beim Vorliegen einer **Beweislastumkehr**, bei der **Schadenschätzung nach richterlichem Ermessen** sowie allgemein bei einer **Beweisnot** des Beweisbelasteten bestehen. Letztlich lässt sich auch durch die Vereinbarung eines **Beweisvertrags** auf die Behauptungslast Einfluss nehmen.

*a) Beweislastumkehr*

- 200 Wie bereits oben bei der Verteilung der Behauptungslast dargestellt, hat der Gläubiger nach Art. 97 Abs. 1 OR im Rahmen der vertraglichen Haftung das Verschulden lediglich zu behaupten, anschliessend obliegt es jedoch dem Schuldner, seine Schuldlosigkeit zu beweisen.<sup>598</sup> Da es im Rahmen des Entlastungsbeweises nach Art. 97 Abs. 1 OR umstritten ist, ob es sich dabei um eine Beweislastumkehr oder um eine Vermutung handelt,<sup>599</sup> kann anhand dieses Beispiel gezeigt werden, dass die Folgen einer Beweislastumkehr und jene der gesetzlichen Vermutung in Bezug auf die Beweislastverteilung im Ergebnis gleichwertig sind. Während grundsätzlich die behauptungsbelastete Partei die Beweislast für ihre Vorbringen trägt, bewirkt nämlich eine Beweislastumkehr, dass die bestreitungsbelastete Partei die Beweislast für ihre Bestreitungen aufgebürdet erhält. Die Verteilung der Behauptungslast bleibt jedoch von einer Beweislastumkehr unberührt,<sup>600</sup> was dazu führt, dass die behauptungsbelastete Partei das Vorhandensein des Tatbestandsmerkmals – hier das Verschulden – dennoch pauschal behaupten muss.<sup>601</sup>

---

<sup>594</sup> Siehe dazu bereits oben N 51 ff. und N 164.

<sup>595</sup> Siehe dazu bereits oben N 53 f.

<sup>596</sup> Siehe dazu bereits oben N 35 ff.

<sup>597</sup> Siehe dazu bereits oben N 55 f.

<sup>598</sup> Statt vieler BK-WEBER OR 97 N 328 ff.; BSK-WIEGAND OR 97 N 42; BK-WALTER ZGB 8 N 189.

<sup>599</sup> Siehe dazu insbesondere KÄLIN, S. 1340 und die Nachweise in FN 12 f.

<sup>600</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 375.

<sup>601</sup> Wenn man hingegen im Rahmen von Art. 97 OR von einer gesetzlichen Vermutung des Verschuldens ausgehen will, ist im Unterschied zur Beweislastumkehr bloss die Vermu-

*b) Schadensschätzung nach gerichtlichem Ermessen*

Grundsätzlich muss diejenige Partei, welche Schadenersatz beanspruchen will, 201 den ziffernmässig nachweisbaren Schaden behaupten und beweisen,<sup>602</sup> «auf Franken und Rappen genau»<sup>603</sup>. Die Behauptungs- und Beweislast erfasst damit nicht bloss die Frage nach dem Bestehen des Schadens überhaupt, sondern auch die ziffernmässige Höhe der Einbusse.<sup>604</sup> Ist der Schaden jedoch ziffernmässig nicht nachweisbar, sieht Art. 42 Abs. 2 OR vom Erfordernis des strikten Nachweises ab und stellt die Schadensschätzung stattdessen in das Ermessen des Gerichts.

*(1) Ziffernmässig nachweisbarer Schaden*

Im Allgemeinen erfolgt die Schadensberechnung bei ziffernmässig nachweisbarem Schaden nach der sog. subjektiven oder **konkreten Methode**, d.h. die Bemessung erfolgt anhand des konkreten, effektiv erlittenen Schadens.<sup>605</sup> Der Nachweis objektiver, schematischer Schadensposten genügt damit grundsätzlich nicht zur Schadensberechnung.<sup>606</sup> 202

Nur ausnahmsweise ist in einzelnen Haftpflichtbestimmungen<sup>607</sup> die sog. objektive oder **abstrakte Methode** vorgesehen, welche sich losgelöst vom subjektiven Interesse des Geschädigten an einer objektiven Schematisierung, wie bspw. dem Marktwert einer zerstörten Sache, orientiert.<sup>608</sup> Überdies kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die abstrakte Schadensberechnung insbesondere auch für den sog. **Haushaltsschaden**<sup>609</sup> herangezogen werden. Denn

---

tungsbasis zu behaupten und zu beweisen, mithin das Verschulden überhaupt nicht zu behaupten, da vom Vorliegen der anderen Tatbestandsmerkmale auf ein solches geschlossen wird.

<sup>602</sup> Für das Deliktsrecht statt vieler BK-BREHM OR 42 N 1; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 1; für das Vertragsrecht statt vieler BK-WEBER OR 97 N 323.

<sup>603</sup> FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 55.

<sup>604</sup> BK-BREHM OR 42 N 9.

<sup>605</sup> BK-BREHM OR 42 N 14; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 2; BGE 104 II 198, 210.

<sup>606</sup> BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 2.

<sup>607</sup> Bspw. etwa in Art. 12 EHG, Art. 27 Abs. 2 ElG, Art. 352a Abs. 3 und Art. 447 OR (BK-BREHM OR 42 N 13).

<sup>608</sup> BK-BREHM OR 42 N 13. Im Ergebnis besteht insbesondere bei der Beschädigung von normalen Gebrauchsgegenständen indessen oft kein Unterschied zwischen objektivem Marktpreis und dem subjektiven Interesse des Geschädigten, d.h. zwischen konkreter und abstrakter Methode (BK-BREHM OR 42 N 16; ihm folgend BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 2).

<sup>609</sup> Der Haushaltsschaden wird als sog. **normativer Schaden** definiert, welcher aus der eingeschränkten oder entfallenen Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts entsteht und selbst dann ersatzpflichtig ist, wenn konkret keine Kosten für Haushaltshilfen entstehen. Siehe dazu zuletzt BGE 132 III 321, 332: «Der Schaden aus eingeschränkter oder entfal-

gemäss Bundesgericht können in diesen Fällen genaue Angaben, die zur Ermittlung des für die Haushaltsführung notwendigen Aufwands benötigt werden, oft nur schwer gemacht und deswegen billigerweise nicht gefordert werden, weshalb soweit als möglich auf die durch vorhandenen Untersuchungen und Statistiken<sup>610</sup> abgestützte Lebenserfahrung abzustellen sei.<sup>611</sup>

203 Entsprechend der allgemeinen Regel gilt auch hier für die Geltendmachung eines ziffernmässig nachweisbaren Schadens nach der konkreten Methode, dass wenn der vorerst nur pauschal behauptete Schaden vom Beklagten bestritten wird, der Kläger die einzelnen Tatsachen vorzutragen hat, welche die Grundlage für die Qualifizierung einer Vermögenseinbusse als rechtlich relevanter Schaden bilden.<sup>612</sup> Eine abstrakte Schadensberechnung hingegen erleichtert die Behauptung und insbesondere den Beweis eines Schadens insofern, als dass für die Schadensberechnung anstatt auf die konkreten Gegebenheiten im Einzelfall auf statistische Daten abgestützt werden kann.

## (2) *Ziffernmässig nicht nachweisbarer Schaden*

204 Art. 42 Abs. 2 OR sieht als weitere Ausnahme vom vorgenannten Grundsatz der konkreten Schadensberechnung vor, dass «wenn ein sicherer Beweis für die Höhe des Schadens oder das Vorhandensein eines Schadens nicht erbracht werden kann»<sup>613</sup>, das Gericht nach seinem Ermessen diesen ziffernmässig nicht

---

lener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts (Art. 46 Abs. 1 OR) wird nach der Rechtsprechung nicht bloss ersetzt, wenn konkret Kosten für Haushaltshilfen erwachsen, die wegen des Ausfalls der Haushalt führenden Person beigezogen werden; auszugleichen ist vielmehr der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt. Der «normativ», gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbusse zu ersetzende Schaden ist am Aufwand zu messen, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde [...]. Den für die Erledigung des Haushalts erforderlichen Aufwand kann das Sachgericht entweder ausschliesslich gestützt auf statistische Daten festlegen oder konkret ermitteln [...].»; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 3a; kritisch hierzu BK-BREHM OR 42 N 18c ff. mit weiterführenden Hinweisen.

<sup>610</sup> In BGE 129 III 135, S. 153, erklärte das Bundesgericht die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), eine Haushaltsbefragung, die jährlich vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO durchgeführt wird, zur «geeigneten Grundlage» für die Bestimmung des massgeblichen Haushaltsaufwandes.

<sup>611</sup> BGE 108 II 434, 437, übersetzt in Pra 72 (1983) Nr. 54, S. 138 ff., S. 139. Vgl. zur Kritik an dieser Rechtsprechung und zum Haushaltsschaden insgesamt statt vieler HERMANN, S. 133 ff. m.w.H. zur reichhaltigen Literatur und Rechtsprechung.

<sup>612</sup> BK-BREHM OR 42 N 10a; BGE 127 III 365, 368.

<sup>613</sup> BGE 97 II 216, 218.

nachweisbaren Schaden abzuschätzen hat.<sup>614</sup> Folglich setzt eine Anwendung dieser Bestimmung voraus, dass eine zahlenmässige Berechnung des Schadens unmöglich, resp. unzumutbar ist,<sup>615</sup> wobei die Unmöglichkeit, bzw. Unzumutbarkeit nicht in den Verantwortungsbereich des Beweisbelasteten fallen darf.<sup>616</sup> Als Beweiserleichterung vorgesehen greift die gerichtliche Schadensschätzung nur ausnahmsweise,<sup>617</sup> womit das Bundesgericht die Hürde für eine diesbezügliche Anwendung entsprechend hoch ansetzt.<sup>618</sup> Die Bestimmung enthebt den Behauptungs- und Beweisbelasteten jedoch nicht grundsätzlich seiner Behauptungs- und Beweislast, sondern verpflichtet ihn dennoch – aber immerhin nur soweit zumutbar – sämtliche Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche für den Eintritt (Bestand) eines Schadens sprechen und eine Schadensschätzung (Höhe) ermöglichen oder erleichtern.<sup>619</sup>

Nach Meinungen von BÜHLER und FELLMANN soll Art. 42 Abs. 2 OR 205 nebst einer Beweismassreduzierung<sup>620</sup> auch eine zusätzliche Beweiserleichterung beinhalten, indem die Anforderungen an die Behauptungs- und die Substantiierungslast herabgesetzt seien.<sup>621</sup> Im Gegensatz zur unstreitig vorliegenden Beweiserleichterung ist hingegen nach der hier vertretenen Ansicht fraglich, ob die Anforderungen an die Behauptungslast tatsächlich vermindert sind.<sup>622</sup> Denn der Behauptungsbelastete ist nicht – wie allgemein – gehalten, bloss die Tatsachen für den Bestand des Schadens und die Schadenshöhe in den Grundzügen zu behaupten. Im Gegensatz dazu sind, jedoch nur soweit zumutbar, alle not-

<sup>614</sup> Es handelt sich mithin in Art. 42 Abs. 2 OR um ein **Tatbestandsermessen** des Gerichts, siehe dazu FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 60; BGE 122 III 219, 222.

<sup>615</sup> BK-BREHM OR 42 N 47; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 10.

<sup>616</sup> BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 10b mit Verweis auf BGE 134 III 306, 312 f., wo das Bundesgericht festhielt, dass ein buchführungspflichtiger Betrieb den Beweis für die anfallenden Herstellungskosten zur Gewinnermittlung aufgrund der gehörigen Buchhaltung erbringen müsse.

<sup>617</sup> FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 57.

<sup>618</sup> BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 10b.

<sup>619</sup> BK-BREHM OR 42 N 50 f.; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 10b; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 210; BÜHLER, S. 56 und S. 58; FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 62.

<sup>620</sup> Vgl. dazu BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 11: Glaubhaftmachung.

<sup>621</sup> BÜHLER, S. 57, mit Hinweis auf BGE 122 III 219, 222; FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 62. BÜHLER, S. 57 f., verlangt überdies, dass das Gericht von sich aus die aus den eingereichten Unterlagen ersichtlichen Tatsachen zu berücksichtigen hat. Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine solche Sonderlösung im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht zu rechtfertigen. Die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Tatsachen, die sich aus den eingereichten Unterlagen ergeben, entscheidet sich nicht danach, ob Beweisschwierigkeiten vorliegen oder nicht. Vgl. zur Berücksichtigung von aus den eingereichten Unterlagen ersichtliche Tatsachen bereits oben N 182.

<sup>622</sup> Ebenso bereits BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 9 N 14 für das deutsche Recht.

wendigen **Schätzungstatsachen** von Beginn an detailliert und konkret zu behaupten, bzw. im Bestreitungsfall zu substantiieren, um damit dem Gericht die Grundlagen zu liefern, damit dieses überhaupt in der Lage ist, den Schaden abzuschätzen.<sup>623</sup> Gleichzeitig muss überdies als weiteres Tatbestandsmerkmal im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR die Unmöglichkeit, bzw. die Unzumutbarkeit für den Schadensnachweis behauptet werden.<sup>624</sup> Aus diesem Grund ist es fraglich, ob die Behauptungslast dadurch insgesamt erleichtert ist.

206 Auch die Rechtsprechung verlangt in diesem Sinne, dass insgesamt genügend Anhaltspunkte vorhanden sein müssen, die einerseits auf den Eintritt des Schadens schliessen lassen, wobei sich dieser Schluss «mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen» müsse, sowie andererseits, dass die Schadenshöhe «hinreichend fassbar» werde.<sup>625</sup> Wenn damit vom Bundesgericht verlangt wird, dass der Schadenseintritt sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen müsse, dürfte damit jedoch «eine gewisse Wahrscheinlichkeit», bzw. «ein Glaubhaftmachen» des Schadens nicht genügen.<sup>626</sup> Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt die Zusprechung von Schadenersatz voraus, «dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint».<sup>627</sup> Damit ist richtigerweise das **Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit** gemeint,<sup>628</sup> welches höhere Anforderungen an den Beweis stellt als ein blosses Glaubhaftmachen.<sup>629</sup>

---

<sup>623</sup> Instruktiv dazu BGE 122 III 219, 221 f. Siehe dazu auch das Beispiel in BGer. 4C.55/2006 bei FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 62, wo es die Klägerin unterlassen hatte, den Lohn einer zukünftigen Tätigkeit für die Berechnung des Valideneinkommens zu behaupten und damit ihrer Behauptungslast nicht genüge. BAUMGÄRTEL/PRÜTTING, § 9 N 14, weist darauf hin, dass diese Schätzungstatsachen zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen müssen, d.h. dass im Bestreitungsfall über diese zuerst Beweis abzunehmen sei.

<sup>624</sup> Für den Nachweis der Unzumutbarkeit, resp. die Unmöglichkeit des Schadensnachweises selbst soll Glaubhaftmachen genügen: FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S.62; a.A. offenbar BÜHLER, S. 57, der unter Berufung auf OFTINGER/STARK (Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 6 N 33) das Glaubhaftmachen als Entbindung von der Beweisführung und damit als blosses Behaupten und Substantiieren verstehen will. Das Glaubhaftmachen betrifft jedoch entgegen dieser Auffassung die Beweiswürdigung und nicht die Anforderungen an das Vorbringen von Tatsachen.

<sup>625</sup> BGE 132 III 379, 381; BK-BREHM OR 42 N 52; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 10b, FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 60 f.

<sup>626</sup> So aber BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 210.

<sup>627</sup> BGE 122 III 219, 222 mit Verweis auf BK-BREHM OR 42 N 52.

<sup>628</sup> FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S.60 f.; so auch für das deutsche Recht BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 9 N 16 f.

<sup>629</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 157 N 42.

Die Unmöglichkeit, resp. Unzumutbarkeit des Schadensnachweises kommt 207 insbesondere häufig bei der **Geltendmachung von zukünftigem Schaden** vor.<sup>630</sup> Art. 42 Abs. 2 OR wird indessen durch den Verweis in Art. 99 Abs. 3 OR auch auf andere Fälle analog angewendet,<sup>631</sup> bspw. für die Gewinnherausgabe nach Art. 423 OR bei Patent-<sup>632</sup> sowie Persönlichkeitsverletzungen<sup>633</sup>, aber auch im Rahmen von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zur Schätzung von geschuldeten Ferientagen<sup>634</sup> sowie von Überstunden<sup>635, 636</sup>

*c) Besondere Fälle der Beweisnot*

Eine Beweisnot liegt vor, wenn erforderliche Beweismittel von einer Partei nicht 208 vorgebracht werden können, obschon eine streitige Tatsache beweisbedürftig ist.<sup>637</sup> Solche Beweisschwierigkeiten führen grundsätzlich zu einem non-liquet, welches von der beweisbelasteten Partei aufgrund der Risikozuweisung der Beweislastregeln selbst dann getragen werden muss, wenn sie die Beweisschwierigkeit nicht zu vertreten hat. Wie bereits gezeigt, beugt der moderne Zivilprozess durch materiell-rechtliche Beweislastsonderregelungen oder durch prozessuale Beweiserleichterungen typischen Beweisschwierigkeiten insbesondere bei sog. unbeweisbaren Sachvorbringen vor, wie etwa bei negativen, hypothetischen oder zukünftigen Tatsachen. Daneben anerkennt das Bundesgericht auch die Verpflichtung der Gegenpartei zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung,<sup>638</sup> welche auch als Mitwirkungspflicht<sup>639</sup>, bzw. – wie hier – als **Mitwirkungslast des Beweisgegners** bezeichnet wird.<sup>640</sup>

Letztlich kann eine Beweisnot auch das Resultat einer **Beweisvereitelung** 209 durch die Gegenpartei sein. Eine Prozesspartei vereitelt insbesondere dadurch

<sup>630</sup> BK-BREHM OR 42 N 63 mit weiterer Kasuistik; BÜHLER, S. 58; FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 65.

<sup>631</sup> Statt vieler BK-WEBER OR 99 N 219 ff.

<sup>632</sup> BGE 134 III 306, 308 ff.; instruktiv BGE 132 III 379, 381 ff., mit einer Darstellung der unterschiedlichen Möglichkeiten, den Schaden einer Patentverletzung zu beziffern (Nachweis des effektiven/direkten Schadens, die Lizenzanalogie und der Analogieschluss aus dem Gewinn des Verletzers).

<sup>633</sup> BGE 133 III 153, 161 f.

<sup>634</sup> BGE 128 III 271, 276.

<sup>635</sup> BGer. 4P.35/2004, Erw. 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI OR 321c N 3.

<sup>636</sup> BK-BREHM OR 42 N 63 mit reichhaltiger Kasuistik in N 64 und N 64a; BSK-HEIERLI/SCHNYDER OR 42 N 10a.

<sup>637</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 313.

<sup>638</sup> BGE 115 II 1, 2.

<sup>639</sup> BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 71;

<sup>640</sup> Die hier behandelte besondere Mitwirkungslast im Rahmen der Sachverhaltsabklärung ist von der oben in N 100 beschriebenen allgemeinen Mitwirkungslast zu unterscheiden. Siehe auch zur Rechtsnatur der besonderen Mitwirkungslast unten N 286 ff.



einen Beweis, indem sie zwar über die vom Beweisbelasteten benötigten Beweismittel verfügt, ihre Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung oder im Beweisverfahren jedoch grundlos verweigert.<sup>641</sup> Auch bereits vorprozessual kann eine Beweisvereitelung erfolgen, bspw. wenn eine Partei taugliche Beweismittel gar nicht erst erstellt, bestehende Beweismittel vernichtet oder der Beweissicherung anderweitig entzieht.<sup>642</sup>

(1) *Besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners*

- 210 Falls gesetzlich keine Beweiserleichterung vorgesehen ist, wie bspw. eine Beweislastumkehr oder die Herabsetzung des Beweismasses, besteht zur Behebung einer der Beweisnot vorgelagerten Behauptungsnot gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die Möglichkeit, den Bestreitungsbelasteten aus dem Gebot nach Treu und Glauben mit der Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhalts, d.h. der Beibringung der rechtserheblichen Tatsachen, zu belasten.<sup>643</sup> Wie bereits oben gezeigt, handelt es sich dabei mehrheitlich um Fälle der Behauptung von **unbestimmten negativen Tatsachen**,<sup>644</sup> sowie um Fälle, in denen der Behauptungsbelastete keine Kenntnisse von rechtserheblichen Tatsachen haben kann, weil er **ausserhalb des fraglichen Sachverhalts** steht.<sup>645</sup> Unter diesen Umständen kann der behauptungsbelasteten Partei die Erfüllung ihrer Behauptungslast über das blosses Behaupten des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals hinaus nicht zugemutet werden,<sup>646</sup> mit anderen Worten ist der Behauptungslast in diesen Fällen genügt, wenn in allgemeiner Form die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals behauptet wird.<sup>647</sup>

(2) *Bei Beweisvereitelung*

- 211 Verletzt eine Partei die ihr obliegende Mitwirkungslast bei der Sachverhaltsabklärung oder ihre Mitwirkungslast im Beweisverfahren gemäss Art. 160 ZPO,

---

<sup>641</sup> Bspw. dadurch, dass sich der Beweisgegner weigert, im Rahmen der besonderen Mitwirkungslast bei der Sachverhaltsabklärung Angaben zum Sachverhalt zu machen (dazu sogleich unten N 210) oder die im Rahmen von Art. 160 ZPO geregelte Mitwirkungslast missachtet, indem er die Aussage anlässlich der Parteibefragung verweigert oder Urkunden und Augenscheinobjekte nicht vorlegt (BK-WALTER ZGB 8 N 318).

<sup>642</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 318; BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 81.

<sup>643</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 353, BSK-SCHMID/LARDELLI ZGB 8 N 30; LANDOLT, S. 100; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 220; BGE 115 II 1, 2; siehe dazu auch unten N 279 ff.

<sup>644</sup> Siehe dazu oben N 144.

<sup>645</sup> Zu den einzelnen Voraussetzungen bei sog. Informationsgefällen zwischen Parteien siehe unten N 279 ff.

<sup>646</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 219.

<sup>647</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 222.

stehen dem Gericht keine eigentlichen Zwangsmittel zur Verfügung um eine derartige grundlos verweigerte Mitwirkung durchzusetzen.<sup>648</sup> In diesen beiden Fällen handelt es sich folglich um eine prozessuale Last der Parteien und nicht um eine Mitwirkungspflicht. Wie bereits oben dargestellt, kann auch bereits vorprozessual die Beweisführung des zukünftigen Prozessgegners vereitelt werden.<sup>649</sup> Umstritten ist, welche Rechtsfolgen eine Beweisvereitelung zeitigt, d.h. ob sie zu einer **Beweislastumkehr**, zu einer **Beweismassreduktion** oder zu einer **Berücksichtigung in der Beweiswürdigung** führt.<sup>650</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt, wie auch bereits die Lehre, 212 ein uneinheitliches Bild.<sup>651</sup> In einem Urteil aus dem Jahre 1994 führte das Bundesgericht erstmalig aus, dass eine Beweisvereitelung eine Umkehrung der Beweislast zur Folge haben sollte, zumindest jedoch sei das Beweismass erheblich herabzusetzen.<sup>652</sup> In einem folgenden Entscheid spricht das Bundesgericht hingegen von einem «allgemein gültigen Prozessgrundsatz», welcher erlaubt, dass sowohl «bei vorprozessual oder während des Prozesses erfolgender Beweisvereitelung das Regelbeweismass erheblich herabgesetzt werden kann».<sup>653</sup>

Je nachdem zu welcher Lösung man tendiert, wird die Behauptungslast 213 anders davon berührt: Eine Herabsetzung des Beweismasses berührt die Behauptungslast insofern nicht, als damit nicht die Sachverhaltsabklärung, sondern die Beweiswürdigung des Gerichts davon betroffen ist. Soll eine Beweisvereitelung dagegen eine Umkehr der Beweislast zur Folge haben, kann zu den Wirkungen bezüglich der Behauptungslast auf das oben Gesagte bei der Beweislastumkehr verwiesen werden.<sup>654</sup> Will man hingegen eine Beweisvereitelung dadurch ahnden, dass das Gericht davon ausgehen kann, das vereitelte Beweismit-

<sup>648</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 320.

<sup>649</sup> Siehe dazu oben N 209 und insbesondere BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 11 N 7 f. mit vielen Beispielen aus der Praxis.

<sup>650</sup> BERGER-STEINER, N 07.13 ff. mit weiteren Nachweisen zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen in FN 1108; BK-WALTER ZGB 8 N 321, ebenso mit Nachweisen in FN 839. Vgl. dazu auch BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 11 N 31: «Die Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung sind ebenso hoffnungslos umstritten wie die Rechtsgrundlage für entsprechende beweisrechtliche Sanktionen und die tatbestandlichen Voraussetzungen», mit eingehender Darstellung und vielen weiteren Nachweisen.

<sup>651</sup> Siehe BERGER-STEINER, N 07.13 mit zahlreichen Nachweise zur Literatur und Rechtsprechung.

<sup>652</sup> BGer. 4C.379/1993, abgedruckt bei JÄGER/SCHWEITER, S. 179 ff.; BERGER-STEINER, N 07.13 und Nachweis in FN 1109.

<sup>653</sup> BGer. 4C.378/1999 mit eingehender Besprechung durch TREZZINI FRANCESCO, Bemerkung zu Urteil 4C.378/1999, SZZZP 2005, S. 167 ff.; BERGER-STEINER, 07.13.

<sup>654</sup> Oben in N 200.

tel hätte das behauptete Ergebnis gebracht,<sup>655</sup> resp. dadurch die Bestreitung des Beweisgegners als unbeachtlich qualifizieren,<sup>656</sup> hat das zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Behauptungs-, sehr wohl aber auf die Bestreitungs- und damit letztlich auch auf die Substantiierungslast.

- 214 Letztlich bleibt zu erwähnen, dass wer sich auf eine Beweisvereitelung berufen will, diese nach den allgemeinen Grundsätzen ebenfalls behaupten und beweisen muss. Danach setzt ein beweisvereitelndes Verhalten «ein Tun oder Unterlassen voraus, ohne welches die Klärung des Sachverhaltes möglich gewesen wäre, das also ursächlich für die Nichtaufklärung eines entscheidungserheblichen Umstandes geworden ist».<sup>657</sup> D.h. dass eine Beweisvereitelung als Tun oder Unterlassen sowie die Kausalität zur entstandenen Beweisnot behauptet werden müssen. Darüber hinaus muss die Beweisvereitelung auch subjektiv dem Beweisvereiteler vorwerfbar sein, wobei jede Form des Verschuldens, d.h. alle Grade der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes, ausreichen soll.<sup>658</sup>

#### *d) Beweisverträge*

- 215 Mit Beweisverträgen können die Prozessparteien vor oder während eines anhängigen Prozesses vereinbaren, dass sie von beweisrechtlichen Vorschriften der gesetzlichen Ordnung abweichen.<sup>659</sup> Diese Vereinbarungen lassen sich grundsätzlich in Beweisführungs- und Beweislastverträge unterteilen:<sup>660</sup> Während mit **Beweisführungsverträgen** bspw. der Beweisbedarf einer Tatsache überhaupt ausgeschlossen werden kann, so dass eine Tatsache weder behauptet werden muss noch bestritten werden kann,<sup>661</sup> kann mit sog. **Beweislastverträgen** bestimmt werden, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.<sup>662</sup> Solange zwingende gesetzliche Beweislastzuordnungen damit nicht unterlaufen werden,<sup>663</sup> kann damit eine zu den gesetzlichen Vermutungen und der Beweislastumkehr vergleichbare Situation bezüglich der Behauptungslast, wie bereits oben dargestellt, herbeigeführt werden.

---

<sup>655</sup> Kritisch ZK-HASENBÖHLER ZPO 164 N 6, welcher stattdessen vorschlägt, dass darin ein Indiz für das Bestehen einer Tatsache erblickt werden könne; ihm zustimmend BK-WALTER ZGB 8 FN 841.

<sup>656</sup> Vgl. BK-WALTER ZGB 8 N 321.

<sup>657</sup> BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 11 N 22 mit weiteren Nachweisen; MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast, S. 137.

<sup>658</sup> BAUMGÄRTEL/PRÜTTING § 11 N 26 mit weiteren Nachweisen; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 114 N 21.

<sup>659</sup> PELLI, S. 6.

<sup>660</sup> PELLI, S. 4 f.

<sup>661</sup> PELLI, S. 6, mit weiteren Beispielen.

<sup>662</sup> Siehe dazu PELLI, S. 18.

<sup>663</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 660; PELLI, S. 127 ff.

### 3. «Antizipierte Behauptungen»

Wie bereits oben gezeigt, müssen sämtliche Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Normen vorgebracht werden in dem Sinne, dass eben auch nicht mehr als diese Merkmale in allgemeiner Weise behauptet werden müssen.<sup>664</sup> Unter «antizipierten Behauptungen»<sup>665</sup> kann man insofern alle Vorbringen verstehen, die über den Vortrag des rechtsbegründenden Klagfundaments hinausgehen und die gegen mögliche Einwendungen und Einreden der Gegenpartei gerichtet sind. Dabei handelt es sich aber nicht um von der Behauptungslast erfasste Sachvorbringen, sondern um **vorweggenommene Bestreitungen**, da für Einreden und Einwendungen der Gegenpartei diese selbst die Behauptungslast trägt.<sup>666</sup> Das Gleiche gilt ganz allgemein, wenn eine Partei Tatsachen vorbringt, für deren Gegenteil die andere Partei die Behauptungslast trägt: Bei den so erfolgten vorweggenommenen Bestreitungen behält die Gegenpartei die Behauptungslast unabhängig davon, dass der Bestreitungsbelastete die entgegenstehenden Tatsachen zuerst in den Prozess eingeführt hat.<sup>667</sup>

Unter antizipierten Behauptungen kann man auch, wenn man dem hier vertretenen Verständnis von Behauptungs- und Substantiierungslast folgt, die in Einzeltatsachen zergliederten Tatsachenbehauptungen verstehen, welche über die Minimalanforderungen der anfänglichen, abstrakten Behauptungslast hinaus behauptet werden. Eine so verstandene, der Bestreitung **vorweggenommene Substantiierung** der Sachvorbringen kann dem Kläger vielerlei Vorteile bringen. Unabhängig davon, ob nach der Konzeption der ZPO davon auszugehen ist, dass ein zweiter Schriftenwechsel nur ausnahmsweise angeordnet werden soll,<sup>668</sup> bleibt für die Parteien vorerst immer ungewiss, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird oder ob sie direkt zu einer Instruktionsverhandlung oder zur Hauptverhandlung geladen werden.<sup>669</sup> Da sich jedoch für umfangreiche und detaillierte tatsächliche Behauptungen eine Rechtsschrift besser eignet als der mündliche Vortrag, mithin eine mündliche Substantiierung wesentlicher Behauptungen an der Hauptverhandlung mit Risiken verbunden ist und zu weiteren Verzögerungen des Verfahrens führen können, kann es empfehlenswert sein, komplizierte Sachvorbringen bereits in Einzeltatsachen substantiiert in der Klagschrift vorzubringen.<sup>670</sup> Das gilt insbesondere

<sup>664</sup> Dazu oben N 172; GULDENER, S. 176.

<sup>665</sup> ROSENBERG, S. 178, allerdings «antezipierte Behauptungen»

<sup>666</sup> Siehe dazu sogleich unten N 241.

<sup>667</sup> ROSENBERG, S. 173.

<sup>668</sup> So BOTSCHAFT, S. 7338; **a.A.** ZK-LEUENBERGER ZPO 225 N 7, welcher jedoch richtigerweise darauf hinweist, dass sich diese Äusserung in der Botschaft auf den Verfahrensablauf bezieht, wie er im bundesrätlichen Entwurf noch vorgesehen war.

<sup>669</sup> Siehe dazu auch HAFTER, N 914.

<sup>670</sup> HAFTER, N 914.

umso mehr für jene Tatsachen, die aufgrund der vorprozessualen Korrespondenz mit der Gegenpartei vermuten lassen, dass diese im Prozess von der Gegenpartei bestritten werden.

218 Darüber hinaus ist auch eine bereits in der ersten Rechtsschrift erfolgte Substantiierung geeignet, die Anzahl streitiger Tatsachen zu vermeiden, da die Gegenpartei – angesichts von substantiiert vorgetragene und mit Urkunden belegte Tatsachen – möglicherweise eine Bestreitung eher unterlässt, weil sie eine solche für aussichtslos hält.<sup>671</sup> Überdies ist die Gegenpartei angesichts der in Einzelheiten substantiierten Behauptungen angehalten, ebenso detailliert zu bestreiten.<sup>672</sup> Wenn bspw. ein Vertragsschluss bloss pauschal behauptet wird, kann sich die bestreitungsbelastete Partei darauf beschränken, das Zustandekommen eines Vertrages ebenso pauschal zu bestreiten. Wird demgegenüber ein Vertragsschluss anhand von Offerte und Akzept, evtl. dokumentiert durch eine Urkunde, mit Angaben zu Datum, anwesenden Personen etc. behauptet, so kann die bestreitungsbelastete Partei sich nicht mit einer blossen Bestreitung des Vertragsschlusses begnügen, sondern muss detailliert angeben, welche dieser einzelnen Behauptungen sie bestreitet.<sup>673</sup>

219 Ein weiterer Aspekt, der eine vorweggenommene Substantiierung als günstig erscheinen lässt, ist darin zu sehen, dass das Gericht in Ausübung seiner Fragepflicht bspw. im Rahmen einer Instruktionsverhandlung einer Partei helfen kann, indem auf eine mangelnde Substantiierung hingewiesen wird.<sup>674</sup> Wenn das Gericht jedoch anlässlich einer Instruktionsverhandlung bereits zu einer pauschal behaupteten Tatsache auf die mangelnde Substantiierung hinweist, wird es diesen Hinweis nach erfolgter Substantiierung kaum wiederholen, auch wenn diese Substantiierung sich als ungenügend herausstellen sollte.<sup>675</sup> Mit anderen Worten verliert die Partei «einen gewissen Schutz gegen eine allzu schnelle Nichtberücksichtigung einer Behauptung wegen ungenügender Substantiierung».<sup>676</sup>

220 Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass Tatsachenbehauptungen insbesondere dann bloss in allgemeiner Weise vorzubringen sind, wenn eine Tatsache eindeutig erstellt oder im präprozessualen Kontakt unstreitig geblieben ist und deshalb eine Bestreitung nicht zu erwarten ist.<sup>677</sup> Wenn hingegen aller

---

<sup>671</sup> HAFTER, N 915.

<sup>672</sup> Siehe dazu unten N 252 ff.

<sup>673</sup> Siehe dazu sogleich unten N 255.

<sup>674</sup> HAFTER, N 911.

<sup>675</sup> HAFTER, N 913.

<sup>676</sup> HAFTER, N 911.

<sup>677</sup> HAFTER, N 918 ff., mit Formulierungsbeispiel für einen entsprechenden Vorbehalt in der Rechtsschrift: «Die Klägerin behält sich vor, ihre Behauptungen über den Erwerb der eingeklagten Forderung zu substantiieren, sofern der Beklagte dessen Rechtsgültigkeit be-

Wahrscheinlichkeit nach eine Bestreitung zu erwarten ist, kann es hingegen sinnvoller sein, seine Behauptungen über diese Minimalanforderungen hinaus zu substantiieren, was übrigens auch dem Verständnis des Gerichts über den im Streit liegenden Sachverhalt zuträglich sein kann.<sup>678</sup>

## V. Wirkung der Behauptungslast

Wie bereits oben dargestellt, entledigt sich der Behauptungslastete seiner Behauptungslast damit, indem er Behauptungen vorträgt, die «unter der Annahme, sie seien bewiesen, einen Sachverhalt ergeben, den das Gericht den entsprechenden Gesetzesnormen zuordnen und gestützt darauf die Forderung zusprechen kann»<sup>679</sup>. Ein **schlüssiger Tatsachenvortrag**, der «bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt»<sup>680</sup>, muss demnach geeignet sein, dass es dem Gericht bei vollständigem Säumnis des Beklagten erlaubt, die Klage ohne weiteres gutheissen zu können. 221

Demgegenüber führt ein **unschlüssiger Tatsachenvortrag** dazu, dass – selbst bei vollständigem Säumnis des Beklagten in dem Sinne, dass weder eine Klageantwort noch ein Erscheinen an der Hauptverhandlung erfolgt ist – die Klage durch ein Sachurteil abzuweisen ist.<sup>681</sup> Mit dem vom Eventualgrundsatz zu bestimmenden Zeitpunkt ist jedoch zu beachten, dass der Nachteil der objektiven Behauptungslast erst mit diesem Zeitpunkt eintritt und nicht bereits nach 222

---

streiten sollte. Nachdem er dies in der vorprozessualen Korrespondenz nicht getan hat, geht sie davon aus, dass diese Tatsache auch im vorliegenden Prozess unbestritten bleiben wird.»

<sup>678</sup> HAFTER, N 917.

<sup>679</sup> BGer. 4A\_144/2009, Erw. 3.2; BK-HURNI ZOP 55 N 19.

<sup>680</sup> BGer. 4A\_210/2009, Erw. 3.2, mit Verweis auf BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 57; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 137 f.; BK-HURNI ZPO 55 N 19.

<sup>681</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 164; BGer. 5A\_362/2012, Erw. 4.3; BGer. 4A\_210/2009, E. 3.5. A.A. SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558., wonach bei einer Klage, welche nicht schlüssig und bei welcher der Kläger auch auf entsprechende Nachfrage hin nicht fähig ist, diese schlüssig vorzutragen, auf diese nicht einzutreten sei. Denn in diesen Fällen lasse sich allgemein gar nicht beurteilen, welchen materiellrechtlichen Anspruch der Kläger geltend macht, und deshalb auch entsprechend kein Anspruch individualisiert werden könne (DERS. ebd.). Nach der hier vertretenen Ansicht kann hingegen nicht generell bei unschlüssigen Klagen gesagt werden, dass sie es vermessen lassen, den Anspruch zu individualisieren, bloss weil eine rechtserhebliche Tatsache eines gesetzlichen Tatbestands nicht behauptet wurde. Deshalb ist diese Meinung abzulehnen. Siehe bspw. BGer. 5A\_362/2012, Erw. 4.3, für einen durchaus individualisierten Anspruch, wo es dem Kläger indessen nicht gelang, sein Eigentum, auf das er seinen Anspruch stützte, darzulegen. Zum Nichteintreten bei nicht individualisierten Klagen sogleich unten N 223.

Einreichung der ersten Rechtsschrift. Dennoch sollte das Gericht nach der hier vertretenen Ansicht darauf hinwirken, dass der Behauptungslast bereits in der ersten Rechtsschrift genügt wird, um damit eine gewisse Strukturierung des Verfahrens zu ermöglichen. Dies liesse sich bspw. dadurch erreichen, dass eine Klage, die den vorgenannten «Minimalanforderungen an das schlüssige Behaupten»<sup>682</sup> *offensichtlich* nicht zu genügen vermag, unter Hinweis auf die Mangelhaftigkeit im Sinne von Art. 132 ZPO unter Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung zurück gewiesen wird.<sup>683</sup> Dieses Ergebnis liesse sich auch aus Art. 221 ZPO ableiten, gemäss dessen lit. d. die klagende Partei in ihrer Rechtsschrift die Tatsachenbehauptungen aufzuführen hat, auf die sie ihre Begehren stützt. Fehlen hingegen bloss vereinzelte rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen, so soll dagegen bei Laien im vereinfachten Verfahren – wie bereits oben dargelegt – anhand der gerichtlichen Fragepflicht der Sachverhalt vervollständigt werden.<sup>684</sup> Im ordentlichen Verfahren soll die gerichtliche Fragepflicht in Art. 56 ZPO jedoch nicht zur Korrektur von gänzlich unterbliebenen Parteivorbringen dienen,<sup>685</sup> weshalb das Gericht hier nicht dazu verpflichtet ist, «die Parteien auf den urteilsrelevanten Sachverhalt hinzuweisen»<sup>686</sup>.

223 Eine Klage hingegen, deren «vorgetragene Behauptungen nicht einmal die Individualisierung des Anspruchs zulassen»<sup>687</sup> und damit «nicht einmal den Streitgegenstand erkennen»<sup>688</sup> lassen, ist durch Nichteintreten abzuweisen, d.h. mit Prozessurteil zu erledigen.<sup>689</sup>

---

<sup>682</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 147.

<sup>683</sup> A.A. wohl BK-KILLIAS ZPO 221 N 25, der eine Rückweisung zur Nachbesserung bei Klagen fordert, wenn sie *gar keine* Tatsachenbehauptungen enthalten.

<sup>684</sup> Siehe dazu bereits oben N 183.

<sup>685</sup> Siehe dazu bereits oben N 179 und die Verweise in FN 546.

<sup>686</sup> BGer. 4A\_462/2012.

<sup>687</sup> BGE 115 II 187, 190 mit Hinweis auf HUGUENIN-DUMITTAN, S. 22 und S. 25.

<sup>688</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 164.

<sup>689</sup> HUGUENIN-DUMITTAN, S. 22; ZK-LEUENBERGER ZPO 221 N 44; BK-KILLIAS ZPO 221 N 25, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass zuvor eine Nachfrist zur Verbesserung eingeräumt wurde; wohl auch SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558; BGE 115 II 187, 190.

## § 7 Bestreitungslast

Insoweit der von einer Partei behauptete Sachverhalt unwidersprochen bleibt, 224 folgt aus der Bindung des Gerichts an die Parteivorbringen, bzw. aus der sog. Sperrwirkung des Verhandlungsgrundsatzes<sup>690</sup>, dass das Gericht diese unstrittigen Tatsachen ohne weitere Prüfung als wahr dem Urteil zu Grunde zu legen hat.<sup>691</sup> Der gegnerischen Partei obliegt es damit, den Tatsachenvorträgen der behauptungsbelasteten Partei mit ihren eigenen Tatsachendarstellungen zu widersprechen; diese Last beschreibt man als **Bestreitungslast**<sup>692</sup>, auf Französisch *fardeau de la contestation* und im Italienischen *onere di contestazione*.

### I. Wirkungen

Nachfolgend sollen die Wirkungen, die einerseits ein unterlassenes Bestreiten 225 und andererseits ein genügendes Bestreiten haben, und der Zeitpunkt, in welchem sich diese Wirkungen entfalten, näher betrachtet werden.

#### 1. «Alles was nicht bestritten ist, gilt als zugestanden»

Wenn aus dem Verhandlungsgrundsatz folgt, dass das Gericht unstrittige Tat- 226 sachen ohne weitere Prüfung dem Urteil zu Grunde zu legen hat, entfaltet ein **blosses Nichtbestreiten** folglich die gleiche Wirkung wie ein gerichtliche Zugeständnis<sup>693</sup>, mit welchem eine Prozesspartei vor Gericht ausdrücklich oder konkludent<sup>694</sup> prozessual verbindlich zu verstehen gibt, mit den Behauptungen zur

<sup>690</sup> Siehe dazu oben N 17.

<sup>691</sup> Nur streitige Tatsachen sind Gegenstand des Beweises, siehe dazu Art. 150 ZPO «Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen».

<sup>692</sup> In der deutschen Literatur und Rechtsprechung Erklärungslast genannt, siehe § 138 D-ZPO und statt vieler Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 24 ff.

<sup>693</sup> Auch Geständnis oder Zugabe; seltener wird auch ungenau der Begriff der Anerkennung verwendet. Eine Anerkennung (im Sinne einer Klageanerkennung; im deutschen Recht auch Anerkenntnis) bezieht sich jedoch auf eine Rechtsfolge, wie sie bspw. im Rechtsbegehren verlangt wird, und ist strikte vom Zugeständnis, das sich ausschliesslich auf Tatsachen bezieht, zu unterscheiden (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 8, und SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 772; für das deutsche Recht Prütting/Gehrlein-LAUMEN § 288 N 2; Stein/Jonas-LEIPOLD § 288 N 9). Vom gerichtlichen Zugeständnis zu unterscheiden ist ebenfalls das aussergerichtliche Zugeständnis, das wie jede andere Tatsache in den Prozess eingeführt werden muss (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 8).

<sup>694</sup> Vom Schweigen als blosses *Nichtbestreiten* ist damit insbesondere das **konkludente Zugeständnis**, bzw. die **konkludente Bestreitung** zu unterscheiden, welche der ausdrücklichen Parteierklärung in allem ausser der Form, wie sie erfolgt ist, gleich zu setzen ist. Entsprechend der rechtsgeschäftlichen Lehre über die Willenserklärungen sind auch Par-



Sachdarstellung der Gegenpartei einverstanden zu sein.<sup>695</sup> In einigen kantonalen Zivilprozessordnungen fanden sich denn auch ausdrückliche Bestimmungen, die diese **Zugeständniswirkung** des blossen Nichtbestreitens betonten.<sup>696</sup> Den Kantonen war es aufgrund der früheren kantonalen Gesetzgebungskompetenz im Prozessrecht damals jedoch unbenommen, auch den umgekehrten Fall zu regeln, sodass alles, was nicht zugestanden wurde, als bestritten zu gelten hatte.<sup>697</sup> Dies führte zu einem «automatischen» Bestreiten und erleichterte damit die Bürde der Bestreitungslast in erheblichem Umfang.

227 Während auch der Vorentwurf der Expertenkommission noch eine ähnliche Bestimmung vorsah,<sup>698</sup> modifizierte der Entwurf des Bundesrates diese wohl auch aufgrund der Kritik im Vernehmlassungsverfahren<sup>699</sup> und in der Lehre<sup>700</sup> dahingehend, dass über die Streitigkeit einer unbestrittenen Tatsache das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Parteien und ihres Verhaltens zu beurteilen habe.<sup>701</sup> Der Ständerrat strich in seiner ersten Lesung zur ZPO auf Antrag der rechtspolitischen Kommission diesen Absatz jedoch ersatzlos, mit dem Argument, die Bestimmung sei unnötig und die Regelung der freien Beweiswürdigung in der ZPO ausreichend.<sup>702</sup> Der Bundesrat unterstützte den Antrag mit der Meinung, dass dieser Artikel Art. 219 Abs. 2 E-ZPO (dem heutigen Art. 222 Abs. 2 ZPO) widerspreche,<sup>703</sup> worauf die Bestimmung von beiden Räten gutgeheissen wurde.

228 Die Beweiserhebung von Amtes wegen in Art. 145 Abs. 3 VE-ZPO, die ebenfalls einen entscheidenden Einfluss auf die Bestreitungslast ausübt,<sup>704</sup> wurde in der bundesrätlichen Entwurf Art. 150 Abs. 2 ZPO nur leicht modifiziert und an-

---

teierklärungen nach deren erkennbaren Sinn auszulegen, wobei alle Umstände zu berücksichtigen sind, unter welchen eine Erklärung abgegeben wurde (GULDENER, S. 262). Die Annahme einer konkludenten Bestreitung, resp. eines konkludenten Zugeständnisses ist im Ermessen des Gerichts (siehe dazu SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 769); die Sperrwirkung steht dieser nicht entgegen.

<sup>695</sup> GULDENER, S. 160 und S. 320.

<sup>696</sup> Bspw. ZPO-TG § 180 Abs. 2 «Alles was nicht bestritten ist, gilt als zugestanden», ebenso ZPO-SH Art. 176 «Eine behauptete Tatsache, die weder ausdrücklich noch sinngemäss bestritten wurde, gilt als anerkannt»; ZPO-BE Art. 215 «Als zugestanden gilt auch in der Regel, was von der Gegenpartei nicht ausdrücklich bestritten ist».

<sup>697</sup> Bspw. ZPO-GR Art. 156 Abs. 1 Satz 2 «Was nicht zugestanden wird, gilt als bestritten».

<sup>698</sup> VE-ZPO Art. 145 Abs. 2; BERICHT VE ZPO S. 75

<sup>699</sup> VERNEHMLASSUNGEN VE ZPO, S. 394 ff.

<sup>700</sup> Vgl. bspw. nur BUNDI/SONDEREGGER, S. 408 ff.

<sup>701</sup> Siehe dazu E-ZPO Art. 148 Abs. 2 und BOTSCHAFT, S. 7311; dies entsprach der Lösung wie sie bspw. der Kanton Aargau in ZPO-AG § 199 Abs. 1 kannte.

<sup>702</sup> Votum BONHÔTE, AB 2007 514.

<sup>703</sup> Votum BLOCHER, AB 2007 514. Siehe dazu bereits oben FN 217.

<sup>704</sup> Dazu sogleich unten N 295 ff.

schliessend von beiden Räten diskussionslos gutgeheissen. Damit gilt, mit Ausnahme der Beweisführung von Amtes wegen, was die Sperrwirkung des Verhandlungsgrundsatzes vorschreibt und bereits der Regelung in den meisten Kantonen entsprach: **Alles was nicht bestritten ist, gilt als zugestanden.**<sup>705</sup>

Auf der anderen Seite ist der Bestreitungslast genügt, «wenn die Bestreitung bei Unterstellung ihrer Richtigkeit das gegnerische Begehren als unbegründet erscheinen liesse und zu dessen Abweisung führen würde».<sup>706</sup> Damit bewirkt eine sog. beachtliche<sup>707</sup> oder **erhebliche**<sup>708</sup> **Bestreitung**, dass die Tatsachenvorbringen der behauptungs- und beweisbelasteten Partei unschlüssig erscheinen,<sup>709</sup> womit diese wiederum gezwungen ist, ihre Behauptungen näher zu substantiieren, damit über diese Beweis abgenommen werden kann.<sup>710</sup> Eine erhebliche Bestreitung führt mithin dazu, dass eine Tatsachenbehauptung – vorbehaltlich ihrer späteren Substantiierung – als streitig im Sinne von Art. 150 Abs. 1 ZPO anzusehen ist.<sup>711</sup>

## 2. Zeitpunkt der Zugeständniswirkung

In der Folge zu beantworten bleibt die Frage, welches der **Zeitpunkt der Zugeständniswirkung** ist, d.h. ob die Zugeständniswirkung unmittelbar oder erst in jenem Zeitpunkt eintritt, der vom Eventualgrundsatz bezeichnet wird. Das Problem liegt darin, dass wenn man vom Bestreitungsbelasteten nicht erwarten kann, dass er Behauptungen, die er nicht gelten lassen will, unmittelbar zu bestreiten hat, das Risiko besteht, dass **aus taktischen Überlegungen mit dem Bestreiten von Tatsachenbehauptungen bis zur letzten Möglichkeit zugewartet** wird. Der Behauptungsbelastete wiederum, der in der Klagschrift eine Tatsache vorgetragen hat, die in der Klageantwort nicht bestritten wurde, sieht

<sup>705</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 150 N 17, BSK-GUYAN ZPO 150 N 4, KuKo-SCHMID ZPO 150 N 4; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 771; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.15 und 9.3; wohl auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 42 N 13 und OF-RÜEDI ZPO 150 N 10.

<sup>706</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 173; ihm folgend BK-HURNI ZPO 55 N 38.

<sup>707</sup> HABSCHIED, S. 166 N 452 (zitiert nach BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, FN 877).

<sup>708</sup> JAUERNIG, S. 71.

<sup>709</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 26; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 149.

<sup>710</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 26; HUGUENIN-DUMITTAN S. 19, BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 173 f. Zur Substantiierungslast so gleich unten N 300 ff.

<sup>711</sup> Siehe dazu Art. 150 ZPO: «Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, *streitige* Tatsachen.»

dementsprechend keinen Handlungsbedarf diese Tatsachenbehauptungen zu substantiieren, da er davon ausgeht, dass über unbestrittene Tatsachen kein Beweis abgenommen werden müsse.

231 Wenn nun der Bestreitungsbelastete doch noch im letzten Moment in seiner Duplik Bestreitungen vorbringt, muss daher, damit der Behauptungsbelastete seine Tatsachenbehauptungen im Hinblick auf das Beweisverfahren genügend substantiieren kann, eine Triplik und darauf noch einmal eine Quadruplik angeordnet werden. Denn würde man dem Behauptungsbelasteten diese Möglichkeit nicht gewähren und die unsubstantiierte Tatsachenbehauptung für unbeachtlich erklären, würde dies bedeuten, dass der Behauptungsbelastete diesem Nachteil nur entgehen kann, wenn er sich bereits mit der ersten Rechtsschrift seiner Behauptungs- *und* seiner Substantiierungslast entledigt. Vom Kläger zu verlangen, dass er sämtliche Tatsachenbehauptungen bereits in seiner ersten Rechtsschrift bis in alle Einzelheiten substantiiert vorzutragen hat, würde indes an eine Rechtsverweigerung grenzen und zu ausufernden Rechtschriften führen.

232 Beide dargestellten Lösungen führen somit dazu, dass das Verfahren im Behauptungsstadium weder eine Konzentration noch eine Struktur erfährt. Entweder wird das Gericht regelmässig Tripliken und Quadrupliken anordnen müssen oder aber der Behauptungsbelastete sieht sich gezwungen, dass er spätestens in seiner Replik unabhängig von einer Bestreitung sämtliche Tatsachenbehauptungen in Einzeltatsachen aufgliedert, d.h. substantiiert behauptet, da er sich nicht darauf verlassen kann, dass er nur diejenigen Tatsachenbehauptungen zu substantiieren hat, die bis dahin bestritten wurden.

233 Eine andere Lösung hingegen bestünde darin, das Behauptungsstadium dadurch zu strukturieren, indem man vom Bestreitungsbelasteten erwartet, dass er seine Bestreitungen unmittelbar, d.h. in der nächsten Rechtsschrift oder dem nächsten Parteivortrag, vorbringt. Bereits vor Erlass der entsprechenden Bestimmung in Art. 52 ZPO war GULDENER der Ansicht, dass entsprechend Treu und Glauben das Verbot, ein begründetes Vertrauen zu enttäuschen, welches eine Partei durch sein Verhalten erweckt hat, auch für den Zivilprozess gelten solle.<sup>712</sup> Für die Situation des verzögerten Bestreiten würde dies bedeuten, dass wenn eine Partei eine Bestreitung in der folgenden Rechtsschrift oder im folgenden Parteivortrag unterlässt, die andere Partei in ihrem Vertrauen darauf, dass eine Tatsache damit nicht bestritten und somit zugestanden wurde, zu schützen wäre.

234 Ein so verstandenes **Erfordernis vom unverzüglichen Bestreiten** liesse sich zudem systematisch und teleologisch auch aus der Bestreitungslast auslegen: Denn das Zusammenspiel von Behaupten-Bestreiten-Substantiieren baut

---

<sup>712</sup> GULDENER, Treu und Glauben, S. 395.

gerade darauf auf, dass in dialektischen Schritten der Sachverhalt kontradiktorisch ermittelt wird. Durch das verzögerte Bestreiten wird nun jedoch der Behauptungsbelastete in die schwierige Lage versetzt, dass er nicht weiss, welche Tatsachenbehauptungen er im Hinblick auf das Beweisverfahren zu substantiieren hat. Im Ergebnis liegt damit zwar keine Beweisvereitelung vor, doch zielt es gleichermassen darauf ab, den Behauptungsbelasteten – wenn nicht am Beweis, dann bereits zuvor – an der mangelnden Substantiierung scheitern zu lassen.

Bei offensichtlich mutwillig verzögertem Bestreiten ist überdies fraglich, ob darin nicht sogar ein Rechtsmissbrauch, wie es Art. 52 ZPO ebenfalls verbietet, erblickt werden kann.<sup>713</sup> Begründet werden könnte dies damit, dass im vorläufigen Nichtbestreiten einer Tatsachenbehauptung, nur damit letztlich im spätest möglichen Zeitpunkt dennoch bestritten werden soll, ein widersprüchliches Handeln<sup>714</sup>, eine Prozessverschleppung oder ein sog. Institutsmissbrauch vorliegen könnte.<sup>715</sup> 235

Nach der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestehen indessen im Zivilprozessrecht für das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln eigene Sanktionen, welche einen Rückgriff auf Art. 2 ZGB (heute wohl Art. 52 ZPO) entbehrlich machen.<sup>716</sup> Mit anderen Worten ist aufgrund der Präklusion des Eventualgrundsatzes davon auszugehen, dass der vom Eventualgrundsatz bestimmte Zeitpunkt bereits abschliessend festlegt, bis zu welchem Zeitpunkt Bestreitungen vorzubringen sind und mit der Präklusivwirkung auch bereits abschliessend eine derartige Verspätung sanktioniert. Nach dieser Ansicht besteht damit im Bereich des Prozessrechts generell wenig Raum, infolge Rechtsmissbrauchs von klaren Verfahrensvorschriften abzuweichen.<sup>717</sup> 236

Auf der anderen Seite lässt sich jedoch nach der hier vertretenen Ansicht zwischen den Fällen der verspäteten Vorbringen und denjenigen der verzögerten Vorbringen differenzieren. Wie bereits bei der Behauptungslast gezeigt wurde, soll sich der Kläger mit seinen ersten Vorbringen zumindest der Behauptungslast entledigen, ansonsten eine unschlüssig Klage vorliegt. Denn wenn die Tatsachenvorbringen der behauptungs- und beweisbelasteten Partei unschlüssig sind,<sup>718</sup> kann eine Klageabweisung erfolgen, ohne dass es einer Bestreitung 237

<sup>713</sup> Ähnlich bereits KLINGLER, N 620 mit Hinweis auf GULDENER, Treu und Glauben, S. 393.

<sup>714</sup> *Venire contra factum proprium*. Siehe dazu statt vieler BK-HURNI ZPO 52 N 59 ff; BMcK-SCHENKER ZPO 52 N 12.

<sup>715</sup> Siehe zu den einzelnen Fallgruppen rechtsmissbräuchlicher Prozesshandlungen bspw. BK-HURNI ZPO 52 N 46 ff.

<sup>716</sup> BGE 123 III 220, 229; KLINGLER, N 621.

<sup>717</sup> BGE 123 III 220, 229; KLINGLER, N 621.

<sup>718</sup> Bspw. weil eine Tatsachenbehauptung überhaupt fehlt oder aber auch weil sie «offenkundig unwahr», bzw. «offensichtlich unrichtig» ist (BGE 74 II 202, 206; GULDENER, S. 160

bedürfte; eine Nichtausübung der Bestreitung ist in diesen Fällen demnach «unschädlich».<sup>719</sup> Der Kläger soll demnach auch nicht, wie es der Eventualgrundsatz erlauben würde, bis zum letzten Moment mit seinen Tatsachenbehauptungen zuwarten. Aus den gleichen Gründen soll denn auch eine Sanktionierung von verzögertem Bestreiten nicht dem Eventualgrundsatz widersprechen. Denn dieser bewirkt zwar, dass die einzelnen Prozessabschnitte des Behauptungs- und Beweisstadiums voneinander abgegrenzt werden, enthält jedoch zur Strukturierung des Behauptungsstadiums selbst keine Regelung. Die Präklusivwirkung des Eventualgrundsatzes knüpft demzufolge an das verspätete Bestreiten an, und nicht an das verzögerte Bestreiten.

238 Nach der hier vertretenen Ansicht sollte daher, wenn man die Sachverhaltsermittlung im Behauptungsstadiums des Prozesses dadurch strukturieren will, indem man durch die Anforderungen an die einzelnen Lasten eine zeitliche, dialektische Abfolge anstrebt, das verzögerte Bestreiten konsequent sanktioniert werden. Das Bundesgericht ist denn auch der Ansicht, dass insbesondere bei Vorbringen, welche zu einem sehr späten Zeitpunkt erfolgen, dieser Umstand bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden kann.<sup>720</sup> Darüber hinaus wäre nach der hier vertretenen Ansicht jedoch aus den vorgenannten Erwägungen zu fordern, dass bei offensichtlich mutwilligen Verzögerungen durchaus schwerwiegendere Sanktionen, wie etwa einer Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung oder – allerdings als *ultima ratio* – das Versagen des Rechtsschutzes, zulässig sein sollten.

## II. Gegenstand der Bestreitungslast

239 Gegenstand der Bestreitungslast bilden in erster Linie die Bestreitungen und die Behauptungen, auf die sie sich beziehen. Darüber hinaus ist zu untersuchen, inwiefern die anderen sog. Verteidigungsmittel der Einreden und Einwendungen im Verhältnis zur Bestreitungslast stehen und inwiefern diese Vorbringen von der gerichtlichen Fragepflicht erfasst werden.

### 1. Ausdrückliche und konkludente Bestreitungen

240 Die Bestreitung, welche selbst eine Tatsachenbehauptung – eine sog. Gegenbehauptung – enthalten kann, ist eine zur Verteidigung vorgebrachte Erklärung, die sich auf die vom Behauptungsbelasteten zur Stützung seines Rechtsbegeh-

---

FN 4 i.f.; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 19 m.w.H.). Siehe zur Schlüssigkeit von Behauptungen bereits oben N 170 ff.

<sup>719</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 174.

<sup>720</sup> BGE 123 III 220, 229; zustimmend KLINGLER, N 621. Siehe dazu auch Art. 108 ZPO, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht.

rens vorgetragen Tatsachenbehauptungen bezieht.<sup>721</sup> Eine Bestreitung kann sich in der blossen Verneinung der gegnerischen Tatsachenbehauptung erschöpfen<sup>722</sup> oder als eigene Sachverhaltsdarstellung mit eigenen Tatsachenbehauptungen, welche den gegnerischen Tatsachenvortrag widersprechen, vorgetragen werden.<sup>723</sup> Diese der Bestreitung dienenden Tatsachenbehauptungen eröffnen dem Bestreitungsbelasteten die Möglichkeit zum sog. Gegenbeweis, d.h. der Bestreitungsbelastete kann für seine eigenen Tatsachenbehauptungen durch entsprechende Beweismittel den Gegenbeweis antreten und damit ggf. den Hauptbeweis über die Tatsachenbehauptungen des Behauptungsbelasteten widerlegen.<sup>724</sup>

Ebenfalls zulässig sind **konkludente**<sup>725</sup> **Bestreitungen**, wenn sich nach «objektiver Auslegung» des Parteivorbringens «nach den allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben» ergibt,<sup>726</sup> dass eine Tatsache bestritten wurde.<sup>727</sup> Der Schluss auf eine konkludente Bestreitung sollte aber nur erfolgen, wenn hinreichend gesicherte Anhaltspunkte eindeutig dafür sprechen. Denn was bereits allgemein für Bestreitungen gilt, so gilt auch hier, dass eine konkludente Bestreitung unwirksam ist, wenn sie dem Gericht Rätsel aufgibt, bzw. mehrere Deutungen möglich sind.<sup>728</sup> Nicht einzusehen ist hingegen, weshalb nach einer gegenteiligen Ansicht konkludente Bestreitungen grundsätzlich unwirksam sein sollten.<sup>729</sup> Bestreitungen, insbesondere wenn sie Tatsachenbe-

<sup>721</sup> Vgl. dazu STEIN/JONAS-LEIPOLD § 138 N 34 ff.; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 21.

<sup>722</sup> Im obengenannten Beispiel von N 143, wo Sachverhaltsmerkmal der Aufenthaltsort einer Person bildet, etwa «Die Beklagte bestreitet, am 12. April an der Besprechung in Bern zugegen gewesen zu sein.»

<sup>723</sup> Bspw. «Die Beklagte bestreitet, am 12. April an der Besprechung in Bern zugegen gewesen zu sein, da sie sich zu diesem Zeitpunkt einer Operation am Hüftgelenk im Universitätsspital in Basel unterzog.»

<sup>724</sup> Siehe auch ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 24; BK-KILLIAS ZPO 222 N 25.

<sup>725</sup> Siehe dazu bereits vorne N 59 und oben FN 694.

<sup>726</sup> Siehe dazu bereits FN 97; BGE 105 II 149, 152; BGer. 4A\_709/2011 Erw. 1.5.2: «Prozesserklärungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.»

<sup>727</sup> Ähnlich ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 21 und ihm folgend FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 31, die jedoch beide von «impliziten» Bestreitungen sprechen. Siehe dazu bereits vorne N 59.

<sup>728</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 178 m.w.H.

<sup>729</sup> So aber LIENHARD, N 159, welcher aufgrund der Streichung von Art. 148 Abs. 2 E ZPO durch die eidgenössischen Räte davon ausgehen will, dass damit generell «stillschweigenden» Bestreitungen eine Absage erteilt wurde. Aus den Wortmeldungen der beratenden Kammer ergibt sich zwar, dass BLOCHER etwas salopp den Antrag der Kommission kommentierte: «Zum Streichungsantrag betreffend Artikel 148 Absatz 2: Es ist tatsächlich so, dass Absatz 2 eine unverständliche Norm ist und einen Widerspruch zu Artikel 219 Absatz 2 bedeutet. Darum ist der Streichungsantrag richtig.» Wichtiger sind je-

hauptungen enthalten, sind gleichermaßen Parteierklärungen und der Auslegung durch das Gericht zugänglich.<sup>730</sup> Konkludente Bestreitungen grundsätzlich nicht zulassen zu wollen, würde dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und der Auslegung von Parteierklärungen durch das Gericht widersprechen.

## 2. Einreden und Einwendungen des Bestreitungsbelasteten

- 242 In einem Prozess hat der Beklagte grundsätzlich zwei verschiedene Möglichkeiten, sich zu verteidigen. Einerseits kann der Beklagte mit den soeben dargestellten Bestreitungen den Behauptungen des Klägers, mit welchen dieser seine Klage begründet, widersprechen, d.h. er kann das Vorliegen der klagebegründenden Tatsachen, den sog. Klagegrund, leugnen.<sup>731</sup> Darüber hinaus kann der Beklagte aber auch sog. rechtsvernichtende und rechtshindernde Tatsachen anführen, welche selbst eine Voraussetzung einer gesetzlichen Bestimmung bilden, und die der klagebegründenden Bestimmung, auf welche sich die Klage abstützt, entgegenstehen.<sup>732</sup> Diese vom Beklagten vorgebrachten Verteidigungs-

---

doch die von BONHÔTE gemachten Ausführungen für die beratende Kommission: «La commission vous propose ici de biffer l'alinéa 2. Celui-ci représente une synthèse des dispositions cantonales. Sa nécessité est discutable. La libre appréciation des preuves par le tribunal, énoncée à l'article 154, suffit, de l'avis de la commission.» Daraus geht klar hervor, dass die Kommission der Ansicht war, dass die Notwendigkeit von Art. 148 Abs. 2 E-ZPO diskutabel war und man insbesondere der Ansicht war, dass die Regelung der freien Beweiswürdigung diese Norm überflüssig mache (siehe zur Kritik an BLOCHERS Wortmeldung bereits auch oben FN 217). Zuletzt bleibt zu erwähnen, dass die stillschweigenden Willenserklärungen nur einen Unterfall der konkludenten Willenserklärungen darstellen, weshalb besser von konkludenten Bestreitungen gesprochen werden sollte (siehe dazu BK-KRAMER OR 1 N 9).

<sup>730</sup> Siehe dazu bereits oben FN 694 und BGer. 4D\_123/2008, wo es um die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über CHF 20'000.00 für ein durch den Verkäufer demontiertes und geliefertes historisches Holzhauses ging. Nachdem sich der Käufer zufolge Unbrauchbarkeit des Kaufgegenstands weigerte, diesen anzunehmen und vom Vertrag zurücktrat, verlangte er mit Klage die geleistete Kaufpreiszahlung über CHF 20'000.00 zurück. Der Käufer behauptete, dass der Verkäufer den Kaufgegenstand einem Dritten weiterverkauft habe und deshalb seine Offerte zur Vertragsaufhebung angenommen habe, weshalb ihm der Kaufpreis zurückzuerstatten sei. Vor Bundesgericht war streitig, ob der Verkäufer die Behauptung des Käufers, er habe den Kaufgegenstand weiterveräußert, rechtsgenüßlich bestritten hatte. Der Verkäufer hatte nämlich bloss behauptet, dass ihm durch die zusätzlichen Transport- und Entsorgungskosten ein Schaden entstanden sei. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Behauptung, durch die Kosten der Entsorgung sei ein Schaden entstanden, einen Weiterverkauf an einen Dritten logisch ausschliesst, weshalb die Auffassung der ungenüßenden Bestreitung durch die Vorinstanz haltlos sei.

<sup>731</sup> SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 220.

<sup>732</sup> Siehe dazu bereits oben N 157 f.; ähnlich SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 220.

mittel der **Einreden und Einwendungen** lassen sich damit von den vorgenannten ausdrücklichen und konkludenten Bestreitungen unterscheiden.

a) *Rechtsnatur*

Wie bereits anlässlich der Verteilung der Behauptungslast gezeigt wurde, sind 243 Einreden und Einwendungen **eigenständige Behauptungen** in dem Sinne, dass der Beklagte grundsätzlich selbst für deren tatbestandlichen Voraussetzungen die Beweislast trägt.<sup>733</sup> Deshalb ist ein Beklagter, der seine Verteidigung über ein blosses Bestreiten hinaus auf Einwendungen und Einreden abstützen will, für diese Tatsachenbehauptungen behauptungs- und beweisbelastet, währenddessen der Kläger in Bezug auf diese Verteidigungsmittel Bestreitungsbelasteter ist.<sup>734</sup> Die Einreden und Einwendungen werden damit aus der Sicht des Beklagten insgesamt nicht von seiner Bestreitungslast, sondern von seiner Behauptungslast erfasst.

Bringt bspw. der Beklagte die Einrede der Verjährung oder die Einwendung 244 des Untergangs der Forderung durch Erfüllung oder durch Ausübung auflösender Gestaltungsrechte<sup>735</sup> (wie bspw. Kündigung) zur eigenen Verteidigung vor, oder wendet er ein, dass der gegnerische Rechtsanspruch verwirkt ist, hat er demnach die rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Sachumstände zu behaupten und zu beweisen. Überdies ist zu beachten, dass im Gegensatz zu den Einwendungen, welche vom Gericht zu berücksichtigen sind, sobald die tatbestandlichen Voraussetzungen der anwendbaren Norm vorliegen,<sup>736</sup> die Einreden nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden, d.h. ihre Wirkungen nicht *ipso iure* entfalten.<sup>737</sup> Deshalb muss eine Partei ihre Einrede ausdrücklich, d.h. zusätzlich zur Behauptung und dem Beweis der zugrundeliegenden Tatsachen, erheben.<sup>738</sup> Die Partei muss damit in ihrer Einrederhebung zum Ausdruck bringen, dass sie die Rechtswirkungen der Einrede wünscht, indem sie sich ausdrücklich auf die Rechtsfolge der betreffenden Norm beruft.<sup>739</sup>

<sup>733</sup> Dazu bereits oben N 157 f. ZK-LEUENBERGER ZPO 222, N 23; SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 103.

<sup>734</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 173 und FN 879.

<sup>735</sup> Vgl. dazu auch SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 222 und 224, welcher die Gestaltungsrechte von den übrigen Einreden trennt.

<sup>736</sup> SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 160.

<sup>737</sup> SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 163; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 222.

<sup>738</sup> SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 173; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 222.

<sup>739</sup> SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 222.



245 Für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR gilt hingegen ganz ausnahmsweise, dass ein Beklagter diese bloss erheben und die zugrundeliegenden Tatsachen behaupten muss.<sup>740</sup> Im Weiteren obliegt es in diesen Fällen wiederum dem Kläger, die Erfüllung einer geschuldeten Sache als Voraussetzung seines Anspruches auf die Gegenleistung zu beweisen.<sup>741</sup> Bspw. wenn ein Verkäufer vom Käufer einer Sache den Kaufpreis einklagt und dieser, die Einrede erhebt, er habe den Kaufgegenstand nie geliefert erhalten: In diesem Fall muss der Verkäufer beweisen, dass er seinerseits die Sache geliefert hat. Diese Beweiserleichterung ist aus dem einfachen Grund vorgesehen, da dem Beklagten der Beweis der unbestimmten negativen Tatsache,<sup>742</sup> namentlich dass der Kläger seine Leistung nicht erbracht hat, d.h. in diesem Beispiel, dass der Verkäufer eine Sache *nicht* geliefert hat, unmöglich und deshalb dem Käufer nicht zuzumuten ist.

*b) Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht*

246 Bereits unter Geltung der kantonalen Prozessordnungen war umstritten, ob das Gericht im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht Hinweise auf die Erhebung von Einwendungen und Einreden geben durfte.<sup>743</sup> Auch mit dem Erlass der Schweizerischen Zivilprozessordnung ändert sich nichts an dieser Situation, da die eidgenössischen ZPO diese Frage nicht klärt.<sup>744</sup> Unumstritten erscheint einzig, dass das Gericht auf Einwendungen und Einreden, welche auch nicht andeutungsweise behauptet wurden, die gerichtliche Fragepflicht nicht zur Anwendung bringen soll, wie dies bereits auch allgemein für Behauptungen gilt.<sup>745</sup> Dagegen ist fraglich, ob das Gericht bei andeutungsweise vorhandenen

---

<sup>740</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 287 und N 544.

<sup>741</sup> BGE 123 III 16, 19 f.: «Nach herrschender Lehre [...] und Rechtsprechung [...] gibt diese Bestimmung dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbieten der Gegenleistung zurückhalten darf. [...] Erhebt der Schuldner dagegen die Einrede, zwingt er den Gläubiger zur Beweisführung über die Erfüllung oder das gehörige Angebot der Gegenleistung.»; BK-WALTER ZGB 8 N 287 und N 544.

<sup>742</sup> Siehe zur Einteilung der negativen Tatsachen bereits oben N 143 ff.

<sup>743</sup> ZK-HAUCK ZPO 247 N 18 m.w.H.; siehe dazu insbesondere SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 219 ff. sowie SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 181 ff.

<sup>744</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 91 f.; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 43; ZK-HAUCK ZPO 247 N 18.

<sup>745</sup> Siehe zur Voraussetzung des Vorliegens eines rudimentären Parteivorbringens bereits oben N 27 und FN 94. Statt vieler ZK-HAUCK, 247 N 18; SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 227; MORDASINI, N 275.

Einredetatsachen auf die Möglichkeit der Einredenerhebung hinweisen soll, falls die ausdrückliche Geltendmachung der Einrede unterlassen wurde.<sup>746</sup>

Aufgrund der in der Praxis teilweise schwierig durchzuführenden Unterscheidung zwischen Einreden und Einwendungen, vertritt insbesondere SARBACH die Ansicht, dass es gerechtfertigt sei, die gerichtliche Fragepflicht ebenso bei Einreden, wie bereits bei Einwendungen, welche von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, einsetzen zu lassen.<sup>747</sup> Überdies würden an die Geltendmachung von Einreden ohnehin nur niedrige Anforderungen gestellt, weshalb die Behauptung einer andeutungsweise erfolgten Einredenerhebung, welche die gerichtliche Fragepflicht auslöst, und die Behauptung von der Einrede zugrunde liegenden Tatsachen, den Einredetatsachen, im Prozess nicht unterschiedlich behandelt werden sollten.<sup>748</sup> Auf der anderen Seite hingegen wird argumentiert, dass sich das Gericht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen könne, wenn eine Partei durch die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht auf die Möglichkeit der Einredenerhebung hingewiesen wird.<sup>749</sup> Denn dadurch, dass das Gericht durch eine Frage oder einen Hinweis eine Partei auf ein zusätzliches Verteidigungsmittel aufmerksam macht, verletzt das Gericht seine Pflicht zur Neutralität und Unparteilichkeit.<sup>750</sup>

Richtigerweise lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht die eingangs gestellte Frage nicht generell beantworten, sondern es muss auch an dieser Stelle wieder differenziert werden, ob eine Partei anwaltlich vertreten ist und ob es sich um die allgemeine Fragepflicht des ordentlichen Verfahrens oder um die verstärkte gerichtliche Fragepflicht im Rahmen des vereinfachten Verfahrens handelt.<sup>751</sup>

Demnach kann aufgrund der allgemein erhöhten Anforderungen, die aufgrund des objektiven Sorgfaltsmassstabes an eine **anwaltliche Vertretung** gestellt werden, nach der hier vertretenen Ansicht von Anwälten allgemein erwartet werden, dass sie aufgrund ihrer Rechtskenntnisse in der Lage sind, Einreden

<sup>746</sup> So etwa SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 228; zustimmend MORDASINI, N 275; ablehnend SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 43; DIKE-GLASL ZPO 56 N 22; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 22; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 91 f.; SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 181 ff. Vgl. zur Diskussion in Deutschland statt vieler LIU, S. 308 ff.

<sup>747</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 228; zustimmend MORDASINI, N 274 f.; a.A. SCHALLER, Einwendungen und Einreden, N 181.

<sup>748</sup> SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 228; zustimmend MORDASINI, N 274 f.

<sup>749</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 91 f.; SCHALLER, Jusletter, N 35.

<sup>750</sup> ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 43; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 22; SCHALLER, Jusletter, N 35; ZK-HAUCK ZPO 247 N 18, jedoch nur für Einwendungen und Einreden, für die sich im Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte ergeben.

<sup>751</sup> Ähnlich ZK-HAUCK ZPO 247 N 18.

und Einwendungen aus dem von ihnen geschilderten Sachverhalt zu erkennen und diese rechtsgenügend vorzubringen. Eine gerichtliche Fragepflicht bezgl. der Möglichkeit, Einreden und Einwendungen zu erheben, ist aus diesem Grund nach der hier vertretenen Ansicht bei anwaltlich vertretenen Parteien gleichgültig, ob im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz, ausgeschlossen.<sup>752</sup>

249 Demgegenüber ist fraglich, ob nicht **bei Laien** aufgrund ihrer mangelnden Rechtskenntnisse auf die Möglichkeit der Erhebung einer Einrede hinzuweisen ist, zumindest dann, wenn die einredebegründenden Tatsachen ohnehin vorliegen. Im Rahmen der allgemeinen Fragepflicht des ordentlichen Verfahrens ist jedoch nach der hier vertretenen Ansicht nicht auf diese Möglichkeit hinzuweisen. Denn das ordentliche Verfahren ist entsprechend der Konzeption des Gesetzgebers ein anspruchsvolles Verfahren, bei dem die Parteien grundsätzlich anwaltlich vertreten sind.<sup>753</sup> Das Gericht soll sich hier deshalb darauf beschränken, die Parteien darauf hinzuweisen, dass die Beiziehung einer anwaltlichen Vertretung angezeigt ist.<sup>754</sup> Das ordentliche Verfahren ist dementsprechend kein «bürgernahes und laienfreundliches Verfahren»<sup>755</sup>, in dem aus sozialpolitischen Erwägungen die persönliche Prozessführung ohne Beizug von Anwälten ermöglicht werden sollte, wie es für das vereinfachte Verfahren vorgesehen ist.

250 Hingegen soll nach der hier vertretenen Ansicht im Rahmen der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht im vereinfachten Verfahren bei Laien das Gericht eine Partei zur Möglichkeit der Einrederhebung *befragen* dürfen.<sup>756</sup> Denn in der

---

<sup>752</sup> A.A. SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 230, wonach sich das Gericht «Anwälten gegenüber jedenfalls eine gewisse Zurückhaltung» auferlegen sollen; ähnlich ZK-HAUCK ZPO 247 N 18.

<sup>753</sup> BOTSCHAFT, S. 7245; siehe dazu bereits oben N 181.

<sup>754</sup> A.A. wohl SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 228, 231; ihm folgend MORDASINI, N 274 f.

<sup>755</sup> So die BOTSCHAFT, S. 7245, für das vereinfachte Verfahren.

<sup>756</sup> ZK-HAUCK ZPO 247 N 18; gl.A. MORDASINI N 343; FRANK/STRÄULI/MESSMER § 55 N 9; wohl auch SCHALLER, Jusletter, N 183. Siehe dazu insbesondere SCHALLER, Jusletter, N 35 mit Beispiel für eine «korrekte Fragetechnik»: Das Gericht soll demnach den beklagten Schuldner bspw. anlässlich einer mündlichen Verhandlung fragen, was er dem Anspruch des Klägers entgegen halten möchte. Wenn der Beklagte bspw. antworte, dass er die Forderung an sich nicht bestreite, es ihn jedoch wundere, dass der Kläger eine bereits seit über zehn Jahren fällige Forderung eingeklagt habe, so soll das Gericht nachhaken, weshalb den Beklagten diese lange Zeitdauer störe. Erwidert der Beklagte darauf, er hätte nicht mehr damit gerechnet, dass der Kläger nach Verstreichenlassen einer so langen Zeitspanne die Forderung geltend mache, vielmehr habe er die Schuld bereits «abgeschrieben», bzw. der Beklagte ist sich nicht sicher, ob nach einer solch langen Zeitspanne die Schuld noch bestehe, so soll das Gericht diese Vorbringen als sinngemässe Erhebung der Verjährungseinrede qualifizieren.

Nichterhebung der Einrede dürfte es sich wohl häufig aufgrund der mangelnden Rechtskenntnisse um eine Frage des (Nicht-)Wissens um die Einredemöglichkeit, bzw. um das Erfordernis, das die Einrede ausdrücklich geltend gemacht werden muss, handeln.<sup>757</sup> Voraussetzung hierzu ist, dass bereits vorgebrachten Tatsachenbehauptungen es nahelegen, dass eine Einrede geltend gemacht sein könnte und der Partei hinsichtlich ihrer Prozessführung nichts vorzuwerfen ist.<sup>758</sup> Das Gericht soll aber unter keinen Umständen eine Partei auf eine unterlassene Geltendmachung einer Einrede hinweisen.

### III. Umfang der Bestreitungslast

Bis vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung bestimmten die kantonalen Prozessordnungen, in welchem Umfang eine Bestreitung zu erfolgen hat.<sup>759</sup> Das Bundesgericht griff aufgrund des Vorranges des Bundesrechts<sup>760</sup> erst ein, wenn die kantonale gerichtliche Vorinstanz derart überhöhte Anforderungen an das Bestreiten stellte, dass eine eigentliche Umkehr der Beweislast bewirkt und damit Art. 8 ZGB verletzt wurde.<sup>761</sup> Diese aus Art. 8 ZGB abgeleitete Rechtsprechung sowie die Anforderungen an das Einsetzen der gerichtlichen Fragepflicht bilden damit die Grundlagen der bundesrechtlichen Anforderungen an den Umfang der Bestreitungslast.<sup>762</sup> 251

#### 1. Erheblichkeit der Bestreitungen

Bei den Anforderungen an den Detaillierungsgrad, bzw. an die Konkretisierung einer sog. erheblichen Bestreitung lässt sich, ähnlich wie bereits zuvor bei der Schlüssigkeit von erstmaligen Behauptungen,<sup>763</sup> wiederum zwischen der Vollständigkeit sämtlicher Bestreitungen einerseits und der inhaltlichen Konkretisierung der einzelnen Bestreitung andererseits unterscheiden. 252

<sup>757</sup> Ähnlich SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 230.

<sup>758</sup> Ähnlich MORDASINI, N 343.

<sup>759</sup> Statt vieler BGE 117 II 113, 113; BGer. 4A\_410/2011 Erw. 6.1; BK-HURNI ZPO 55 N 39; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 176.

<sup>760</sup> D.h. kantonale prozessrechtliche Bestimmungen dürfen der Verwirklichung von Bundesrecht weder entgegenstehen noch diese übermässig behindern. Siehe bereits FN 4 sowie N 175.

<sup>761</sup> BGE 117 II 113, 113; BGE 115 II 1, 2; BGE 105 II 143, 145 f.; BGer. 4A\_410/2011 Erw. 6.1; BK-WALTER ZGB 8 N 191; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 22; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1267 f; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 188.

<sup>762</sup> Gl.A. ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 27.

<sup>763</sup> Siehe dazu oben N 99 ff.

a) *Vollständigkeit der Bestreitungen*

253 Nachfolgend sollen deshalb zuerst die Anforderungen an die Vollständigkeit dargestellt werden, bevor der Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht im Hinblick auf eine mangelhafte Bestreitung untersucht wird.

(1) *Grundsätzliche Anforderungen an die Vollständigkeit*

254 Aus dem Umkehrschluss aus Art. 222 Abs. 2. ZPO, wonach der Beklagte darzulegen hat, welche Behauptungen des Klägers «im Einzelnen» anerkannt oder bestritten werden, folgt gemäss der herrschenden Lehre, dass sog. **pauschale Bestreitungen**<sup>764</sup> unzulässig sind.<sup>765</sup> In diesen Fällen soll das Gericht die behaupteten Tatsachen als unbestritten hinnehmen,<sup>766</sup> denn haltlose Bestreitungen fördern überflüssige Beweisaufnahmen, höhere Kosten und letztlich eine zeitliche Verzögerung des Prozesses.<sup>767</sup>

255 Damit ist grundsätzlich eine **detaillierte Bestreitung** erforderlich, anhand derer die behauptungsbelastete Partei wiederum zu erkennen vermag, welche ihrer einzelnen Behauptungen bestritten werden und von ihr in der Folge zu substantiieren und zu beweisen sind.<sup>768</sup> In den Worten des Bundesgerichts ist «eine Bestreitung so konkret zu halten, dass sich daraus bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden sollen».<sup>769</sup> Dabei muss nicht jede Tatsachenbehauptung von der bestreitungsbelasteten Partei in ihre Einzeltatsachen aufgliedert und diese wiederum einzeln bestritten wer-

---

<sup>764</sup> Damit sind insbesondere auch die in Rechtsschriften häufig bemühten **Generalbestreitungen**, wie bspw. «Alles was nicht ausdrücklich zugestanden ist, gilt als bestritten», gemeint; ZK-LEUENBERGER ZPO 55 N 20; BK-HURNI ZPO 55 N 41; BSK-FREI/WILLIS-EGGER ZPO 222 N 10; DIKE-GLASL ZPO 55 N 19; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 33 N 104; vgl. dazu auch die kontroversen Beiträge zur Situation vor Inkrafttreten der ZPO etwa bei BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 75 N 10, und FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 113 N 4a, sowie BGer. 4A\_197/2012, Erw. 4.5; BGer. 4P.81/2004, Erw. 1.3.

<sup>765</sup> **H.L.:** ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 20 mit Hinweis auf das gleichlautende Votum von INDERKUM (AB StR 2007, 528); ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 55 N 27; BK-HURNI ZPO 55 N 41; BK-KILLIAS ZPO 222 N 18.

<sup>766</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 41.

<sup>767</sup> BOTSCHAFT, S. 7311; JAUERING, S. 72.

<sup>768</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 41; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 178; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 25, 33. In der Literatur (bspw. bei ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 20, FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 29) wird häufig, wie bereits auch in der BOTSCHAFT (S. 7339), statt vom detaillierten Bestreiten vom substantiierten Bestreiten gesprochen. Eine synonyme Verwendung der beiden Begriffe erschwert hingegen nach der hier vertretenen Ansicht eine begriffliche Abgrenzung zum begründeten Bestreiten und der Substantiierungslast und birgt damit insbesondere die Gefahr von Verwechslungen, weshalb an dieser Stelle auf den Begriff des substantiierten Bestreitens insgesamt verzichtet werden soll. Siehe dazu auch unten N 304.

<sup>769</sup> BGer. 4A 390/2011 Erw. 3.1.1; BGer. 4A 225/2011 Erw. 2.2; BGer. 4C.68/2007 Erw. 5.2.

den.<sup>770</sup> Denn damit würde einerseits dem Behauptungsbelasteten die Arbeit des Substantiiierens abgenommen werden, und andererseits verfügt der Bestreitungsbelastete gar nicht über die Kenntnis dieser (noch fiktiven) Einzeltatsachen. Der Bestreitungsbelastete würde damit also ins Blaue hinaus Dinge bestreiten, die vom Behauptungsbelasteten möglicherweise gar nie behauptet würden.

Wenn eine Tatsachenbehauptungen hingegen vom Behauptungsbelasteten bereits in Einzeltatsachen aufgegliedert ist, bspw. wenn der Kläger genaue Angaben zu wann, wo und unter welchen Umständen ein Vertrag geschlossen wurde, macht, reicht es nicht aus, wenn der Vertrag einfach als Ganzes bestritten wird.<sup>771</sup> Wenn der Behauptungsbelastete demnach eine in einzelne Positionen detaillierte Bauabrechnung oder Schadensberechnung vorträgt, ist der Bestreitungsbelastete gehalten, diese einzelnen Positionen zu bestreiten.<sup>772</sup> 256

## (2) Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht

Wie bereits bei den Ausführungen zur gerichtlichen Fragepflicht bei der Vollständigkeit von Behauptungen<sup>773</sup> kann auch hier wieder zwischen dem ordentlichen und dem vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz sowie danach, ob eine Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht, unterschieden werden. 257

<sup>770</sup> FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 30; a.A. BMcK-DÜRR ZPO 222 N 4.

<sup>771</sup> So für das deutsche Recht Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 10; a.A. wohl FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 30 f., wonach es ausreichen soll, wenn unter Bezugnahme auf die Nummerierung der einzelnen Absätze einer Rechtsschrift die darin enthaltenen Behauptungen bestritten werden, unabhängig davon wie viele Einzeltatsachen diese enthalten; ihm zustimmend BK-HURNI ZPO 55 N 42. Wenn man aber bereits pauschale Bestreitungen als unzulässig erachtet, kann in der Bestreitung mit blossem Bestreitungsvermerk neben der Absatzziffer eines insgesamt längeren und ausführlichen Absatzes einer Rechtsschrift nichts anderes gesehen werden, als eben jene unzulässige pauschale Bestreitung. Deshalb sind nach der hier vertretenen Ansicht auch diejenigen «pauschalen» Bestreitungen unzulässig, die sich auf eine Absatznummer beziehen, welche mehrere, detaillierte Tatsachenbehauptungen enthalten.

<sup>772</sup> Für Bauabrechnungen BGE 117 II 113, 114 und FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 30; für die Schadensberechnung hingegen noch anders BGE 105 II 143, 146: «Wenn eine Schadensberechnung im vollen Umfang bestritten ist, kann für den Richter zudem kein Zweifel darüber bestehen, welche Positionen in welchem Umfang der Belangte nicht gelten lässt». Es ist fraglich, inwieweit BGE 117 II 113 auf das Präjudiz in BGE 105 II 143 Bezug nimmt (BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 63, ist der Ansicht, die Urteile stehen «in einem gewissen Widerspruch»). Im Sinne einer einheitlichen Beurteilung bei summenmässigen Auflistungen, ist für Schadensberechnungen wie auch für (Bau-)Abrechnungen dafür zu halten, dass das Hinzufügen eines blossen Bestreitungsvermerks bei den einzelnen Positionen für den Bestreitungsbelasteten zumutbar ist (so schon BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 191). Für die Anforderungen an eine Begründung der Bestreitung hingegen sogleich unten N 275 ff.

<sup>773</sup> Siehe dazu vorne N 178.

(a) Im ordentlichen Verfahren

258 Im Anschluss daran, was bereits bei der gerichtlichen Fragepflicht für das **ordentliche Verfahren** im Rahmen der Vollständigkeit von Behauptungen vertreten wurde, ist es dem Gericht aufgrund der Neutralitätspflicht grundsätzlich verwehrt, die Parteien auf mögliche Bestreitungen hinzuweisen.<sup>774</sup> Insbesondere kann unter Berücksichtigung des Erfordernisses der offensichtlichen Unvollständigkeit<sup>775</sup> bei einer fehlenden Bestreitung nicht davon gesprochen werden, dass diese andeutungsweise oder in rudimentärer Form vorliegt, weshalb in diesem Sinne auch kein Auslösetatbestand für die gerichtliche Fragepflicht vorliegt.<sup>776</sup> Das Gericht soll sich deshalb auch bei nicht bestrittenen Tatsachen mit dem Hinweis begnügen, dass das Hinzuziehen einer anwaltlichen Vertretung angezeigt ist.

259 Da aufgrund der Zugeständniswirkung nicht bestrittene Tatsachenbehauptungen ohne weiteres Urteilsgrundlage werden, könnte allenfalls aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 53 ZPO abgeleitet werden,<sup>777</sup> dass das Gericht die Parteien über Tatsachen, die sie ohne Beweisverfahren dem Urteil zu Grunde legen will, zu orientieren hat. Dies soll aber nur unter der Voraussetzung geschehen, dass das Gericht sein Urteil auf eine rechtliche Argumentation abstützen will, die für die Parteien nicht vorhersehbar war.<sup>778</sup> In diesen Fällen sollen die Parteien deshalb angehört und ihnen Gelegenheit gegeben werden, ihre Tatsachenbehauptungen, bzw. -bestreitungen, im Hinblick auf die vom Gericht vorgenommene, unerwartete rechtliche Beurteilung zu ergänzen.<sup>779</sup> Über einen blossen Hinweis hinaus sollte das Gericht aber die Parteien unter keinen Umständen danach fragen, ob sie gewisse Tatsachenbehauptungen nicht bestreiten wollen.

---

<sup>774</sup> Siehe dazu bereits vorne N 180.

<sup>775</sup> Siehe dazu vorne N 178.

<sup>776</sup> Anders hingegen wenn Tatsachen, die einer Bestreitung gleichkommen, sich eindeutig und offensichtlich aus den eingereichten Unterlagen der bestreitungsbelasteten Partei ergeben und dem Gericht gewissermassen in die Augen springen. In diesem Fall soll das Gericht bei der Partei nachfragen. Ähnlich LIENHARD, N 168 f., welcher überdies und richtigerweise für den Fall einer unwirksamen pauschalen Bestreitung fordert, dass das Gericht die Partei auf die Notwendigkeit der detaillierten Bestreitung aufmerksam macht.

<sup>777</sup> Sog. **Verbot von Überraschungsurteilen**, siehe dazu BOTSCHAFT, S. 7250: «Zudem ist das Gericht verpflichtet, auf erhebliche Gesichtspunkte zur Vermeidung von Überraschungsentscheiden hinzuweisen»; ZK-HAUCK ZPO 247 N 12.

<sup>778</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 80 m.w.H.; zustimmend ZK-HAUCK ZPO 247 N 12; **a.A.** zum ordentlichen Verfahren STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 22.

<sup>779</sup> FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, S. 80 m.w.H.; ZK-HAUCK ZPO 247 N 12.

## (b) Im vereinfachten Verfahren

Hingegen soll im **vereinfachten Verfahren** mit der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht aus den bereits bei der Behauptungslast ausgeführten Überlegungen<sup>780</sup> das Gericht die anwaltlich nicht vertretene und unerfahrene Partei in jedem Fall *befragen*, wenn über eine unbestrittene Tatsachenbehauptung kein Beweis erhoben wird.<sup>781</sup> Insbesondere kann an einer mündlichen Verhandlung, wenn ein Kläger weitschweifig den anspruchsbegründenden Sachverhalt vorträgt, von einer nicht verbeiständeten Partei nicht erwartet werden, dass sie sich zu jeder vorgetragenen, rechtserheblichen Tatsache eine (gedankliche) Notiz macht und diese darauf in ihrem Vortrag bestreitet. Ein Laie ist in dieser Situation leicht überfordert und deshalb insbesondere darauf angewiesen, dass das Gericht ihn eingehend zum rechtserheblichen Sachverhalt befragt, wenn er eine Bestreitung unterlassen hat.<sup>782</sup> Damit erübrigt sich auch an dieser Stelle eine allfällige Diskussion, ob eine pauschale Bestreitung im vereinfachten Verfahren zulässig<sup>783</sup> oder nach den allgemeinen Grundsätzen unzulässig sein sollte.<sup>784</sup> 260

## (c) Bei anwaltlich vertretenen Parteien

Wie bereits bei der Vollständigkeit von Behauptungen kann auch hier von **anwaltlich vertretenen Parteien** aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmassstabes<sup>785</sup>, gleichgültig ob im vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz oder ob im ordentlichen Verfahren, verlangt werden, dass sie um ihre Bestreitungslast wissen. D.h., dass Anwälte und Anwältinnen, die vor Gericht auftreten, insbesondere wissen müssen, welche Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei rechtserheblich sind, welche Wirkungen unterlassenes Bestreiten entfaltet und dass pauschales Bestreiten unwirksam ist. Die gerichtliche Fragepflicht mildert damit die Bestreitungslast in diesen Punkten bei anwaltlich vertretenen Parteien grundsätzlich nicht.<sup>786</sup> Ähnlich wie bereits zuvor bei der Vollständigkeit von Behauptungen soll das Gericht allenfalls nur ganz aus- 261

<sup>780</sup> Siehe dazu vorne N 183.

<sup>781</sup> Siehe das Beispiel zu einer schonenden Ausübung einer gerichtlichen Befragung, ohne dass damit die Partei auf eine unterlassene Bestreitung hingewiesen wird, oben in FN 756.

<sup>782</sup> Wie bereits vorne in N 34 angemerkt, dürfte damit in der Praxis eine Unterscheidung zwischen der gerichtlichen Fragepflicht im vereinfachten Verfahren nach Art. 247 ZPO und der eingeschränkten Untersuchungsmaxime minimal ausfallen. Ähnlich BSK-MAZAN ZPO 245 N 17 f.

<sup>783</sup> So etwa LIENHARD, N 435.

<sup>784</sup> Siehe dazu oben N 254.

<sup>785</sup> Siehe dazu vorne N 31 und N 185.

<sup>786</sup> Damit ist nicht gemeint, dass die gerichtliche Fragepflicht vollständig ausgeschlossen ist, sondern nur, dass diese in Bezug auf die Vollständigkeit im hier besprochenen Sinne bei anwaltlich vertretenen Parteien nicht greift.



nahmsweise, wenn ein unverschuldeter Irrtum oder ein unverschuldetes Versehen einer verbeiständeten Partei zu vermuten sind oder wenn ein besonders komplizierter Sachverhalt vorliegt, von seiner Fragepflicht Gebrauch machen, indem es die bestreitungsbelastete Partei auf ein so entstandenes Zugeständnis hinweist.<sup>787</sup>

*b) Konkretisierung der Bestreitungen*

262 Nachfolgend ist danach zu fragen, wie konkret eine Bestreitung inhaltlich zu erfolgen hat, resp. ob auch ein blosses Bestreiten ohne das Anführen von Gegenbehauptungen genügt und unter welchen Umständen ein sog. Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist.

*(1) Grundsätzliche Anforderungen an die Konkretisierung*

263 Vom oben ausgeführten Erfordernis des detaillierten Bestreitens kann das Erfordernis, diese Bestreitungen inhaltlich zu konkretisieren, bzw. zu begründen, unterschieden werden.<sup>788</sup> Während es einer Partei ohne weiteres zuzumuten ist, zu bezeichnen, welche Tatsachenbehauptungen sie überhaupt bestreitet, lässt sich nicht ohne weiteres auch von ihr verlangen, dass sie begründet, weshalb sie diese bestreitet.<sup>789</sup> Denn wenn man von der nicht beweisbelasteten Partei grundsätzlich verlangen würde, dass sie den Vorbringen der behauptungs- und beweisbelasteten Partei mit eigenen, konkreten Tatsachen zu widersprechen habe, würde sie damit belastet, jeweils eigene Angaben zum Sachverhalt zu machen, was letztendlich auf eine Umkehr der Beweislast hinausliefe «und damit Art. 8 ZGB stracks zuwider».<sup>790</sup>

264 Es muss daher gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen, wenn die Bestreitung «ihrem Zweck entsprechend konkretisiert wird, um den Be-

---

<sup>787</sup> Ein Indiz dafür, dass ein Irrtum oder Versehen vorliegt, kann etwa im Umstand, dass eine Bestreitung einer Tatsache klar und eindeutig aus den eingereichten Urkunden hervorgeht, gesehen werden. Siehe dazu bereits N 185.

<sup>788</sup> Anstelle von der Konkretisierung der Bestreitung wird daher auch vom **begründeten Bestreiten** gesprochen; siehe nur BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 63, und BK-HURNI ZPO 55 N 43. Zum begründeten Bestreiten sogleich unten N 275 ff. Teilweise wird hingegen auch für diesen Aspekt der Bestreitung in der Literatur der Begriff des substantiierten Bestreitens gebraucht, wie bereits für das detaillierte Bestreiten, was eine begriffliche Abgrenzung verunmöglicht. Siehe dazu bereits oben FN 768 und unten N 304.

<sup>789</sup> ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 22; BK-HURNI ZPO 55 N 43; DIKE-PAHUD ZPO 222 N 11; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 31. Siehe dazu auch BGE 117 II 113, 113 f.

<sup>790</sup> BGE 115 II 1, 2. Siehe dazu auch bereits BGE 105 II 143, 146: «Der Gegner des Beweispflichtigen hat dessen Behauptungen nicht zu widerlegen, liefe dies doch auf eine Umkehrung der Beweislast hinaus und so dem Art. 8 ZGB stracks zuwider». Siehe dazu bereits oben N 251 mit Hinweisen in FN 761.

hauptenden zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen»<sup>791</sup>. Der Bestreitungsbelastete hat mithin bloss in einer klaren Äusserung darzulegen, welche gegnerische Behauptungen er in Frage stellt;<sup>792</sup> die Bestreitung selbst bezieht sich damit zwar auf die einzelnen Behauptungen als solche, aber nicht notwendigerweise auf deren Inhalt.<sup>793</sup> Damit kann sich eine Beklagte bspw. auch folglich mit blossem Bestreiten begnügen, wenn die Klägerin für das Mass und die Berechnung von Schadenersatz für entgangenen Gewinn eine Nettogewinnmarge von 73,56% behauptet, welche sich aus der Differenz einer wiederum bloss behaupteten Bruttogewinnmarge von 90,56% und von ebenfalls nur behaupteten 17% für Verpackungs-, Versandspesen sowie Warenumsatzsteuer errechnet.<sup>794</sup> Vom Beklagten und Bestreitungsbelasteten hier zu verlangen, dass er die Margen der Klägerin im Einzelnen widerlegt, würde – wie bereits ausgeführt – die Beweislast umkehren.

Grundsätzlich genügt damit das blossе, jedoch detaillierte Bestreiten der Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei – nur beim ausnahmsweisen Vorliegen von besonderen Umständen soll vom Bestreitungsbelasteten verlangt werden, dass er seine Bestreitung begründet. Darauf wird noch nachfolgend einzugehen sein;<sup>795</sup> vorerst stellt sich hingegen die Frage, ob blosses, resp. einfaches Bestreiten zulässig ist, wenn man über die behaupteten Tatsachen keine Kenntnisse hat.

## (2) *Bestreiten mit Nichtwissen*

Wenn blossе Bestreitungen ohne Angabe einer Begründung nach dem Vorgesagten grundsätzlich zulässig sind, sollte auch aufgrund dieser niedrigen Anforderungen an die inhaltliche Konkretisierung in Einzelfällen ein **Bestreiten mit Nichtwissen** genügen.<sup>796</sup> Das Bestreiten mit Nichtwissen ist jedoch insofern ein Sonderfall des Bestreitens, weil derjenige, der sich auf Nichtwissen beruft, eigentlich keine Kenntnisse über die von der gegnerischen Partei vorgetragenen Tatsachen hat,<sup>797</sup> und damit einem Sachverhalt widerspricht, ohne das er wissen kann weshalb. Deshalb soll ein Bestreiten mit Nichtwissen nur in Einzelfällen und unter den nachfolgend dargestellten Voraussetzungen zulässig sein.<sup>798</sup>

<sup>791</sup> BGE 105 II 143, 146.

<sup>792</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 191; BK-HURNI ZPO 55 N 43.

<sup>793</sup> BK-WALTER ZGB 8 N 191; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 22; DIKE-PAHUD ZPO 222 N 11; ähnlich BSK-GUYAN ZPO 150 N 4.

<sup>794</sup> BGE 115 II 1, 2 f.; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 31 f.; BK-HURNI ZPO 55 N 43.

<sup>795</sup> Dazu sogleich unten N 275 ff.

<sup>796</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 183; DIKE-GLASL ZPO 55 N 18; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 20.

<sup>797</sup> SIDLER, S. 23; GULDENER, S. 136; Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 15.

<sup>798</sup> A.A. wohl SCHWEIZER, Substanziieren, S. 567 und 569, wonach Bestreiten mit Nichtwissen zulässig sein sollte, «wenn nur klar ist, welche einzelnen Behauptungen mit

(a) Voraussetzungen

267 Eine Bestreitung mit Nichtwissen ist aus den soeben genannten Gründen dementsprechend nur über Tatsachen möglich, die weder die eigenen Handlungen noch die eigene Wahrnehmung betreffen,<sup>799</sup> wie etwa die im vorgenannten Beispiel<sup>800</sup> erwähnten Gewinnmargen der Prozessgegnerin. Nach der in der deutschen Lehre zutreffenden Ansicht kann damit eine Partei nur ausnahmsweise Tatsachen, welche ihre eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen betreffen, mit Nichtwissen bestreiten. Dazu muss sie nach der allgemeinen Lebenserfahrung glaubhaft machen, dass sich die Tatsache derart weit in der Vergangenheit zugetragen hat, dass sie sich nicht mehr daran erinnern kann,<sup>801</sup> und dass sie diese Tatsachen auch nicht aus den ihr zur Verfügung stehenden Informationsquellen rekonstruieren kann.<sup>802</sup> Mit anderen Worten ist eine Partei, welche lediglich kein aktuelles Wissen über eine behauptete Tatsache verfügt, gehalten, die notwendigen Informationen – soweit zumutbar – zu beschaffen,<sup>803</sup> sozusagen «ihr Wissen auffrischen»<sup>804</sup>.

(b) Zurechnung von fremden Wissen

268 In diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist die Zurechnung sog. fremden Wissens. Mit anderen Worten handelt es sich dabei um die Frage, was überhaupt zum eigenen Wissen zu zählen ist und inwiefern allenfalls fremdes Wissen einer Partei zugerechnet werden kann.<sup>805</sup>

269 Während bei **natürlichen Personen** in Bezug auf ihr eigenes Wissen unter Zuhilfenahme objektiver Kriterien<sup>806</sup> «primär auf den Inhalt ihres Gedächtnisses

---

Nichtwissen bestritten werden» und selbst dann, wenn der Beweisgegner positive Kenntnis einer Tatsache hat. Damit würde sich aber ein Bestreiten mit Nichtwissen nicht von der blossen Bestreitung unterscheiden, weshalb es das Institut überhaupt nicht mehr bedürfte. Im Sinne einer klaren Unterscheidung zwischen einer blossen Bestreitung und einer Bestreitung mit Nichtwissen ist jedoch davon auszugehen, dass die Letztere eine qualifiziertere Art der Ersteren ist, mit anderen Worten nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist.

<sup>799</sup> BGer. 4A\_709/2011, Erw. 3.2 mit Hinweis auf BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 180 und 190 f.; MÜLLER, S. 140; FRANK/STRÄULI/MESSMER § 50 N 5; GULDENER, S. 160 FN 4; für das deutsche Recht statt vieler Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 15.

<sup>800</sup> Siehe dazu oben N 264, bzw. BGE 115 II 1.

<sup>801</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 16.

<sup>802</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 47.

<sup>803</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 48; Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 18.

<sup>804</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 18.

<sup>805</sup> So bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 183, allerdings ohne weitere Ausführungen.

<sup>806</sup> Etwa die persönlichen Fähigkeiten, die Bildung sowie das soziale Umfeld; siehe dazu eingehend CHOU, N 126.

abzustellen ist», scheint ebenso unbestritten, dass das Wissen einer gesetzlichen Vertretung einer natürlichen Person dieser ebenso zuzurechnen ist.<sup>807</sup> Bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR hingegen besteht indessen nur Einigkeit über die Zurechnung des Wissens des Stellvertreters auf den Vertretenen.<sup>808</sup> Ob das Wissen des Vertretenen dem Vertreter zuzurechnen ist, d.h. «ob das Prinzipalwissen zur Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Vertreters zu addieren sei», ist wiederum umstritten.<sup>809</sup>

Im Gegensatz zu den natürlichen Personen hat eine **juristische Person** überhaupt kein eigenes Wissen, da Wissen nur von einer denkenden Person beherrscht werden könne.<sup>810</sup> Für die Zurechnung von Wissen bei einer juristischen Person gilt daher grundsätzlich das Wissen der entsprechenden Organe;<sup>811</sup> jedoch hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob und inwieweit das Wissen einzelner Mitarbeiter, die im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis über gewisse Tatsachen erhalten, der juristischen Person selbst zuzurechnen ist.<sup>812</sup> 270

### (c) Folgen unzulässiger Bestreitung mit Nichtwissen

Wenn es einer behauptungsbelasteten Partei gelingt, den Beweis für eine Tatsache zu erbringen und sich dadurch herausstellt, dass die Bestreitungsbelastete diese von ihr mit Nichtwissen bestrittene Tatsachen sehr wohl gekannt hat, wird offenbar, dass sie unzulässigerweise **wider besseres Wissen bestritten** hat.<sup>813</sup> Denn das Bestreiten mit Nichtwissen ist nach der hier vertretenen Auffassung eine qualifizierte Bestreitung, in der die Bestreitungsbelastete konkludent die Behauptung vorträgt, über die in Frage stehenden Umstände nichts zu wissen.<sup>814</sup> Es ist nicht einzusehen, weshalb eine in einer Rechtsschrift enthaltene Parteivorbringen bezgl. des Wahrheitsgehalts anders zu behandeln ist, als eine Parteiaussage: Wenn für die Parteiaussage gilt, dass eine unglaubwürdige Behauptung mit Nichtwissen, bzw. eine unglaubwürdige Behauptung, sich nicht mehr erinnern zu können, zu beweisrechtlichen Nachteilen führen kann,<sup>815</sup> muss dies auch für die vorgetragenen Behauptungen in der Rechtsschrift gelten.<sup>816</sup> 271

<sup>807</sup> CHOU, N 126.

<sup>808</sup> ABEGGLEN, S. 11.

<sup>809</sup> Siehe dazu ABEGGLEN, S. 11 m.w.H.

<sup>810</sup> CHOU, N 134.

<sup>811</sup> Siehe dazu CHOU, N 137 f.; BK-RIEMER ZGB 54/55 N 47 ff.

<sup>812</sup> BGE 109 II 338, 342.

<sup>813</sup> Ähnlich wohl ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 20, mit Hinweis auf NAEGELI, S. 294 f.

<sup>814</sup> Siehe dazu bereits oben N 266; GULDENER, S. 136; SIDLER, S. 23.

<sup>815</sup> Siehe dazu BK-BÜHLER ZPO 191 und 192 N 43.

<sup>816</sup> Offen gelassen bei BRÖNNIMANN, Behauptung- und Substanziierungslast, S. 183 und in FN 933, wonach allenfalls ein Konflikt mit der Wahrheitspflicht denkbar sei, wenn sich eine Partei bei der Bestreitung auf Nichtwissen oder Nichterinnern beruft.

272 Da als primäre Sanktion für treuwidriges Verhalten im Prozess das Versagen des Rechtsschutzes vorgesehen ist,<sup>817</sup> bedeutet dies für den Fall des Bestreitens wider besseres Wissen, dass eine derartige rechtsmissbräuchliche Prozesshandlung unbeachtlich zu bleiben hat.<sup>818</sup> Damit ist insgesamt so zu verfahren, wie wenn kein Bestreiten stattgefunden hätte.

273 In milderer Fällen greift damit die **Zugeständnisfiktion**<sup>819</sup>, in schwereren Fällen drohen überdies weitere disziplinarische Massnahmen, wie die in Art. 128 Abs. 3 ZPO vorgesehene Ordnungsbusse bis zu CHF 2'000.00, resp. im Wiederholungsfalle bis zu CHF 5'000.00.<sup>820</sup> In besonders gravierenden Fällen und bei besonderem Verschulden, bspw. wenn absichtlich zusätzliche, wahrheitswidrige Behauptungen aufgestellt wurden, um eine unrechtmässige Bestreitung mit Nichtwissen oder eine Beweisvereitelung zu verschleiern, können evtl. sogar die Voraussetzungen der Strafbarkeit für einen Prozessbetrug i.S.v. Art. 146 StGB vorliegen.

### *(3) Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht*

274 Da an die inhaltliche Konkretisierung von Bestreitungen grundsätzlich keine hohen Anforderungen gestellt werden, d.h. da in der Regel ein blosses Bestreiten genügt, kann in diesen Fällen regelmässig auch kein offensichtlich unvollständiges Vorbringen vorliegen, ohne dass damit eine Bestreitung ganz entfallen würde. Damit dürfte sich der Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht beim blossen, einfachen Bestreiten wohl grösstenteils auf die unklaren Parteivorbringen beschränken. Mit anderen Worten wird die gerichtliche Fragepflicht im Rahmen von einfachen Bestreitungen nur dann aktuell, wenn anhand eines Parteivorbringens unklar bleibt, ob damit eine Behauptung bestritten wird oder nicht.<sup>821</sup> Aufgrund dessen, dass das Gericht ganz allgemein nicht auf unterlassene Bestreitungen hinweisen sollte,<sup>822</sup> soll das Gericht in diesen Fällen, in denen nicht klar ist, ob eine Partei bestritten hat, diese bloss zur Präzisierung ihres Vorbringens anhalten.

---

<sup>817</sup> ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 31.

<sup>818</sup> Ähnlich ZK-SUTTER-SOMM/CHEVALIER ZPO 52 N 31, jedoch nur allgemein für rechtsmissbräuchliche Prozesshandlungen.

<sup>819</sup> Siehe zur Zugeständniswirkung bereits oben N 226. Ebenso für das deutsche Recht statt vieler Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 49; Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 19.

<sup>820</sup> Siehe dazu bereits oben N 111 mit Nachweisen in FN 345.

<sup>821</sup> Ähnlich ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 19.

<sup>822</sup> Siehe dazu bereits oben N 258.

## 2. Erhöhte Anforderungen an die Bestreitung

Wie bereits gezeigt worden ist, ist der Behauptungsbelastete auch ohne eigenes Verschulden nicht immer in der Lage, sämtliche Tatsachen, die zur Verwirklichung seines Rechtsbegehrens notwendig sind, beizubringen. Aus diesem Grunde muss, im Interesse der Feststellung der materiellen Wahrheit und zur Durchsetzung der subjektiven Rechte, der Zivilprozess Mitwirkungspflichten vorsehen, welche die gegnerische Partei und Dritte verpflichten, die nötigen Aufschlüsse zu erteilen.<sup>823</sup> Ebenso wie bereits präprozessual zahlreiche materiell-rechtlich geregelte Informationspflichten bestehen, wie bspw. der Auskunftsanspruch gemäss Art. 8 DSGVO oder die eherechtlichen und erbrechtlichen Auskunftsansprüche gemäss Art. 170, resp. Art. 607 ZGB,<sup>824</sup> sind im Zivilprozess Mitwirkungspflichten insbesondere für das Beweisverfahren in Art. 160 ZPO vorgesehen.<sup>825</sup> Darüber hinaus kann auch bereits im Rahmen des Behauptungsstadiums eines Prozesses eine Pflicht, bzw. Last einer Partei bestehen, bei der Sachverhaltserstellung mitzuwirken, namentlich dadurch, dass vom Bestreitungsbelasteten verlangt wird, dass er seine Bestreitungen begründet.

### a) Vermutungen und Beweislastumkehr

Wie bereits bei den **Vermutungen** dargestellt wurde, besteht für einen Kläger, welcher sich zu seinen Gunsten auf eine Vermutung berufen will, eine Behauptungslast lediglich für die Vermutungsbasis; die Vermutungsfolge hingegen muss von ihm weder behauptet noch bewiesen werden.<sup>826</sup> Will sich hingegen der Beklagte, welcher hinsichtlich der Vermutungsbasis Bestreitungsbelasteter ist, nicht nur auf eine Bestreitung der Vermutungsbasis beschränken, kann er seine Verteidigung überdies auch gegen die Vermutungsfolge ausweiten. Im Gegensatz zur Bestreitung der Vermutungsbasis ggf. mit Gegenbeweis, stellen die gegen die Vermutungsfolge gerichteten Ausführungen jedoch eigenständige Behauptungen und keine Bestreitungen dar,<sup>827</sup> weshalb im Rahmen der Behauptung und des Beweis des Gegenteils der Vermutungsfolge nicht von einem begründeten Bestreiten gesprochen werden kann.

Im Gegensatz dazu bewirkt eine **Beweislastumkehr**, dass die bestreitungsbelastete Partei die Beweislast für ihre *Bestreitungen* aufgebürdet erhält.<sup>828</sup> Die

<sup>823</sup> GULDENER, S. 327; WALDMANN, S. 223.

<sup>824</sup> Siehe dazu insgesamt WALDMANN, S. 59 ff.

<sup>825</sup> Siehe zu den einzelnen Mitwirkungspflichten bei der Beweiserhebung statt vieler BK-RÜETSCHI Vorbemerkungen zu ZPO 160–167 N 8 ff.; ZK-HASENBÖHLER ZPO 160 N 4 ff.; BSK-SCHMID ZPO 160 N 7 ff.

<sup>826</sup> Dazu bereits oben N 52.

<sup>827</sup> Dazu bereits oben N 164; GUGGENBÜHL, S. 152.

<sup>828</sup> Siehe dazu bereits oben N 200.

Behauptungslast bleibt damit in den Fällen der Beweislastumkehr unberührt, weshalb sich hier feststellen lässt, dass es der bestreitungsbelasteten Partei im Hinblick auf ihre Beweisführung obliegt, konkrete Angaben zu ihren Bestreitungen zu machen, mithin die Tatsachen, welche sie zur Bestreitung anruft, zu begründen. Damit lässt sich in den Fällen, in denen eine Beweislastumkehr stattfindet, vom Erfordernis einer begründeten Bestreitung sprechen.

*b) Behauptungs- und Beweisnot*

278 Wie bereits bei den reduzierten Anforderungen an die Behauptungslast gezeigt wurde, kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre beim Vorliegen einer **Behauptungs- und Beweisnot**<sup>829</sup> der **behauptungsbelasteten Partei** unter gewissen Umständen von der bestreitungsbelasteten Partei erwartet werden, dass sie den «rechtsrelevanten Sachvorbringen des Klägers mit konkreten Angaben widerspricht».<sup>830</sup> In diesen Situationen kann sich die bestreitungsbelastete Partei daher nicht auf eine blossе Bestreitung beschränken, sondern muss «eine eigene Darstellung des Geschehens geben».<sup>831</sup> Diese Fälle, in denen die bestreitungsbelastete Partei mit eigenen Angaben zum Sachverhalt beitragen muss, dürfen nicht mit den vorgenannten Fällen der Beweislastumkehr verwechselt werden,<sup>832</sup> da die Beweislast hier unberührt beim Behauptungsbelasteten verbleibt.

*(1) Behauptungsnot aufgrund einer sog. Informationsasymmetrie*

279 Eine besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners gilt namentlich in Fällen, wo sich der Behauptungsbelastete in einer **Behauptungs- und Beweisnot** befindet und der Bestreitungsbelastete **näher am Beweis** steht.<sup>833</sup> In diesen Fällen, in denen der Behauptungsbelastete von rechtserheblichen Tatsachen keine Kenntnisse hat und es der bestreitungsbelasteten Partei zuzumuten ist, diese beizubrin-

---

<sup>829</sup> Zur Beweisnot allgemein statt vieler BK-WALTER ZGB 8 N 313 ff.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 899 ff. Eine Behauptungsnot schliesst immer eine Beweisnot mit ein; einer Beweisnot geht aber nicht in allen Fällen eine Behauptungsnot voraus.

<sup>830</sup> Siehe dazu bereits oben N 207 f.; BGE 105 II 143, 146; BK-HURNI ZPO 55 N 44; BK-RÜETSCHI Vorbemerkungen zu ZPO 160–167 N 8; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 25; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 32.

<sup>831</sup> BGE 105 II 143, 146; siehe dazu die Kritik von KUMMER (Urteilsbesprechung in ZBJV 1981 160 ff., 161): «Eine solche <Pflicht> des nicht mit dem Beweis Belasteten, an der Beweisführung (Behauptungslast, Beweisführungslast) mitzuwirken, ist höchst fragwürdig und, wenn überhaupt, nur dort zu erwägen, wo der ein Recht Behauptende im Beweisnotstand ist (wie etwa bei unbestimmten negativen Tatsachen) und der Belangte näher am Beweis (an den Beweismitteln) steht.»

<sup>832</sup> STÜRNER, S. 146.

<sup>833</sup> BGE 115 II 1, 2, welcher sich der in FN 831 genannten Kritik von KUMMER anschliesst.

gen, greift eine besondere Mitwirkungslast, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen.<sup>834</sup>

(a) Unkenntnis der behauptungsbelasteten Partei

Sog. Informationsgefälle zwischen Parteien entstehen, wenn sich der im Streit 280 liegende Sachverhalt in der Sphäre bloss einer Partei zugetragen hat, zu der die andere Partei keinen Zugang hat oder ausserhalb deren steht.<sup>835</sup> Da der Behauptungsbelastete die rechtserheblichen Tatsachen nicht kennt und auch nicht in Erfahrung bringen kann, muss er seiner Behauptungslast in diesen Fällen durch pauschale Vorbringen genügen können.<sup>836</sup>

(b) Unzumutbarkeit der Informationsbeschaffung

Dass der Bestreitungsbelastete einfacher an die notwendigen Informationen 281 kommt, reicht jedoch alleine nicht aus: Der behauptungsbelastete Partei muss es unmöglich, resp. **unzumutbar** sein, die notwendigen Informationen selbst zu beschaffen; denn grundsätzlich gilt noch immer, dass die bestreitungsbelastete Partei nicht zusätzlich damit belastet werden kann, die der behauptungsbelasteten Partei günstigen rechtserheblichen Tatsachen vorzutragen.<sup>837</sup> Nach Ansicht von WALDMANN könne es nicht Aufgabe des Prozessrechts sein, mit erhöhten Anforderungen an die Bestreitungslast faktisch zusätzliche Auskunftsansprüche zu schaffen,<sup>838</sup> weshalb der Behauptungsbelastete seine materiell-rechtlichen Auskunftsansprüche zuerst ausgeschöpft haben muss,<sup>839</sup> d.h. das

<sup>834</sup> Statt vieler FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 32; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 25; WALDMANN, S. 235 ff.; BK-WALTER ZGB 8 N 192 bezeichnet dies auch als «defensive Behauptungslast». In der deutschen Literatur und Rechtsprechung treffend als «**sekundäre Behauptungslast**» bezeichnet, da es sich dabei zwar um Tatsachenbehauptungen des Bestreitungsbelasteten handelt, diese aber nicht zwingend eigentliche Bestreitungen enthalten müssen, sondern Angaben zum Sachverhalt, die dem Standpunkt des Behauptungsbelasteten dienen; siehe zur sekundären Behauptungslast in der deutschen Lehre und Rechtsprechung insbesondere FREUDENTHAL, S. 23 ff.

<sup>835</sup> FREUDENTHAL, S. 17 f., mit Beispielen, wie etwa der Eigenbedarf des Vermieters oder innerbetriebliche Abläufe bei Unternehmen bei Verantwortlichkeitsklagen, Produkt- und Umwelthaftpflichtprozessen.

<sup>836</sup> Siehe dazu oben N 208.

<sup>837</sup> Was einer Umkehr der Beweislast gleichkommen und Art. 8 ZGB widersprechen würde. Siehe dazu bereits oben N 251 und FN 467.

<sup>838</sup> WALDMANN, S. 236 f.

<sup>839</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 27; WALDMANN, S. 237, erblickt hier den einzigen Anwendungsfall für ein konkretes, bzw. begründetes Bestreiten, was sich jedoch aus den Ausführungen von der von ihm in FN 1197 zitierten MÜLLER (S. 146 f.) nicht belegen lässt. Danach soll das System der Behauptungs- und Beweislast nur durch materiell-rechtliche Auskunftsansprüche durchbrochen werden dürfen und nur ausnahmsweise, je nach



ihm Zumutbare vorgekehrt, bevor die nicht beweisbelastete Partei zur Mitwirkung verpflichtet werden kann.

(c) Kenntnis der bestreitungsbelasteten Partei

- 282 Im Rahmen dieser besonderen Mitwirkungslast soll vom Bestreitungsbelasteten nicht Unmögliches verlangt werden, da dies wiederum ZGB 8 widersprechen würde. Deshalb kann von der bestreitungsbelasteten Partei nur verlangt werden kann, dass sie Informationen beibringt, von denen sie Kenntnis hat oder die sie leicht beschaffen kann.<sup>840</sup> An die Beschaffung von Informationen durch diese sollen deshalb bloss zumutbare Anforderungen gestellt werden.

(d) Zumutbarkeit der Informationsbeibringung

- 283 Nach der deutschen Lehre soll die bestreitungsbelastete Partei ihrerseits deshalb nicht gezwungen sein, eigene Auskunftsansprüche geltend machen zu müssen, sondern sie soll bloss diejenigen Informationen beibringen, die ihr ohne weiteres möglich sind.<sup>841</sup> Kann die bestreitungsbelastete Partei hingegen keine näheren Ausführungen machen, müsse sie zumindest angeben, weshalb sie ihre Bestreitung nicht konkretisieren, resp. begründen kann.<sup>842</sup> Diese Ansicht scheint zutreffend, denn anhand dieser Erklärung<sup>843</sup> kann das Gericht überprüfen, ob eine Konkretisierung tatsächlich **unzumutbar** ist und deshalb unterbleiben darf.<sup>844</sup>
- 284 Eine Unzumutbarkeit zur Beibringung von Tatsachen kann sich bspw. aus Geheimhaltungsinteressen<sup>845</sup> oder daraus ergeben, dass die Tatsachen die eigene Persönlichkeit oder Rechte von Dritten berühren.<sup>846</sup> Der hier beschriebenen besonderen Mitwirkungslast stehen damit wohl analoge Verweigerungsrechte wie jene aus Art. 163 f. ZPO entgegen. Denn die Gründe, die im Beweisverfahren dazu berechtigen, eine Mitwirkung zu verweigern, müssen nach der hier vertre-

---

Inhalt des Rechtsverhältnisses und entsprechender Interessenlage der Parteien, sei eine «Mitwirkungspflicht» aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gerechtfertigt. Siehe jedoch zu weiteren Anwendungsfällen, insbesondere beim Vorliegen von negativen Tatsachen, unten N 285.

<sup>840</sup> FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 32; vgl. dazu die deutsche Lehre und Rechtsprechung bei FREUDENTHAL, S. 20.

<sup>841</sup> Siehe dazu auch die im deutschen Recht gebräuchlichen Formulierungen bei FREUDENTHAL, S. 20.

<sup>842</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 180.

<sup>843</sup> Welche ihrerseits eine konkretisierte Bestreitung darstellt (BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, FN 921).

<sup>844</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 180 mit weiterem Verweis.

<sup>845</sup> Vgl. Art. 163 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO.

<sup>846</sup> FREUDENTHAL, S. 21.

tenen Ansicht auch bereits im Behauptungsstadium gelten: Ansonsten könnte man die Verweigerungsrechte im Beweisverfahren umgehen, indem man im Behauptungsstadium bereits eine Partei dazu veranlasst, Aussagen über eine vom Verweigerungsrecht geschützte Tatsache zu machen.

### (2) Weitere Fälle

Neben diesen Fällen der Behauptungsnot, in denen aufgrund eines Informationsgefälles zwischen den Parteien die Last zu begründetem Bestreiten besteht, soll auch in weiteren Fällen, wo eine rechtserhebliche Tatsache nicht aufgeklärt werden kann, dieses Risiko teilweise auf den Beweisgegner verlagert werden, wenn es sich aufgrund einer Interessenabwägung rechtfertigen lässt.<sup>847</sup> Eine Last zu konkretem Bestreiten aufgrund einer besonderen Mitwirkungslast besteht damit insbesondere beim Auftreten einer Behauptungs- und Beweisnot zufolge **unbestimmter negativen Tatsachen** sowie **subjektiver Hypothesen**, wie sie bspw. im Arzthaftungsrecht im Zusammenhang mit der hypothetischen Einwilligung des Patienten zu einem Eingriff<sup>848</sup> vorkommen kann.<sup>849</sup> 285

### (3) Sedes materiae der besonderen Mitwirkungslast

Unklar scheint, ob sich diese besonderen Mitwirkungslasten seit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO weiterhin aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, nun in Art. 52 ZPO, ableiten lassen<sup>850</sup> oder ob diese Fälle von den Mitwirkungspflichten gemäss Art. 160 ZPO erfasst werden. 286

Der Wortlaut in Art. 160 ZPO «bei der Beweiserhebung» legt nahe, dass sich diese Mitwirkungspflichten auf das Beweis- und damit nicht auf das Behauptungsstadiums des Prozesses beziehen. Einer Mitwirkungslast bei der Sachverhaltsabklärung komme denn gemäss RÜETSCHI auch eine «grundlegend 287

<sup>847</sup> So BK-WALTER ZGB 8 N 192 i.f.: «Gleiches gilt, wenn die abstrakte Interessenabwägung nach rechtspolitischen und rechtsethischen Kriterien erheischt, das einseitige Risiko der möglichen Unaufklärbarkeit einer rechtserheblichen Tatsache unter dem Leitbild der normativen Angemessenheit und Billigkeit von der beweisbelasteten Partei teilweise auf den Beweisgegner zu verlagern.»

<sup>848</sup> BGE 117 Ib 197; LANDOLT, S. 100 f.

<sup>849</sup> BSK-SCHMID ZGB 8 N 30; BK-WALTER ZGB 8 N 194; gl.A. für unbestimmte negative Tatsachen ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 25, welcher die besondere Mitwirkungslast als «Obliegenheit, mit eigenen Behauptungen mitzuwirken» überschreibt, womit er terminologisch in die Nähe des in der deutschen Literatur und Rechtsprechung verwendeten Begriffs der «sekundären Behauptungslast» rückt.

<sup>850</sup> Vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO leitete das Bundesgericht die Mitwirkungslast aus dem allgemeinen Gebot, sich im Prozess nach Treu und Glauben zu verhalten, her (siehe dazu bereits oben N 278, FN 831 und FN 833 zur bundesgerichtlichen Praxis und der Kritik von KUMMER und statt vieler BSK-SCHMID ZPO 160 N 9).

unterschiedliche Funktion» zu, als einer Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung.<sup>851</sup> Während die Mitwirkungslast bei der Sachverhaltsabklärung die Parteien mit der Beibringung von Tatsachen und Beweismitteln zur Stützung des eigenen Standpunkts belaste, stelle die Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung für den Beweisgegner eine prozessuale Last dar, auf Antrag des Beweisführers bei der Beweiserhebung mitzuwirken und damit einen fremden Standpunkt zu stützen.<sup>852</sup> Deshalb sei die besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners unter den Tatbestand von Art. 52 zu subsumieren.

288 Auch wenn dieser Ansicht im Ergebnis zuzustimmen ist, ist nach der hier vertretenen Ansicht zweifelhaft, ob die Stützung des eigenen/fremden Standpunktes tatsächlich ein taugliches Unterscheidungskriterium darstellt. Denn das Misslingen der Stützung des eigenen Standpunktes bewirkt häufig eine Stützung des fremden Standpunktes, weshalb eine Unterscheidung letztlich schwierig nachzuvollziehen sein könnte. Auch eine Unterscheidung aufgrund der Zuordnung der Mitwirkungslast zu entweder dem Behauptungs- oder dem Beweisstadium hilft nicht weiter, da bspw. beim Vorliegen von negativen Tatsachen nicht bloss in konkreter Weise bestritten werden muss (Behauptungsstadium), sondern überdies auch häufig verlangt wird, dass für die begründeten Bestreitungen ein Gegenbeweis anzubieten ist (Beweisstadium). Mit anderen Worten wäre in diesem Fall das konkrete Bestreiten anlässlich der besonderen Mitwirkungslast unter Art. 52 ZPO zu subsumieren, die Mitwirkungspflicht für den Beweis für diese Vorbringen dementsgegen unter Art. 160 ZPO.

289 Ein anderer Ansatz bestünde darin, wenn man in der Mitwirkungslast der Parteien in Art. 160 ZPO bloss eine Konkretisierung der in Art. 52 ZPO enthaltenen Mitwirkungslast begreift. Damit würde es sich deshalb in Art. 160 ZPO bloss um eine Wiederholung, bzw. Konkretisierung der Mitwirkungslast, wie sie in Art. 52 ZPO bereits enthalten ist, für die Beweiserhebung handeln.<sup>853</sup>

---

<sup>851</sup> BK-RÜETSCHI ZPO vor 160–167 N 8.

<sup>852</sup> BRACHER, N 66; BK-RÜETSCHI ZPO vor 160–167 N 8. Unorthodoxerweise verwendet BRACHER, ebd., und ihm folgend RÜETSCHI, ebd., den Begriff der «allgemeinen Mitwirkungslast bei der Sachverhaltsabklärung» jedoch als Überbegriff, der die (subjektive) Behauptungs-, Beweis- und Bestreitungslast umfassen soll. Einem derartig unscharfen Begriff ist jedoch nichts abzugewinnen, verwischt dieser doch eine klare Grenzziehung zum Begriff der allgemeinen Mitwirkungslast des Beweisgegners; siehe dazu und zur Ablehnung einer solchen allgemeinen Aufklärungslast bereits oben N 100.

<sup>853</sup> Das gleiche kann auch für den Teilgehalt der wahrheitsmässigen Parteiaussage in Art. 160 ZPO festgehalten werden, welcher dementsprechend ebenso bereits in der allgemeinen Wahrheitspflicht von Art. 52 ZPO enthalten wäre.

### c) *Echtheit von Urkunden*

Für die Echtheit von eingereichten Urkunden ergibt sich die erhöhte Anforderung an die Bestreitung direkt aus Art. 178 ZPO. Danach muss die Partei, welche die Echtheit einer Urkunde bestreiten will, konkrete Tatsachen vortragen, die beim Gericht Zweifel an der Authentizität des Urkundeninhalts oder der Unterschrift wecken.<sup>854</sup> Gelingt ihr dies, hat die Partei, die sich auf die Urkunde beruft, die Echtheit dieser zu beweisen. Aus dieser Verteilung der Beweislast folgt, dass es sich in Art. 178 ZPO um keine gesetzliche Vermutung handelt, da die Verteilung der Beweislast nicht von der üblichen Beweislastregel in Art. 8 ZGB abweicht, d.h. der Bestreitungsbelastete nicht den Widerlegungsbeweis führen muss. Obschon es sich in Art. 178 ZPO lediglich um eine Kodifikation der bis anhin herrschenden Lehre und Praxis handelt,<sup>855</sup> kann aufgrund des Normcharakters auch nicht mehr von einer natürlichen Vermutung gesprochen werden.<sup>856</sup> Die Einreichung einer Urkunde im Prozess ist daher wohl als konkludente Behauptung aufzufassen, dass die Urkunde auch echt sei.<sup>857</sup>

### d) *Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht*

Aufgrund dessen, dass für die bestreitungsbelastete Partei oft nicht einfach zu erkennen ist, ob sich die behauptungsbelastete Partei tatsächlich in einer Behauptungs- und Beweisnot befindet, kann sie damit auch nicht abschätzen, ob ihr eine besondere Mitwirkungslast obliegt. Deshalb soll das Gericht, egal ob bei anwaltlich vertretenen Parteien und ohnehin bei Laien, sowie gleichgültig ob im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz, in all den vorgenannten Fällen die Parteien auf ihre besondere Mitwirkungslast hinweisen und diese zu konkreten Bestreitungen anhalten. Das Gericht hat demnach beim Vorliegen eines Anwendungsfalles der besonderen Mitwirkungslast in jedem Fall ihre gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht auszuüben.

## 3. **Allgemeine Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Partei?**

Wie bereits oben gezeigt wurde,<sup>858</sup> kann dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO ausnahmsweise beim Vorliegen einer Behauptungs- und Beweisnot des Behauptungs- und Beweisbelasteten eine besondere Mitwirkungslast des Bestreitungsbelasteten und Beweisgegners entnommen werden.

<sup>854</sup> BOTSCHAFT, S. 7322; ZK-WEIBEL ZPO 178 N 6.

<sup>855</sup> So BOTSCHAFT, S. 7322 ohne Nachweise.

<sup>856</sup> Bei natürlichen Vermutungen handelt es sich um Schlussfolgerungen, die nicht vom Gesetz, sondern von Gericht gezogen werden. Siehe dazu bereits oben N 47.

<sup>857</sup> So richtig ZK-WEIBEL ZPO 178 N 3.

<sup>858</sup> Siehe dazu oben N 278 ff.

Fraglich ist demgegenüber, ob eine umfassende Mitwirkung ganz allgemein für den Zivilprozess wünschenswert und damit, analog der nachfolgend dargestellten Situation in Deutschland bezüglich einer allgemeinen Aufklärungspflicht, eine allgemeine Mitwirkungslast des Beweisgegners im Schweizerischen Zivilprozessrecht zu fordern wäre.

293 Mit den in seinem grundlegenden Werk zur Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses entwickelten Ansätzen und der Forderung nach einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht durch STÜRNER entbrannte in Deutschland bereits vor einigen Jahrzehnten ein Meinungsstreit, welcher noch immer zu zahlreichen Beiträgen in der wissenschaftlichen Literatur Anlass gibt.<sup>859</sup> Dessen ungeachtet bleibt es der allgemeinen Aufklärungslast jedoch bis heute versagt, sich in der deutschen Doktrin<sup>860</sup> oder der deutschen Rechtsprechung<sup>861</sup> durchzusetzen. Insbesondere deshalb, weil die Einführung einer umfassenden, allgemeinen Aufklärungspflicht das System der Behauptungs- und Beweislastverteilung aushöhlen und damit zu einem eigentlichen Systemwechsel führen würde.<sup>862</sup> Die Aufgabe des Gerichts, die materielle Wahrheit zu ermitteln, hindere nämlich nach Ansicht von LEIPOLD den Gesetzgeber nicht daran, für den Zivilprozess den Verhandlungsgrundsatz vorzusehen, und es damit in erster Linie den Parteien zu überantworten, gemäss der Behauptungslast die notwendigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und die notwendigen Beweismittel zu beantragen.<sup>863</sup> Im Weiteren wird angeführt, dass es zum Wesen der kontradiktorischen Verfahrensgestaltung, welche den Zivilprozess prägt, gehört, dass die nicht beweisbelastete Partei weder zur Sachverhaltsaufklärung beitragen muss, d.h. insbesondere auch nicht Hand bieten muss, dem Gegner das Material zu seinem Prozesssieg zu verschaffen,<sup>864</sup> noch die Nachteile aus einer verbliebenen Unklarheit, wie sie bei einem non-liquet vorkommt, zu tragen habe.<sup>865</sup>

---

<sup>859</sup> Siehe dazu die umfassende Darstellung des aktuellen Meinungsstandes in Deutschland bei BECKHAUS GERRIT, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, Tübingen 2010, sowie bei WATERSTRAAT DANIEL, Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess, ZJP 4/2005, S. 459–484, und KATZENMEIER CHRISTIAN, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, JZ 11/2002, S. 533–540; weitere zahlreiche Hinweise zur Literatur auch bei Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 FN 58.

<sup>860</sup> Statt vieler ROSENBERG, § 110 N 15; Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 25 ff.; Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 20.

<sup>861</sup> Siehe dazu die zahlreichen Hinweise zur diesbezüglichen ständigen Rechtsprechung des BGH bei Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 FN 59 f.

<sup>862</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 20.

<sup>863</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 26.

<sup>864</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 26. Als Parömie «*nemo tenetur edere contra se*», siehe dazu bereits oben FN 315.

<sup>865</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 20.

Von diesen Grundsätzen kann denn auch nur im Sinne einer Ausnahme abgewichen werden, so bspw. wenn eine materiell-rechtliche Verpflichtung besteht, dem Gegner Informationen zu übermitteln,<sup>866</sup> resp. im vorerwähnten Fall der sog. sekundären Behauptungslast.<sup>867</sup> Im Übrigen besteht auch nach dem materiellen Recht keine allgemeine Auskunftspflicht, weshalb es ohnehin nicht Sache des Prozessrechts sein könne, eine derartige Verpflichtung einzuführen.<sup>868</sup>

All dies mögen auch die Gründe dafür sein, weshalb in der schweizerischen Literatur eine allgemeine Mitwirkungslast des Beweisgegners bislang nur sehr zurückhaltend thematisiert wurde<sup>869</sup> und ebenso überwiegend abgelehnt wird.<sup>870</sup> Insbesondere liesse sich auch die Notwendigkeit einer umfassenden Mitwirkungslast im schweizerischen Zivilprozess überhaupt in Frage stellen. Denn aufgrund der Mitwirkungslasten im Rahmen des Beweisverfahrens,<sup>871</sup> anlässlich der informellen Befragung bei der gerichtlichen Fragepflicht sowie der zuvor dargestellten besonderen Mitwirkungslast bei Beweisnot und zuletzt auch aufgrund der Beweiserhebung von Amtes wegen, bestehen bereits zahlreiche Möglichkeiten, die eine Mitwirkung des Beweisgegners in der einen oder anderen Form vorsehen.<sup>872</sup> Aus diesen Gründen ist nach der hier vertretenen Ansicht eine allgemeine Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Partei auch für die Schweiz abzulehnen. 294

#### IV. Relativierung der Bestreitungslast: Die Beweiserhebung von Amtes wegen

Wie eingangs ausgeführt, bewirkt die Sperrwirkung des Verhandlungsgrundsatzes, dass das Gericht an die Tatsachenvorträge der Parteien gebunden ist und dabei einem Urteil auch grundsätzlich nicht verwirklichte Sachverhalte zu Grunde 295

<sup>866</sup> Prütting/Gehrlein-PRÜTTING § 138 N 20.

<sup>867</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 29.

<sup>868</sup> Stein/Jonas-LEIPOLD § 138 N 27.

<sup>869</sup> Siehe bereits MÜLLER, S. 147, «Eine allgemeine prozessuale Auskunftspflicht wird nicht diskutiert».

<sup>870</sup> **Gl.A.** WALDMANN, S. 226 ff.; MÜLLER, S. 146 f.; SCHRÖDER, S. 235 ff.; BEGLINGER, S. 482 f.; AFFOLTER, S. 122; a.A. hingegen noch HABSCHIED, N 550: «Die Parteien müssen ohne Rücksicht auf die Beweislast alles offenbaren, was sie an tatsächlichem Prozessstoff kennen. *Aber hier gibt es eine Grenze:* Der Kläger ist nicht gehalten, dem Beklagten Prozessstoff für eine Widerklage oder eine Einrede zu liefern; denn hier handelt es sich im ersten Falle um einen neuen Streitgegenstand, im zweiten um ein rechtlich selbstständiges Verteidigungsmittel.»

<sup>871</sup> Bspw. durch Beantragung der Parteibefragung und der Parteiaussage gemäss Art. 191 f. ZPO oder die Aussage- und Editionslichten gemäss Art. 160 ZPO; vgl. dazu statt vieler ZK-HASENBÖHLER ZPO 160 N 4 ff.

<sup>872</sup> Ähnlich bereits WALDMANN, S. 226 ff.

zu legen hat, was allgemein als das Prinzip der formellen Wahrheit bezeichnet wird.<sup>873</sup> Bereits vor Einführung der Schweizerischen ZPO war unbestritten, dass das Gericht zugunsten der materiellen Wahrheit offensichtlich unwahre Sachvorbringen der Parteien nicht zu berücksichtigen braucht.<sup>874</sup> Mit der Einführung von Art. 153 Abs. 2 ZPO kann nun das Gericht überdies auch *ex officio* Beweiserhebungen vornehmen, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen.<sup>875</sup>

296 Unerheblich ist dabei, weshalb die zweifelhafte Tatsache unbestritten geblieben ist, d.h. ob sie es aufgrund eines Säumnis der Gegenpartei<sup>876</sup> ist, oder deshalb, weil sie von der Gegenpartei zugestanden wurde.<sup>877</sup> Dabei können durch das Gericht auch nicht beantragte oder nicht form- und fristgerecht beantragte Beweise erhoben werden, solange die Beweiserhebung sich auf behauptete und unbestritten gebliebene Tatsachen beschränkt.<sup>878</sup> Dem Gericht ist es hingegen unter allen Umständen untersagt, über nicht behauptete Tatsachen Beweis zu erheben und damit von Amtes wegen – wie beim Untersuchungsgrundsatz – den Sachverhalt zu erstellen.

297 Im Weiteren ist der Ansicht von HASENBÖHLER zuzustimmen, wonach die «Wahrheitsprüfung» durch das Gericht nur bei **massiven Zweifeln** an der Richtigkeit einer Tatsachen angezeigt sei,<sup>879</sup> da sonst die Bestreitungslast gänzlich ausgehöhlt und sozusagen durch die Hintertür für die bestreitungsbelastete Partei der Untersuchungsgrundsatz eingeführt würde.<sup>880</sup> Die Umstände, welche die erheblichen Zweifel an der Richtigkeit einer unbestrittenen Tatsache begründen, können im Beweismaterial, in den widersprüchlichen tatsächlichen Ausführungen und insbesondere auch im Verhalten der behauptungsbelasteten Partei bestehen.<sup>881</sup>

---

<sup>873</sup> Siehe dazu oben N 20 f.

<sup>874</sup> BGE 74 II 202, 206; GULDENER S. 160 FN 4 i.f.; ZK-LEUENBERGER ZPO 222 N 19 m.w.H. Siehe dazu bereits oben FN 718.

<sup>875</sup> BERTI, N 313, beschreibt dies als «ad-hoc-Ausübung des Untersuchungsgrundsatzes», siehe dazu bereits BK-HURNI ZPO 55 N 46.

<sup>876</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 47; BERICHT VE-ZPO, S. 76.

<sup>877</sup> BSK-GUYAN ZPO 153 N 10; BK-BRÖNNIMANN ZPO 153 N 7.

<sup>878</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 153 N 2 und N 7; BSK-GUYAN ZPO 153 N 10.

<sup>879</sup> ZK-HASENBÖHLER ZPO 153 N 8; zustimmend LIENHARD, N 328; wohl ähnlich restriktiv KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 11; BMcK-PASSADELIS ZPO 153 N 6 «nur in Ausnahmefällen».

<sup>880</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 153 N 8 weist jedoch berechtigterweise auf die Gefahr hin, dass in der Praxis angesichts des grossen Interpretationsspielraums letztlich nicht nur erhebliche, sondern auch bloss leichte oder schwache Zweifel zur Beweiserhebung von Amtes wegen führen können: Denn falls das Gericht eine Beweiserhebung wünscht, wird es jeweils auch seine Zweifel als erheblich ansehen und diese als ebensolche bezeichnen.

<sup>881</sup> BSK-GUYAN ZPO 153 N 10.

Mit dem Ausnahmecharakter der Norm ist letztlich auch jener Ansicht zuzustimmen, wonach die Bestimmung nicht grundsätzlich dazu herangezogen werden sollte, nachlässiges Prozessieren zu kompensieren;<sup>882</sup> so soll eine abwesende Partei wegen unterlassener Bestreitung nicht besser gestellt werden als eine Partei, die nicht genügend bestritten hat.<sup>883</sup> 298

Damit lässt sich abschliessend festhalten, dass die Beweiserhebung von Amtes wegen gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO in Ausnahmefällen die Bestreitungslast insofern relativiert, indem das Gericht unbestrittene Tatsachen sozusagen zu streitigen Tatsachen erklären kann,<sup>884</sup> mit anderen Worten in Bezug auf diese Tatsachen die bestreitungsbelastete Partei gänzlich ihrer Bestreitungslast enthebt. Dessen ungeachtet dürfte jedoch aufgrund der von der herrschenden Lehre geforderten restriktiven Anwendung und dem Ausnahmecharakter der Norm der Anwendungsbereich der Beweiserhebung von Amtes wegen nicht allzu gross ausfallen. 299

---

<sup>882</sup> BMcK-PASSADELIS ZPO 153 N 6; DOLGE, S. 35.

<sup>883</sup> DOLGE, S. 35.

<sup>884</sup> BSK-GUYAN ZPO 153 N 12.



## § 8 Substantiierungslast

- 300 Wie bereits dargestellt wurde, muss, wenn der Beklagte mit seinen erheblichen Bestreitungen dem klägerseits vorgetragenen schlüssigen Tatsachenvortrag widersprochen hat, anhand eines Beweisverfahrens über die beweisbedürftigen, streitigen Tatsachen entschieden werden,<sup>885</sup> unstrittige Tatsachen demgegenüber werden, unter Vorbehalt der Beweisabnahme von Amtes wegen gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO, ohne weitere Beweisabnahme dem Urteil zugrunde gelegt.<sup>886</sup> Damit eine Partei jedoch überhaupt mit ihrem Beweisantrag zum Beweis, resp. Gegenbeweis, zugelassen wird, hat diese zusätzlich ihrer sog. **Substantiierungslast**<sup>887</sup>, im Französischen *fardeau de la motivation*, resp. *charge de la motivation*, und im Italienischen *onere di specificazione*, zu genügen.<sup>888</sup>

### I. Begriffliches

- 301 Der sprachliche Begriff «substantiieren»<sup>889</sup> bedeutet allgemein, dass etwas mit Substanz angereichert, belegt oder begründet wird; dementsprechend häufig und vielfältig wird er in Rechtsprechung und Literatur verwendet.<sup>890</sup> Grundsätzlich lässt sich eine Verwendung des Begriffs der Substantiierungslast in einem engeren und in einem weiteren Sinn feststellen. **Die Substantiierungslast in einem weiteren Sinne** versteht dabei die inhaltlichen Anforderungen an den Tatsachenvortrag im umfassenden Sinne, d.h. einschliesslich der Anforderungen an das Behaupten ungeachtet der gegnerischen Vorbringen.<sup>891</sup>
- 302 Demgegenüber findet sich mit der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Abgrenzung zwischen einer (abstrakten) Behauptungslast von einer (konkreten) Substantiierungslast, wie sie vorliegend gefolgt wird, die Verwendung einer **Substantiierungslast im engeren Sinn**.<sup>892</sup> Damit ist die Substan-

---

<sup>885</sup> Siehe dazu bereits oben N 19; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 193.

<sup>886</sup> Statt vieler BK-BRÖNNIMANN ZPO 150 N 1.

<sup>887</sup> Auch bei der Substantiierungslast handelt es sich – trotz häufiger Bezeichnung als Substantiierungspflicht – eindeutig um eine prozessuale Last; siehe dazu statt vieler BSK-FREI/WILLISEGGER, ZPO 221 N 19; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1060; MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 297.

<sup>888</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 31; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 64; dazu sogleich unten N 315.

<sup>889</sup> Auch «substanziieren», teilweise auch (orthographisch fragwürdig) «substantieren» oder «substanziieren».

<sup>890</sup> Ausführlich zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs bereits HUGUENIN-DUMMITAN, S. 33 ff.; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 23 ff.

<sup>891</sup> Siehe dazu bereits oben N 165.

<sup>892</sup> So auch SCHWANDER, S. 128.

tiierung von Tatsachenbehauptungen, d.h. das Anreichern von bereits erfolgten Tatsachenbehauptungen mit weiteren Tatsachenbehauptungen, gemeint. Denn das Erfordernis, bereits erfolgte Tatsachenbehauptungen in weitere Einzeltatsachen zu zerlegen um damit den Tatsachenvortrag um diese weiteren Einzeltatsachen zu ergänzen, besteht nur insoweit, als dem schlüssigen Tatsachenvortrag eine erhebliche Bestreitung gegenübersteht, die es erforderlich macht, dass der widersprochene Sachvortrag ergänzt wird.<sup>893</sup>

### 1. Substantiiertes Behaupten und substantiiertes Bestreiten

Wie bereits dargestellt, bestehen unterschiedliche Anforderungen an den Detaillierungsgrad von Tatsachenbehauptungen, abhängig vom Zeitpunkt der Vorbringen im Prozess. Bei anfänglichem Behaupten wurde festgestellt, dass an diese andere (Minimal-)Anforderungen zu stellen sind, als an die Ausführungen nach einer erfolgten Bestreitung. Die Anforderungen an das Behaupten im Rahmen der Behauptungslast, so wie sie hier verstanden wird, unterscheidet sich damit von den Anforderungen an die Tatsachenbehauptungen, welche die Substantiierungslast den Parteien aufbürdet. Wenn man die Substantiierungslast demgegenüber in einem weiten, umfassenden Sinn verwendet, dann ist jeweils unklar, ob mit **substantiiertem Behaupten** die Anforderungen an das Behaupten zu Beginn, welches bloss allgemein zu erfolgen hat, oder aber ob damit eine Substantiierung als Reaktion auf eine Bestreitung und im Hinblick auf die Beweisabnahme gemeint ist. 303

Ebenso verhält es sich mit der Verwendung des Begriffs der Substantiierung im Zusammenhang mit dem Bestreiten. In der Literatur werden mehrheitlich sämtliche Anforderungen an das Bestreiten als **substantiiertes Bestreiten** zusammengefasst. Eine Unterscheidung zwischen den Anforderungen an das detaillierte Bestreiten einerseits, im Sinne der Vollständigkeit der Bestreitung der einzelnen Behauptungen, und der inhaltlichen Konkretisierung der einzelnen Bestreitung andererseits, d.h. den Anforderungen an das begründete Bestreiten, wird nur vereinzelt gemacht.<sup>894</sup> Sobald aber nur von einem substantiiertem Bestreiten gesprochen wird, ist unklar, ob damit die Anforderung an das detaillierte oder die Anforderungen an das begründete Bestreiten gemeint ist.<sup>895</sup> In dieser Arbeit wurde deshalb bewusst auf die Wendung des substantiierten Bestreitens verzichtet. 304

<sup>893</sup> Dazu insgesamt bereits oben N 165 ff.

<sup>894</sup> So etwa bei BK-HURNI ZPO 55 N 39 ff.; BUNDI/SONDEREGGER, S. 407; WALDMANN, S. 235; die Unterteilung lässt sich zurückführen auf BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 62 ff.

<sup>895</sup> Ähnlich HAFTER, N 926.

305 Ganz allgemein lässt sich festhalten, dass der nahezu inflationäre Gebrauch des Wortes «substantiieren» es generell schwierig macht, eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Institute vorzunehmen, da jedes Mal geprüft werden muss, welcher Aspekt sich hinter dem Gebrauch des Wortes «substantiieren», bzw. «Substantiierungslast», verbirgt. Da sich in der Lehre bislang keine einheitliche Terminologie durchsetzen konnte, bleibt zu hoffen, dass durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts auch in dieser Hinsicht eine Vereinheitlichung erfolgt.

## 2. Materielle rechtliche und prozessrechtliche Seite der Substantiierungslast

306 In der Literatur findet sich ferner die Unterscheidung zwischen einer materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Seite der Substantiierungslast.<sup>896</sup> Danach beschreibt die **materielle rechtliche Seite der Substantiierung**, wie konkret eine Tatsache zu behaupten ist, damit sie unter ein einzelnes Tatbestandsmerkmal einer betreffenden Norm des Bundesprivatrechts subsumiert werden kann.<sup>897</sup>

307 Wie bereits bei den Ausführungen zur Behauptungslast aufgezeigt wurde, ist diese Massgeblichkeit des materiellen Bundesrechts bereits Voraussetzung für die Anforderungen an die Konkretisierung von Tatsachenbehauptungen im Rahmen der (abstrakten) Behauptungslast und damit, ob ein Sachvortrag schlüssig erscheint. Wenn man mit der Substantiierung von Tatsachen allgemein die Anforderungen an den Detaillierungsgrad von Tatsachenbehauptungen meint und damit den Umfang an die Behauptungslast mit dem Begriff der Substantiierungslast gleichsetzt, umschreibt die sog. materielle rechtliche Seite der Substantiierungslast nichts anderes, als die Anforderungen an die Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags.<sup>898</sup> Mit anderen Worten beschreibt die materielle rechtliche Seite der Substantiierung auch das hier dargestellte vollständige und konkrete Behaupten von Tatsachen im Rahmen der (abstrakten) Behauptungslast.<sup>899</sup>

308 Wie bereits gezeigt wurde, zeigt sich auch hier wieder, dass ein Nachteil der umfassenden Verwendung des Begriffs des Substantiierens darin liegt, dass damit keine Unterscheidung zwischen den Anforderungen an den Detaillierungsgrad von unstreitigen Tatsachenbehauptungen und denjenigen Anforderungen bei streitigen Tatsachenbehauptungen möglich ist. Die Massgeblichkeit des ma-

---

<sup>896</sup> Vgl. dazu BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 165; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 31 ff.; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1265 ff.; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 17 ff.; SIDLER, S. 4 ff.

<sup>897</sup> Statt vieler BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 165.

<sup>898</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 165 f.; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 31 ff.;

<sup>899</sup> Siehe dazu bereits oben N 170 ff. Vgl. auch SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 32.

teriellen Rechts ist denn auch im Rahmen der (konkreten) Substantiierungslast im hier verwendeten Sinne vorausgesetzt, da die substantiierten Behauptungen ebenso unter die betreffenden Tatbestandsmerkmale des materiellen Rechts zu subsumieren sind, wie die allgemein gehaltenen Tatsachenbehauptungen der (abstrakten) Behauptungslast.<sup>900</sup> Im Rahmen der materiellrechtlichen Seite der Substantiierungslast lässt sich indessen das allgemein gehaltene, anfängliche Behaupten vom substantiierten Behaupten nicht abgrenzen. Auch wird damit – um die Anforderungen an den Detaillierungsgrad zu beschreiben – gänzlich auf den Begriff der Behauptungslast verzichtet, da dieser bloss zum Oberbegriff für die unterschiedlichen Substantiierungslasten verkommt, womit auch hier die Gefahr einer synonymen Verwendung der Begriffe einhergeht.<sup>901</sup>

Wenn man hingegen – wie hier vertreten – annimmt, dass sich bei der (abstrak- 309 ten) Behauptungslast der Detaillierungsgrad ausschliesslich an den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm orientiert, und sich der Detaillierungsgrad bei der (konkreten) Substantiierungslast *zusätzlich* auch an den Bestreitungen, resp. am prozessualen Verhalten der Gegenpartei orientiert,<sup>902</sup> dann gilt die Massgeblichkeit der materiellrechtlichen Norm jedoch auch im Rahmen der Substantiierungslast. Nach der hier verwendeten Terminologie wäre einzig hierfür der Begriff der materiellrechtlichen Seite der Substantiierungslast zu gebrauchen.<sup>903</sup>

Die **prozessrechtliche Seite der Substantiierungslast** beschreibt demge- 310 gegenüber, auf welchen Wegen ein subsumtionsfähiger Sachverhalt erlangt werden soll.<sup>904</sup> Damit sind die prozessualen Anforderungen gemeint, welchen die Parteien beim Substantiierten ihrer behaupteten Tatsachen zu genügen haben. Mit der Aufhebung der kantonalen Zivilprozessordnungen regelt die Schweizerischen Zivilprozessordnung, ob die Parteien ihre anspruchsbegründenden Tatsachen selbst vorbringen müssen, resp. ob das Gericht Tatsachen berücksichtigen darf, die nicht vorgebracht wurden, ebenso in welcher Form und innerhalb welcher Frist die Parteien die Tatsachen zu substantiierten haben.<sup>905</sup>

Die Abgrenzung zwischen materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Seite 311 war vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung von besonderer Bedeutung, da es dem Bundesgericht im Rahmen seiner Überprüfungsbefugnis

<sup>900</sup> Dazu sogleich unten N 328.

<sup>901</sup> Ähnlich bereits SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 31 f., welcher empfiehlt, auf den Begriff der materiellrechtlichen Seite der Substantiierungslast insgesamt zu verzichten, da er nur weitere Unklarheiten bezgl. der Abgrenzung zwischen Behauptungs- und Substantiierungslast fördere.

<sup>902</sup> Vgl. dazu oben N 139 ff.

<sup>903</sup> Siehe dazu sogleich unten N 328.

<sup>904</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 166; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1265.

<sup>905</sup> FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 20.

damals nur gestattet war in kantonales Prozessrecht einzugreifen, wenn die Gefahr bestand, dass materielles Bundesrecht vereitelt wurde. Unter der Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung lässt sich diese Unterscheidung weiterhin vornehmen, mit dem gewichtigen Unterschied, dass der Zivilprozess mittlerweile nun ebenfalls bundesrechtlich geregelt ist und das Prozessrecht daher vom Bundesgericht uneingeschränkt überprüft werden kann.<sup>906</sup>

### 3. Abstrakte und konkrete Substantiierungslast

- 312 Da die Verwendung des Begriffs der Substantiierungslast im weiteren Sinne sämtliche Anforderungen an den Detaillierungsgrad von Behauptungen unter einem Begriff vereint, findet sich bei WALTER die – soweit ersichtlich singuläre – weitere Unterteilung der Substantiierungslast im weiteren Sinne in eine abstrakte und konkrete Seite.<sup>907</sup> Wie bereits gezeigt wurde, entsprechen dabei der von WALTER verwendete Begriff der abstrakten Substantiierungslast der abstrakten Behauptungslast im hier verwendeten Sinne und der Begriff der konkreten Substantiierungslast der konkreten Behauptungslast, d.h. der Substantiierungslast im hier verwendeten Sinne.<sup>908</sup> Mit dieser zusätzlichen Unterteilung wird der in dieser Arbeit kritisierte Mangel an der Verwendung des Begriffs der Substantiierungslast im weiteren Sinne, nämlich die fehlende Differenzierung zwischen anfänglichem und nach einer Bestreitung erfolgter Behauptung, zwar behoben. Es verbleibt jedoch die Verwechslungsgefahr dadurch, dass wenn von einer genügend substantiierten Behauptung gesprochen wird, sich wiederum nicht eindeutig bestimmen lässt, ob damit gemeint ist, dass der (abstrakten) Behauptungslast oder der (konkreten) Substantiierungslast genügt wurde.

## II. Gegenstand der Substantiierungslast

- 313 Unter Vorbehalt der Beweisabnahme von Amtes wegen legt Art. 150 Abs. 1 ZPO fest, dass nur über rechtserhebliche, streitige Tatsachen Beweis zu führen ist; mit anderen Worten sind damit nur diejenigen rechtserheblichen Tatsachen beweisbedürftig, die erheblich bestritten wurden.<sup>909</sup> Gegenstand der Substantiierungslast sind somit alle rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen, die vom Behauptungsbelasteten schlüssig vorgetragen und vom Bestreitungsbelasteten erheblich bestritten wurden, mithin alle **beweisbedürftigen Tatsachen**. Keine beweisbedürftigen Tatsachen sind demzufolge die unstrittigen Tatsachen, na-

---

<sup>906</sup> FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 20.

<sup>907</sup> BK-Walter ZGB 8 N 200.

<sup>908</sup> Oben N 136.

<sup>909</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 150 N 12 f.

mentlich die ausdrücklich oder konkludent zugestandenen Tatsachen sowie die nicht oder nicht hinreichend bestrittenen Tatsachen.<sup>910</sup> Aber auch bei streitigen Tatsachen kann es ausnahmsweise an der Beweisbedürftigkeit fehlen: Wo das Gericht in **antizipierter Beweiswürdigung**<sup>911</sup> zum Schluss kommt, dass eine Beweisabnahme an der gerichtlichen Überzeugung nichts zu ändern vermag, besteht ebenfalls kein Anlass für eine Beweisabnahme.<sup>912</sup>

Da nicht über jede beweisbedürftige Tatsache voraussetzungslos Beweis ab- 314  
genommen wird, ist von der Beweisbedürftigkeit einer Tatsache der Anspruch der Parteien, zum Beweis dieser Tatsachen zugelassen zu werden, zu unterscheiden. Dieses in Art. 152 Abs. 1 ZPO verankerte Recht auf Beweis, der sog. **Beweisanspruch**, setzt nach h.L. (1.) einen form- und fristgerechter Beweisantrag voraus,<sup>913</sup> welcher (2.) ein gesetzlich zulässiges und taugliches Beweismittel enthält,<sup>914</sup> dass sich (3.) auf eine rechtserhebliche Tatsache bezieht,<sup>915</sup> die wiederum (4.) anhand eines form- und fristgerechten, schlüssigen Tatsachenvortrags in den Prozess eingeführt wurde,<sup>916</sup> sowie (5.) die Bezahlung des Beweiskostenvorschusses.<sup>917</sup>

Darüber hinaus ist die Beweis führende Partei ebenfalls nur dann zum Be- 315  
weis zu zulassen, wenn sie ihre Behauptungen hinreichend substantiiert hat.<sup>918</sup> Dieses Erfordernis der Substantiierung von den zu beweisenden Tatsachenbehauptungen wird denn auch vom Bundesgericht vorausgesetzt: «Über einen nicht substantiiert vorgetragenen Sachverhalt findet kein Beweisverfahren statt, setzt doch dessen Durchführung entsprechende Behauptungen der beweisbelas-

<sup>910</sup> Siehe dazu statt vieler BK-BRÖNNIMANN ZPO 150 N 12 f.

<sup>911</sup> Die antizipierte Beweiswürdigung ist trotz Streichung der expliziten Bestimmung in Art. 147 Abs. 2 VE-ZPO auch unter Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung zulässig, vgl. dazu statt vieler ZK-HASENBÖHLER ZPO 152 N 18 ff.; BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 55 ff.

<sup>912</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, FN 988.

<sup>913</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 22 ff.; ZK-Hasenböhler ZPO 152 N 11; BSK-GUYAN ZPO 152 N 3; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 430; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 52 ff; BGE 133 III 189, 195; BGE 131 III 38, 45.

<sup>914</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 18 ff.; ZK-HASENBÖHLER ZPO 152 N 12; BSK-GUYAN ZPO 152 N 6 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 21; BSK-GUYAN ZPO 152 N 5 ff; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 430; BGE 117 Ia 262, 269.

<sup>915</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 27; ZK-HASENBÖHLER ZPO 152 N 13; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 430; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 21; BGE 133 III 189, 195; BGE 117 Ia 262, 269.

<sup>916</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 28 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 21.

<sup>917</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 22 ff.; ZK-HASENBÖHLER ZPO 152 N 14.

<sup>918</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 31; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 199 ff.; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 60; gl.A. DIKE-GLASL ZPO 55 N 28.

teten Partei voraus. Wo – wie hier – die Verhandlungsmaxime gilt, ist der nicht substantiiert vorgebrachte dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen». <sup>919</sup> Die rechtserheblichen, beweisbedürftigen Tatsachenbehauptungen, mit hin der Gegenstand der Substantiierungslast, müssen dementsprechend derart substantiiert dargelegt werden, dass über diese in einem Beweisverfahren entschieden werden kann. <sup>920</sup>

### III. Funktionen der Substantiierungslast

316 Mit den einzelnen Voraussetzungen an den Anspruch zur Zulassung zum Beweis wurde gezeigt, dass die Substantiierungslast auch dazu dienen soll, eine Beweisabnahme zu ermöglichen. An dieser Stelle sei deshalb näher zu untersuchen, welchen Funktionen die Substantiierungslast grundsätzlich dient. <sup>921</sup>

#### 1. Ermöglichung eines sinnvollen, rationellen Beweisverfahrens

317 Das Bundesgericht – und mit ihr einhellig die Lehre – verlangt, damit eine Partei ihrer Substantiierungslast genügt, dass die rechtserheblichen Tatsachen «nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar» darzulegen sind, «dass darüber Beweis abgenommen werden kann». <sup>922</sup> Die Substantiierung muss demnach die für die Ermittlung des Sachverhalts notwendige «beweismässige Abklärung ermöglichen», <sup>923</sup> womit der Zweck der Substantiierungslast generell auch als die «Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts» bezeichnet werden kann. <sup>924</sup>

318 Wie jedoch bereits HAFTER darauf hingewiesen hat, greift diese Umschreibung für sich alleine genommen zu kurz, da auch über sehr allgemein gehaltene Behauptungen Beweis abgenommen werden könne. <sup>925</sup> Die Frage bleibt demnach bestehen, weshalb es der Substantiierung der Tatsachenbehauptungen bedarf, um ein Beweisverfahren durchzuführen. Eine Erklärung kann möglicherweise darin gefunden werden, indem man danach fragt, weshalb es überhaupt

---

<sup>919</sup> BGer. 5P.210/2005, Erw. 4.1; BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 31.

<sup>920</sup> BGE 127 III 365, 368; dazu sogleich unten N 317.

<sup>921</sup> Siehe dazu insbesondere auch SCHWEIZER, Substanziieren, S. 561 ff.

<sup>922</sup> BGE 127 III 365, 368; 4A\_210/2009, Erw. 3.2; BGer. 4A\_144/2009, Erw. 3.2; BGer. 4C.434/2006, Erw. 3.6; BK-KILLIAS ZPO 221 N 22; BK-HURNI ZPO 55 N 25; ZK-LEUENBERGER ZPO 221 N 43; BSK-GEHRI ZPO 55 N 4; DIKE-GLASL ZPO 55 N 24; KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 12; BK-WALTER ZGB 8 N 200; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1060; HAFTER, N 900; SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 29; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19.

<sup>923</sup> BGE 108 II 337, 341 mit Hinweis auf HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19.

<sup>924</sup> SCHWEIZER, Substanziieren, S. 561 mit Zitat aus KassGer. ZH AA080079, Erw. 2.2a.

<sup>925</sup> HAFTER, N 901; ihm beipflichtend SCHWEIZER, Substanziieren, S. 562.

eines Beweises bedarf: Beim Beweis soll das Gericht durch ein Beweismittel davon überzeugt werden, ob die Behauptung einer rechtserheblichen Tatsachenbehauptung, das sog. **Beweisthema**, wahr oder falsch ist.<sup>926</sup> Mit anderen Worten muss das Gericht die einzelnen Beweismittel würdigen, um zu entscheiden, ob eine behauptete Tatsache der Wahrheit entspricht.

Damit das Gericht jedoch überhaupt dazu in der Lage ist, müssen die einzelnen Beweismittel den jeweiligen Tatsachenbehauptungen zugeordnet werden können.<sup>927</sup> Deshalb obliegt es im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes den Parteien, die einzelne Tatsachenbehauptung, d.h. das einzelne Beweisthema, einzugrenzen und dem jeweiligen Beweismittel durch entsprechende Beweisanträge zuzuordnen.<sup>928</sup> Diese für die Zuordnung zum jeweiligen Beweismittel dienende Aufgliederung der Behauptungen – die sogenannte Substantiierung des Beweisthemas – ermöglicht damit auch letztendlich «einen sinnvollen und rationellen Einsatz der Beweismittel» durch das Gericht.<sup>929</sup> Mit anderen Worten lässt sich die eingangs erwähnte Umschreibung dahingehend präzisieren, dass die rechtserheblichen Tatsachen so umfassend und klar dargelegt werden müssen, damit anhand eines sinnvollen und rationellen Einsatzes der Beweismittel die Beweise abgenommen werden können.

Unter diesem Gesichtspunkt ist eine Substantiierung bspw. ungenügend, wenn das Gericht ein Beweismittel überhaupt keinem Beweisthema zuordnen kann oder ein Beweisthema derart weit gefasst ist, dass nicht klar wird, welcher Teilaspekt des Beweisthemas mit welchem Beweismittel zu würdigen ist. Mit anderen Worten ausgedrückt ist demnach eine Tatsachenbehauptung unsubstantiiert, wenn bspw. das Gericht nach den Tatsachen, welche durch den Beweis zu erstellen sind, im Beweismittel oder in einer Vielzahl von Beweismitteln – ähnlich einer Stecknadel im Heuhaufen – suchen muss.<sup>930</sup>

Am Beispiel der Mängelrüge in BGE 107 II 172 soll gezeigt werden,<sup>931</sup> was dies im Einzelnen bedeutet: Der behauptungsbelastete Kläger brachte vor, dass

<sup>926</sup> Statt vieler GULDENER, 318; BSK-GUYAN ZPO 150 N 5; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 764.

<sup>927</sup> HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19, spricht davon, dass sich aufgrund der Substantiierung «Ansatzpunkten für den Einsatz von Beweismitteln» zeigen sollen, mit deren Hilfe sich die Wahrheit nachweisen lasse. Siehe dazu auch ZK-LEUENBERGER ZPO 221 N 51 m.w.H.

<sup>928</sup> Gestützt auf BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 199 N 2, spricht ZK-LEUENBERGER (ZPO 221 N 51) in diesem Zusammenhang auch vom «**Prinzip der Beweisverbindung**»; WALDMANN, S. 282.

<sup>929</sup> BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 32; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 54, S. 64 ff; ähnlich AFFOLTER, S. 109, m.w.H.

<sup>930</sup> Ähnlich bereits WALDMANN, S. 282.

<sup>931</sup> Siehe dazu bereits oben N 168.



die am Bau beteiligten Unternehmer sofort benachrichtigt worden waren, mit welchem er die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge seiner Behauptungslast entsprechend in allgemeiner Weise behauptet hatte. Wenn nun das Gericht aufgrund der Bestreitung durch die Gegenpartei für diese allgemein gehaltene Behauptung den Beweis abnehmen wollte, müssten dafür sämtliche am Bau beteiligten Unternehmer, vielleicht waren es fünf, zehn oder mehr, als Zeugen vorgeladen werden. Überdies müsste aufgrund der Ermittlung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge jeder einzelne Zeuge dazu befragt werden, an welchem Datum ein Kontakt mit dem Kläger stattgefunden hatte und welches der Inhalt dieser Treffen war etc. Das Beweisverfahren würde damit endlos. Bringt der behauptungs- und beweisbelastete Kläger indessen aufgrund der Bestreitung vor, dass er dem Unternehmer XY an einem bestimmten Datum anlässlich einer Besprechung in dessen Büro in Basel eine schriftliche Mängelrüge überreicht hat, kann das Gericht diese einzelnen Beweise «gezielt» abnehmen, wodurch das Beweisverfahren in erheblichem Umfang verschlankt wird.

## 2. Ermöglichung des Gegenbeweises

- 322 Diese Suche nach der Einzeltatsache, über welche das Gericht letztlich zu entscheiden hat, ob sie wahr oder falsch ist, ist im Übrigen auch der Gegenpartei nicht zuzumuten. Deshalb dient die Substantiierung des Beweisthemas gleichzeitig auch dazu, die Gegenpartei in die Lage zu versetzen, dass diese konkret zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen Stellung nehmen kann.<sup>932</sup> Die behauptungsbelastete Partei hat deshalb die Tatsachenbehauptungen so konkret zu formulieren, «dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann».<sup>933</sup>
- 323 Wie bereits gezeigt wurde, soll durch die dialektische Abfolge von Behauptung und Bestreitung, bzw. Gegenbehauptung, ein Sachverhalt auf diejenigen beweisbedürftigen Einzeltatsachen reduziert werden, über die als (übrig gebliebene) streitige Tatsachen daraufhin im Beweisverfahren entschieden werden kann. Dadurch, dass die behauptungsbelastete Partei ihre Behauptungen in Einzeltatsachen aufgliedert und die bestreitungsbelastete Partei ihrerseits ihre Gegenbehauptungen aufgliedert, kann gewissermassen ein Beweisthema aus

---

<sup>932</sup> H.L.: Statt vieler BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 33; BK-KILLIAS ZPO 221 N 22; BK-HURNI ZPO 55 N 25; BSK-GEHRI ZPO 55 N 4; KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 12; BK-WALTER ZGB 8 N 200; HAFTER, N 902; LEUENBERGER, Ordentliches Verfahren, S. 329; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19; AFFOLTER, S. 109; SCHWANDER, S. 131; GULDENER, S. 164.

<sup>933</sup> BGE 136 III 322, 328; BGE 127 III 365, 368; 123 III 183, 187 f.; BGE 108 II 337, 339; BGer. 4A\_591/2012, Erw. 2.1; BGer. 4A\_69/2012, Erw. 4.1; BGer. 4A\_438/2010, Erw. 3.4.2.1.

einem Sachverhaltskomplex herausgeschält werden,<sup>934</sup> bis die strittige Einzeltatsache übrig bleibt, die zum Beweis zu verstellen ist. Was hier noch hinzutritt, indem der Behauptungsbelastete seine allgemeinen Behauptungen substantiiert, ist, dass dem Beweisgegner ermöglicht wird, seinerseits für seine Gegenbehauptungen Gegenbeweise anzubieten.

Wiederum lässt sich dies anhand des Beispiels von der Mängelrüge darstellen. Wie bereits erwähnt, hatte der Besteller die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge seiner Behauptungslast entsprechend in allgemeiner Weise behauptet, indem er vorbrachte, dass die am Bau beteiligten Unternehmer sofort benachrichtigt worden waren. Diese allgemein gehaltene Behauptung erlaubt dem Bestreitungsbelasteten bloss eine ebenso allgemein gehaltene Bestreitung,<sup>935</sup> wonach die am Bau beteiligten Unternehmer, vielleicht waren es wiederum fünf, zehn oder mehr, keine sofortige Mängelrüge erhalten hätten. Ein Gegenbeweis für diese Bestreitung zu führen ist beinahe unmöglich, bedeutete doch dies, dass vorliegend der Bestreitungsbelastete von allen Unternehmer einen Zeugenbeweis benötigte. Wenn hingegen der Behauptungsbelastete gemäss seiner Substantiierungslast weiter ausführt, dass er an einem bestimmten Datum dem Unternehmer XY eine schriftliche Mängelrüge in dessen Büro in Basel überreicht habe, ist die bestreitungsbelastete Gegenpartei in der Lage ebenso detailliert zu bestreiten und einen entsprechenden Gegenbeweis für ihre Gegenbehauptungen anzubieten. Wenn die Gegenpartei bspw. dementsprechend entgegnet, dass jener Unternehmer zu diesem Zeitpunkt im Ausland war und dieser überdies sein Büro in Bern habe, muss demgemäss das Gericht bloss über diese beiden Punkte Beweis erheben. Zeigt sich dabei, dass der Unternehmer zu jenem Zeitpunkt tatsächlich im Ausland weilte, muss über die weiteren anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen kein weiteres Beweisverfahren mehr durchgeführt werden, da diese nicht der Wahrheit entsprechen können.<sup>936</sup>

### 3. Verhinderung des Ausforschungsbeweises

Wie bereits gezeigt wurde, kann von einer nicht beweisbelasteten Partei nur ausnahmsweise im Rahmen der besonderen Mitwirkungslast verlangt werden, dass sie mit eigenen Angaben zur Sachverhaltserstellung beiträgt.<sup>937</sup> Über diese Mitwirkung bei der Sachverhaltserstellung hinaus, ist der Beweisgegner zwar zu-

<sup>934</sup> Ähnlich bereits HUGUENIN-DUMITTAN, S. 20.

<sup>935</sup> Ähnlich bereits HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19.

<sup>936</sup> SCHWEIZER, Substanziieren, S. 562 f., mit ähnlichem Beispiel.

<sup>937</sup> Siehe zum begründeten Bestreiten im Rahmen der besonderen Mitwirkungslast des Beweisgegners bereits oben N 210 f. und insbesondere N 278 ff.

sätzlich gemäss Art. 160 ZPO mit der Mitwirkung an der Beweiserhebung belastet.<sup>938</sup> Diese Mitwirkungslasten des Beweisgegners sind jedoch Ausnahmen vom Grundsatz, dass der Beweisgegner dem Beweisbelasteten nicht dazu verhelfen muss, den Prozess gegen ihn zu gewinnen.<sup>939</sup>

326 So wurde ebenfalls bereits gezeigt, dass im Rahmen von Behauptungen auf Geratewohl/ins Blaue hinein diese grundsätzlich unzulässig sind, da bei Mutmassungen ohne jegliche Anhaltspunkte der Schluss nahelegt, dass diese Behauptungen willkürlich aufgestellt wurden mit der einzigen Absicht, ein Beweisverfahren zu erwirken, welches wiederum neue Tatsachen aufdecken soll.<sup>940</sup> Das gleiche Ergebnis eines unerlaubten Ausforschungsbeweises lässt sich jedoch auch dadurch erreichen, dass anstatt von Mutmassungen einfach das Beweisthema ungenau umschrieben wird, um damit anhand der Beweisaufnahme durch das Gericht die Grundlagen für neue, weitere Tatsachenbehauptungen in Erfahrung zu bringen.<sup>941</sup>

327 Das Beweisverfahren dient jedoch nicht dazu, lückenhafte und ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen,<sup>942</sup> weshalb sich eine Partei im Hinblick auf ein Beweisverfahren nicht mit allgemein gehaltenen Behauptungen begnügen darf.<sup>943</sup> Das Gericht soll auch hier wieder nicht in den Beweismitteln nachforschen müssen, um die notwendigen schlüssigen Tatsachenbehauptungen zu ermitteln,<sup>944</sup> sondern es bedarf einer rechtsgenügenden Substantiierung des geltend gemachten Anspruchs bereits vor der Durchführung einer Beweismassnahme.<sup>945</sup> Das Erfordernis der Substantiierung des Beweisthemas durch die behauptungs- und beweisbelastete Partei verhindert damit letztlich auch den unerlaubten Ausforschungsbeweis.<sup>946</sup>

---

<sup>938</sup> Bedeutsam sind insbesondere die Editionsspflicht für Urkunden sowie die Duldung von Augenscheinen (Art. 160 Abs. 1 lit. b und c ZPO; siehe dazu statt vieler BK-RÜETSCHI ZPO 160 N 14 ff. und N 30 ff.); SCHWEIZER, Substanziieren, S. 564.

<sup>939</sup> Siehe dazu bereits oben N 101 f. und FN 315.

<sup>940</sup> Siehe dazu oben N 105 f.; MÜLLER, S. 141 m.w.H.

<sup>941</sup> MÜLLER, S. 5, mit weiteren Umschreibungen des Ausforschungsbeweises.

<sup>942</sup> BGE 108 II 337, 341 m.w.H.; BGE 127 III 365, 369.

<sup>943</sup> BK-HURNI ZPO 55 N 29; BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 198 m.w.H.; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 64 f.; SPIRIG, S. 50; SIDLER, S. 13.

<sup>944</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast, S. 198 f. m.w.H.; BK-HURNI ZPO 55 N 29.

<sup>945</sup> BGE 127 III 365, 369.

<sup>946</sup> BK-HURNI ZPO 52 N 29; BK-BRÖNNIMANN ZPO 152 N 33; DIKE-LEU ZPO 152 N 79 ff.; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 54; SCHWEIZER, Substanziieren, S. 564; MÜLLER, S. 129 f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER § 113 N 5; AFFOLTER, S. 109 f.; wohl auch BSK-SCHMID ZPO 160 N 24, jedoch nur in Bezug auf die Urkundenedition.

#### 4. Ermöglichung der Subsumtion durch das Gericht

Die Substantiierung von Tatsachenbehauptungen soll ebenfalls dazu dienen, 328 dass die rechtserheblichen Tatsachen unter eine Norm des materiellen Rechts subsumiert werden können und dem Gericht dadurch die Rechtsanwendung ermöglicht wird.<sup>947</sup> Wie bereits bei der Unterscheidung zwischen materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Seite der Substantiierungslast gezeigt wurde,<sup>948</sup> ist diese Massgeblichkeit des materiellen Rechts bereits auch für das anfängliche Behaupten zu berücksichtigen, ansonsten eine Klage un schlüssig ist.<sup>949</sup> Wenn damit bereits allgemein gehaltene Behauptung im Rahmen der (abstrakten) Behauptungslast geeignet sein müssen, unter ein Tatbestandsmerkmal des materiellen Rechts subsumiert werden zu können, dann werden regelmässig auch die darauf folgenden Substantiierungen dieses Erfordernis erfüllen. Denn die aufgrund der Substantiierung erfolgten zusätzlichen Behauptungen konkretisieren die ursprünglich vorgebrachten Behauptungen und werden deshalb in der Regel nicht über den Umfang des auszufüllenden Tatbestandmerkmals hinausgehen.

Dennoch ist diesem Erfordernis auch im Rahmen der Substantiierungslast 329 zu beachten. Denn auch hier ist eine Tatsachenbehauptung, die zwar eine bereits vorgebrachte Tatsachenbehauptung zusätzlich substantiiert, die jedoch nicht unter ein Tatbestandsmerkmal der anwendbaren gesetzlichen Bestimmung subsumiert werden kann, nicht rechtserheblich und damit unbeachtlich. Wenn im Beispiel der Mängelrüge substantiiert wird, dass an einem bestimmten Datum dem Unternehmer XY eine schriftliche Mängelrüge überreicht wurde, lassen sich sämtliche Tatsachenbehauptungen den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen zuordnen: Das Datum lässt sich unter «nach dem üblichen Geschäftsgange» subsumieren, der Unternehmer XY unter «Unternehmer», die Überreichung der schriftlichen Mängelrüge unter «allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen». Dass der Unternehmer dem Besteller bei dieser Gelegenheit bspw. einen Espresso offeriert habe, kann hingegen nicht unter den Tatbestand von Art. 367 Abs. 1 OR subsumiert werden, weshalb diese substantiierte Tatsachenbehauptung unerheblich ist und unbeachtlich bleibt.

<sup>947</sup> Statt vieler BGE 127 III 365, 368: «Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen dabei inhaltlich zu substantiieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht.»; DIKE-GLASL ZPO 55 N 28; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 17 f.; FELLMANN, Substanziierung und Beweis, S. 40 m.w.H.; AFFOLTER, S. 109 m.w.H.; SCHWANDER, S. 131; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 20.

<sup>948</sup> Siehe oben N 308 f.

<sup>949</sup> Siehe dazu oben N 170 ff.

## 5. Ermöglichung einer Plausibilitätskontrolle des Sachvortrags?

- 330 Wie bereits bei der Wahrheitspflicht gezeigt wurde, ist der Vortrag von Mutmassungen zulässig, solange die Partei vom Vorliegen der behaupteten Tatsachen zu einem gewissen Grad subjektiv überzeugt ist und greifbare Anhaltspunkte für ihre Mutmassungen in Form von Indizien vorträgt.<sup>950</sup> Dadurch, dass eine Partei ihre Mutmassungen als solche bezeichnen und zusätzlich begründen muss, ist das Gericht überdies in der Lage zu beurteilen, ob diese Mutmassungen plausibel erscheinen, wodurch auch ein unerlaubter Ausforschungsbeweis verhindert wird.
- 331 Nach einer in der deutschen Lehre vertretenen Ansicht soll eine derartige Kontrolle, ob der vorgetragene Sachverhalt plausibel erscheint, auch im Rahmen der Substantiierungslast zulässig sein.<sup>951</sup> Das Gericht soll demnach nicht bloss prüfen, ob eine Tatsachenbehauptung schlüssig, bzw. eine Bestreitung erheblich ist, sondern darüber hinaus – ähnlich wie beim Vorliegen von Mutmassungen – anhand der Substantiierungen beurteilen, ob ein Sachvorbringen plausibel erscheint. Eine Rechtfertigung wird darin gesehen, dass aufgrund der niedrigen Anforderungen an die Wahrheitspflicht gewisse Parteivorbringen ohnehin in die Nähe der Mutmassungen rücken, weshalb für diese ebenso eine Plausibilitätskontrolle notwendig erscheine.<sup>952</sup> Denn dadurch, dass erst die bewusst wahrheitswidrige erfolgte Tatsachenbehauptung unzulässig ist, könnten die Parteien «Ungewisses als gewiss behaupten» und durchaus wahrscheinliche Tatsachenbehauptungen bestreiten, auch wenn sich der Sachverhalt sehr wohl so zugetragen haben könnte, wie von der Gegenpartei behauptet.<sup>953</sup> Hinzu komme noch, dass eine Partei selbst bei Verletzung der Wahrheitspflicht, d.h. bei einem Behaupten, bzw. Bestreiten wider besseres Wissen, kein grosses Risiko eingehe, da der darin liegende (versuchte) Prozessbetrug nur selten geahndet würde.<sup>954</sup> Dadurch würden im Prozess derartig viele rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen streitig, dass das Gericht kaum in der Lage sei, jede einzelne streitige Tatsachenbehauptung durch eine Beweiserhebung aufzuklären und gleichzeitig den Prozess in angemessener Zeit zum Abschluss zu bringen.<sup>955</sup> Nicht zuletzt sei im Übrigen auch der Prozessgegner vor unnützen, kostenträchtigen und zeitraubenden Beweisverfahren zu bewahren, ebenso wie die weiteren am Beweis beteiligten Personen.<sup>956</sup> Deshalb rechtfertige

---

<sup>950</sup> Siehe dazu oben N 105 f.

<sup>951</sup> MÜLLER, S. 118 f.; AFFOLTER, S. 110 ff.; SCHWEIZER, Substanziieren, S. 565 f.

<sup>952</sup> MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2230, 2232.

<sup>953</sup> MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2230.

<sup>954</sup> MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2230; vgl. dazu auch die hier vorgetragene Kritik beim Bestreiten wider besseres Wissen, vorne N 107 ff.

<sup>955</sup> MEYKE, Darlegen und Beweisen, N 114, unter Berufung auf STÜRNER; MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2230. Ähnlich für die Schweiz SCHWANDER, S. 130.

<sup>956</sup> MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2231.

es sich, einen unzulänglich ausdifferenzierten Sachvortrag, d.h. ein ungenügend substantiiertes Vorbringen, von vornherein von der Beweiserhebung auszuschließen, denn die praktische Erfahrung zeige, dass eine Partei, die nicht in der Lage ist, einen Sachverhalt differenziert vorzutragen, zumeist auch nicht den Vollbeweis erbringen können.<sup>957</sup>

Die von MEYKE geschilderten Probleme, welche zu einer Überlastung der Gerichte führen, sind nicht von der Hand zu weisen. Dennoch können nach der hier vertretenen Ansicht die Zwecke nicht das Mittel heiligen. Denn dieses Mittel, d.h. die Plausibilitätskontrolle im Rahmen der Substantiierungslast, ist und bleibt letztendlich eine Vorauswürdigung der angebotenen Beweismittel und verletzt damit die beweisbelastete Partei in ihrem Recht auf den Beweis.<sup>958</sup> Aus diesem Grund ist mit der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs<sup>959</sup> und einem Teil der deutschen Lehre<sup>960</sup> eine Plausibilitätskontrolle auch für die Schweiz abzulehnen.<sup>961</sup> 332

#### IV. Umfang der Substantiierungslast

Anhand der soeben dargestellten Definitionen zur Substantiierungslast lassen sich zwar die einzelnen Funktionen erläutern; fraglich bleibt indessen, ob diese allgemein gehaltenen Definitionen der Rechtsprechung und der Literatur es erlauben, praktikable Abgrenzungskriterien zu finden, die zuverlässig festlegen, wann eine Behauptung hinreichend substantiiert ist.<sup>962</sup> Dazu sollen einige Beispiele aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Substantiierungslast kurz dargestellt werden bevor diese in Bezug auf die eingangs gestellte Frage zu würdigen sind. 333

##### 1. Beispiele aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Im dem BGer. 4A\_69/2012 zugrundeliegenden Sachverhalt war ein Vermittlungshonorar streitig, nachdem ein Immobilienvermittler einer Immobilienverwalterin eine Liegenschaft vermittelt hatte, diese jedoch im letzten Moment ihr Angebot zum Kauf zurückzog, bloss um zwei Monate später die Liegenschaft unter Umgehung des Vermittlungshonorars selbst erwerben zu können. Die Immobilienverwalterin stellte sich auf den Standpunkt, dass das Vermittlungshono- 334

<sup>957</sup> MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2231; siehe dazu auch SCHWEIZER, Substanziieren, S. 565 f.

<sup>958</sup> MÜLLER, S. 119 m.w.H.; zustimmend wie hier SCHWEIZER, Substanziieren, S. 566.

<sup>959</sup> Siehe dazu die entsprechenden Hinweise bei MEYKE, Darlegen und Beweisen, N 116 ff.

<sup>960</sup> Statt vieler BAUMGÄRTEL/LAUMEN, § 3 N 78 f. m.w.H.

<sup>961</sup> Gl.A. MÜLLER, S. 119; SCHWEIZER, Substanziieren, S. 566; unklar AFFOLTER, S. 115 f.

<sup>962</sup> So bereits im Resultat MÜLLER, S. 114.

rar an bestimmte zusätzliche Leistungen des Vermittlers geknüpft worden wäre, welche nicht erbracht worden seien. Diese zusätzlichen Leistungen, insbesondere das Liefern der Verkaufsdokumentation und die Verhandlungsführung beim Kauf, entsprächen einer Branchenusanz und seien deshalb aufgrund eines natürlichen und normativen Konsenses zum Vertragsinhalt geworden. Das Bundesgericht schützte indessen die Betrachtungsweise der Vorinstanz, wonach die Behauptung eines Konsenses im Vertragsschluss nur dann genügend substantiiert vorgetragen sei, «wenn ausgeführt werde, welche Partei der jeweiligen Gegenpartei welche Erklärung abgegeben habe, ferner wann das gewesen sei und wo».<sup>963</sup> Die blossе Behauptung einer stillschweigenden Vereinbarung genüge daher nicht, denn auch stillschweigenden Willensäusserung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 OR setzen ein Erklärungsverhalten der Parteien voraus. Dieses konkludente Verhalten der Vertragsparteien ist demnach substantiiert zu behaupten, da es nicht genüge, «einfach eine <stillschweigende Einigung> zu behaupten». Mit anderen Worten muss, wer einen konkludenten Vertragsschluss behauptet, diesen im Bestreitungsfall anhand der Umstände und des Parteiverhaltens, die auf einen konkludenten Vertragsschluss schliessen lassen, substantiieren. Die Branchenusanz ist hingegen kein solcher Umstand, da dieser selbst zum Vertragsinhalt gemacht werden müsse, um Geltung zu beanspruchen, was aber vorliegend überhaupt nicht behauptet worden war.

335 In BGer. 4A\_591/2012 klagte eine Generalunternehmerin gegen ein Ehepaar auf Rückzahlung einer bevorschussten Summe, mit welchem die Generalunternehmerin diverse Handwerkerrechnungen für das Bauprojekt des Ehepaars beglichen hatte. Die Vorinstanz wies die Klage ab, weil es der Ansicht war, dass nicht ersichtlich sei, wann ein Konsens zwischen den Parteien über einen Darlehensvertrag zustande gekommen war. Ein diesbezüglicher Konsens bedürfte als *essentialia negotii* einer konkreten oder zumindest bestimmaren Darlehenssumme, ohne welchen ein Vertragsschluss nicht möglich sei. Gemäss Vorinstanz hätte die Generalunternehmerin deshalb jeweils eine separate Einigung betreffend die Höhe der einzelnen Beträge hinreichend substantiieren müssen. Überdies befand die Vorinstanz, dass die Honorarhöhe für die gleichzeitig geltend gemachte Projektierungskosten, ebenfalls ungenügend substantiiert worden war, da die Generalunternehmerin es unterlassen habe anzugeben, welcher Stundenaufwand für welche konkreten Leistungen – im Sinne von konkreten Projektvarianten – geleistet wurde. Nach Ansicht der Vorinstanz genügten die Behauptungen zum Stundenaufwand, aufgelistet nach Jahren und bloss unterteilt in Arbeiten für Projektentwicklung und Modellbau, daher nicht. Das Bundesgericht hingegen befand im Sinne der beschwerdeführenden Generalunternehme-

---

<sup>963</sup> BGer 4A\_69/2012, Erw. 4.2.

rin, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Substantiierung sowohl in Bezug auf den Konsens der Darlehenssumme, wie auch in Bezug auf die Honorarforderung überhöhte Anforderungen gestellt hatte. Deshalb wies es die Vorinstanz im Rückweisungsentscheid an, die diesbezüglichen Beweise abzunehmen. Die Behauptung eines Stundenaufwands einer Honorarrechnung, aufgelistet nach Jahren und nach Projekt, genügten demnach vorliegend, ebenso wie ein Konsens bezüglich der Darlehenssumme ohne weitere Substantiierung angenommen wurde.

In BGer. 4A\_169/2011 hingegen scheiterte ein Totalunternehmer wiederum 336 daran, dass er seine Forderung unzulänglich substantiiert hatte. Er hatte es namentlich unterlassen, für jedes einzelne Projekt separat darzulegen, welche Arbeiten er wann im Einzelnen geleistet und was diese gekostet hätten. Im Gegensatz zum vorangegangenen Entscheid war hier wohl eine detaillierte Auflistung der Arbeiten nach Datum deshalb erforderlich, «damit der Besteller überprüfen kann, ob die fakturierten Arbeiten effektiv diejenigen sind, für die er Auftrag erteilt hat und die auch geleistet wurden».<sup>964</sup>

In BGer. 4A\_499/2010 schützte das Bundesgericht ebenso den Entscheid 337 der Vorinstanz, wonach für Warenbestellungen eine Lieferantin darzulegen hatte, «wer wann bei wem welche Waren zu welchem Preis bestellt haben soll und wann diese geliefert worden seien».<sup>965</sup> Obschon die Lieferantin sämtliche Belege eingereicht hatte, aus welchen das gesamte bestellte und gelieferte Material ersichtlich war, befand das Bundesgericht, dass diese Lieferscheine nicht zur Substantiierung der Lieferung des in der rechtsgenüchlich behaupteten Offerte enthaltenen Materials genüge. Demgemäss hätte die Lieferantin für jede einzelne Bestellung substantiiert darlegen müssen, wer wann wem welche Waren zu welchem Preis geliefert hatte.

In BGer. 4A\_306/2009 ging es unter anderem darum, dass die Beschwerdegegnerin ihre vertraglichen Nebenpflichten gegenüber den Beschwerdeführerinnen verletzt haben sollte, indem sie zwecks Stärkung der eignen IT-Abteilung systematisch die besten Mitarbeiter abgeworben hätte. Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass die Beschwerdeführerinnen nicht dargelegt hätten, wie die Abwerbung von Mitarbeitern durch die Beschwerdegegnerin konkret vonstatten gegangen und inwiefern dadurch eine Beeinträchtigung entstanden sei. Die Beschwerdeführerinnen rügten darauf beim Bundesgericht, dass die Substantiierungsanforderungen der Vorinstanz zu hoch angesetzt worden waren, da es ihnen nicht möglich gewesen sei, detaillierter darzutun, wie diese Abwerbungen vonstatten gegangen sind. Das Bundesgericht schützte indessen die Feststellun-

<sup>964</sup> BGer. 4A\_169/2011, Erw. 6.4.

<sup>965</sup> BGer. 4A\_499/2010, Erw. 3.2.



gen der Vorinstanz, indem es von einer ungenügend substantiierten Behauptung ausging, weil die Beschwerdeführerinnen ohnehin nicht einmal dargelegt hätten, welche Mitarbeiter, die nicht hätten abgeworben werden dürfen, abgeworben worden seien.<sup>966</sup> Offen gelassen wurde damit insbesondere, ob die Nennung eines abgeworbenen Mitarbeiters den Anforderungen an die Substantiierung genügt hätte, oder ob in diesem Fall dennoch weitere Substantiierungen erforderlich gewesen wären.

## 2. Grenzen generell-abstrakter Definitionen

339 Aus dem Detailreichtum der angeführten Entscheide ist bereits ansatzweise ersichtlich, weshalb eine Umschreibung der Anforderungen an die Substantiierung in der Praxis so viele Schwierigkeiten bereitet.<sup>967</sup> Wie bereits SCHWEIZER richtigerweise festgestellt hat, liegt das Problem hauptsächlich darin, dass es keinen «logisch richtigen Grad der Detaillierung» gibt.<sup>968</sup>

340 Denn zum einen lässt sich beinahe jede Tatsachenbehauptung *ad infinitum* in weitere Tatsachenbehauptungen zerlegen: «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.»<sup>969</sup>

341 Zum anderen kann eine Substantiierung vergleichbarer Tatsachenbehauptungen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls in einem Fall als genügend, in einem anderen wiederum als ungenügend gelten. Deshalb wird vereinzelt die Rechtsprechung sogar als «widersprüchlich», bzw. als «nicht konstant» bezeichnet.<sup>970</sup> So zeigen die vorerwähnten Beispiele, dass die Honorarrechnung des Generalunternehmers in BGer. 4A\_591/2012 bereits als genügend substantiiert galt, obschon die Leistungen nur anhand zweier Einzelleistungen aufgliedert und in jährlicher Darstellung aufgeführt wurden. In BGer. 4A\_169/2011 war hingegen erforderlich, dass für jedes einzelne Projekt separat darzulegen war, welche Arbeiten wann im Einzelnen geleistet wurden und was diese

---

<sup>966</sup> BGer. 4A\_306/2009, Erw. 6.3.1.

<sup>967</sup> MÜLLER, S. 114.

<sup>968</sup> SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558.

<sup>969</sup> SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558.

<sup>970</sup> HAFTER, N 892; siehe dazu auch die Beispiele bei PRIBNOW/GOGNIAT, S. 112; für das deutsche Recht etwa MEYKE, Darlegen und Beweisen, N 110.

kosteten. In BGer. 4A\_499/2010 wurde schliesslich von der Lieferantin erwartet, dass sie darzulegen hatte, wer wann bei wem welche Waren zu welchem Preis bestellt hatte und wann diese geliefert wurden.<sup>971</sup> Auch die beiden Entscheide, in welchen es um die Substantiierung eines Vertragsschlusses ging, zeigen ein ähnliches Bild. In BGer. 4A\_69/2012 waren für das normative Zustandekommen von *accidentalia negotii* eines Vertrags die einzelnen Umstände und das Parteiverhalten substantiiert darzulegen, aus welchen auf die Konkludenz hätte geschlossen werden können. Währenddessen in BGer. 4A\_591/2012 die Darlehenssumme, als *essentialia negotii*, offensichtlich nicht substantiiert behauptet war, dem Kläger daraus dennoch kein Nachteil entstand.

Überdies führt der Detailreichtum eines Sachverhalts in einem Prozess selbst dazu, dass dieser zwangsläufigerweise nicht vollumfänglich in einem Urteil wiedergegeben werden kann. Die Lektüre einiger Urteile mutet deshalb in Ermangelung näherer Kenntnisse zum Einzelfall teilweise kryptisch, teilweise apodiktisch an; nur ganz selten wird im Detail begründet, weshalb das Gericht von einer ungenügenden Substantiierung ausgeht.<sup>972</sup> Im oben dargestellten BGer. 4A\_306/2009 bspw. hat das Bundesgericht zwar deutlich gemacht, dass die Beschwerdeführerinnen substantiiert hätten darlegen müssen, welche Mitarbeiter, die nicht hätten abgeworben werden dürfen, tatsächlich abgeworben worden waren. Aus dem Entscheid geht indessen nicht hervor, ob die restlichen Substantiierungsanforderungen der Vorinstanz tatsächlich überhöht waren und damit auch, ob die Nennung eines abgeworbenen Mitarbeiters den Anforderungen an die Substantiierung genügt hätte, oder ob in diesem Fall dennoch weitere Substantiierungen erforderlich gewesen wären. Diese mangelnde Ausführlichkeit der Entscheidbegründungen erschwert zusätzlich eine eingehende Analyse der einzelnen Fälle und verhindert letztendlich ebenso den Induktionsschluss für die Formulierung generell-abstrakter Richtlinien.

Im Sinne einer Abstraktion kann damit jeweils nur festgehalten werden, dass grundsätzlich genauere Angaben zu Ort, Personen, Vertragsinhalt, den Umständen beim Vertragsschluss etc. zu machen sind um der Substantiierungslast zu

<sup>971</sup> Vgl. dazu das «theatralisch» anmutende Zitat des OLG Köln (OLGR 1999, 232), abgedruckt bei MEYKE, Darlegen und Beweisen, N 117: «Die Auffassung einzelner Gerichte, der Klagevortrag sei unsubstantiiert, weil der Kläger nicht angegeben habe, wer – wann – wo – mit wem – warum usw. etwas getan oder unterlassen habe, ist falsch, war immer falsch, findet in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes keine Stütze, ist aber bisher nicht auszurotten». Bei SCHWANDER, S. 130, auch als «**Substanziierungs-Litanei**» bezeichnet.

<sup>972</sup> So auch SCHWEIZER, Substanziieren, S. 569, mit der – hier vollumfänglich unterstützten – Forderung an die Adresse der Gerichte, im Urteil jeweils festzuhalten und zu begründen, welchem konkreten Zweck die Substantiierungsanforderungen, welche nicht erfüllt wurden, dienen.

genügen.<sup>973</sup> Diesen generell-abstrakten Formulierungen kann jedoch nach dem Vorgenannten immer nur entnommen werden, *was* genauer auszuführen ist, jedoch nicht *wie viel*.

344 Wie SCHWEIZER bereits zutreffend festgestellt hat, kann dem Begriff der Substantiierung deshalb «nur durch teleologische Überlegungen Kontur verliehen werden».<sup>974</sup> Mit anderen Worten muss anhand der einzelnen Umstände für jeden konkreten Einzelfall jeweils gesondert geprüft werden, ob eine Substantiierung den zugrundeliegenden Zweck zu erfüllen vermag, oder ob es zur Erreichung dieses Zwecks einer weitergehenden Substantiierung bedarf.<sup>975</sup>

### 3. Reduzierte Anforderungen an die Substantiierungslast

345 Wie bereits bei den reduzierten Anforderungen an den Umfang der Behauptungslast gezeigt wurde, können Beweiserleichterungen, welche Problemen bei der Beweisführung vorbeugen, bereits auch auf die Behauptungslast vorwirken. Insbesondere wurde gezeigt, dass einer Beweisnot regelmässig auch eine Behauptungsnot vorausgehen kann. Bei der Substantiierungslast kann gleicher-

---

<sup>973</sup> Siehe dazu etwa BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, 1265 f.: «Das Zürcher Handelsgericht hat die Anforderungen an die Klagebegründung insbesondere wie folgt konkretisiert:

1. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie als Beweissatz in die Beweisaufnahme aufgenommen werden können. Dabei gilt zu beachten, dass unbestimmte Beweissätze nicht zulässig sind. Eine Partei kann sich insbesondere nicht mit einer allgemeinen Behauptung begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Die Durchführung eines Beweisverfahrens setzt vielmehr entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus.
2. Der Sachverhalt ist konkret und in allen Einzelheiten darzustellen, wobei allgemeine Behauptungen, Abstraktionen, Sammelbegriffe, Zusammenfassungen, Beispiele und blosse Wertungen nicht genügen.
3. Die Parteien haben Gespräche, geäusserte Willenserklärungen, innere Vorstellungen, Mahnungen, Gestaltungsgeschäfte, Handlungen, erbrachte Leistungen sowie Geschehnisse konkret darzulegen und im Einzelnen zu schildern.
4. Die handelnden natürlichen Personen sind mit Vor- und Nachnamen anzugeben. Vertragsinhalte, Handlungen, Ort und Zeit von Geschehnissen müssen genau und detailliert angegeben werden.
5. Zur Art und Weise, wie die Parteien ihre Behauptungen zu substantzieren haben, legt das Handelsgericht grundsätzlich fest, dass alle rechtserheblichen Behauptungen Teil der Rechtsschriften sein müssen. Beilagen zu Rechtsschriften sind blosse Beweismittellofferten und gelten nicht als Parteibehauptung.»

<sup>974</sup> SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558 f., mit Hinweis auf AFFOLTER, S. 108, und STÜRNER, S. 112 f.

<sup>975</sup> SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558 f.; so bereits BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substantzierungslast, S. 200 f.; wohl auch PRIBNOW/GOGNIAT, S. 112; ähnlich FELLMANN, Substantzierungspflicht, S. 20, sowie ZK-LEUENBERGER ZPO 221 N 45; MEYKE, Darlegen und Beweisen, N 110.

massen in Fällen, wo eine Beweisnot vorliegt, davon gesprochen werden, dass eine sog. Substantiierungsnot besteht.<sup>976</sup>

Beim Vorliegen einer Substantiierungsnot kann deshalb – analog wie bei der Behauptungsnot – ebenfalls vom Behauptungsbelasteten nicht verlangt werden, dass er seine Tatsachenbehauptungen substantiiert. Dabei handelt es sich insbesondere um die Anwendungsfälle der **Schadensschätzung nach richterlichem Ermessen** und jener der **besonderen Mitwirkungslast des Beweisgegners**, welche bei einer Substantiierungs- und Beweisnot aufgrund eines Informationsgefälles zwischen den Parteien, zufolge unbestimmter negativen Tatsachen oder subjektiven Hypothesen auftreten kann. Aufgrund dessen, dass für eine Substantiierungsnot *a minori ad maius* das Gleiche gilt wie bereits für die Behauptungsnot, kann an dieser Stelle zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen zur Behauptungsnot verwiesen werden.<sup>977</sup> 346

#### 4. Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht

Wie bereits erwähnt wurde, kann das Gericht den nicht genügend substantiierten Sachverhalt ohne weiteres dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichsetzen; mit anderen Worten kann damit eine ungenügende Substantiierung die Abweisung einer Klage durch Sachurteil zur Folge haben.<sup>978</sup> Da dies aufgrund der materiellen Rechtskraft zum unwiederbringlichen Rechtsverlust führt, soll nach Ansicht von SARBACH eine Abweisung aufgrund ungenügender Substantiierung grundsätzlich nur dann zulässig sein, wenn die fehlbare Partei zuvor auf die ungenügende Substanziierung hingewiesen worden ist, andernfalls «eine mit der dienenden Funktion des Prozessrechts nicht zu vereinbarende unverhältnismässige Einschränkung des Klagerechts sowie des Rechts auf Beweis» vorliegen würde.<sup>979</sup> Zustimmend fordert deshalb auch FELLMANN, dass eine Klage mangels Substantiierung nur dann abgewiesen werden soll, wenn dem Kläger die Substantiierungslast und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung «völlig klar» seien.<sup>980</sup> 347

Das Gericht habe deshalb, bevor es die Klage aufgrund eines unsubstantiierten Sachvortrags abweisen will, die Parteien grundsätzlich auf allfällige «Substantiierungsmängel» hinzuweisen,<sup>981</sup> insbesondere da über den Umfang der 348

<sup>976</sup> So bereits WALDMANN, S. 236, mit Hinweis auf LEUMANN LIEBSTER, S. 208.

<sup>977</sup> Siehe dazu insgesamt oben N 201 ff.

<sup>978</sup> Oben N 315; statt vieler BGer. 5P.210/2005, Erw. 4.1; KuKo-OBERHAMMER ZPO 55 N 12.

<sup>979</sup> SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 94.

<sup>980</sup> FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 23 f. mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts.

<sup>981</sup> SCHWANDER, S. 133.

Substantiierungslast – auch unter Prozessanwälten – enorme Unsicherheiten bestehen.<sup>982</sup> Aufgrund der oben gemachten Ausführungen zu den Schwierigkeiten über die Bestimmung des Umfangs der Substantiierungslast kann dieser Ansicht voll und ganz beigegeben werden. Dementsprechend ist jeweils unabhängig von der Verfahrensart und einer allfälligen anwaltlichen Vertretung geboten, dass das Gericht im Falle des Vorliegens von nicht genügend substantiierten Vorbringen, gleichgültig, ob diese der Bestreitung oder der Behauptung von anspruchsbegründenden Tatsachen dienen, von ihrer Fragepflicht Gebrauch macht.

349 Umstritten ist dagegen, ob die gerichtliche Fragepflicht entfallen soll, wenn die Gegenpartei auf eine entsprechende mangelnde Substantiierung hinweist. Nach einer Ansicht sind die Substantiierungshinweise, welche von der Gegenpartei stammen, genau gleich zu beachten, wie diejenigen des Gerichts.<sup>983</sup> FELLMANN, der dieser Ansicht grundsätzlich zustimmt, schränkt indessen ein, dass die Fragepflicht nur entfalle, wenn zusätzlich die betroffene Partei davon ausgehen könne, dass das Gericht die Auffassung der Gegenpartei vertrete, d.h. es müsse sich um einen klaren Mangel handeln.<sup>984</sup> Genau darin liegt jedoch das Problem: Denn die betroffene Partei kann aufgrund eines Hinweises durch die Gegenpartei nicht darauf schliessen, ob dieser Hinweis der Auffassung des Gerichts entspricht,<sup>985</sup> zumal die Gegenpartei «oft vieles oder fast alles für unsubstantiiert hält».<sup>986</sup> Überdies wird der Hinweis der Gegenpartei nur in den seltensten Fällen den Anforderungen genügen, wonach klar aufzuzeigen ist, welches Vorbringen in welcher Hinsicht zu substantiieren ist.<sup>987</sup> Aus diesen Gründen ist die Ansicht, wonach die gerichtliche Fragepflicht bei Substantiierungshinweisen durch die Gegenpartei entfallen soll, abzulehnen.

## V. Kritiken in der Lehre an der Rechtsprechung

350 Die Frage der genügenden Substantiierung ist nicht zuletzt für den prozessierenden Anwalt von grosser praktischer Bedeutung, entscheidet diese in vielen Fällen

---

<sup>982</sup> MEIER/SOGO/FRENKEL, S. 394; gl.A. FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 27; LIENHARD, N 124; a.A. ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX ZPO 56 N 31, wonach bei anwaltlicher Vertretung «höchstens ein moderat angewendetes Fragerecht bei offensichtlichen Mängel» zur Anwendung gelangen soll, andernfalls sich das Gericht zum Gehilfen des Anwalts mache.

<sup>983</sup> BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1266 mit Hinweisen zur Rechtsprechung des Zürcher Handelsgerichts; BMcK-AFFENTRANGER ZPO 56 N 8.

<sup>984</sup> FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 27.

<sup>985</sup> LIEBER, S. 182; ihm folgend SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 151 sowie BK-HURNI ZPO 56 N 35; LIENHARD, N 124.

<sup>986</sup> SCHWANDER, S. 134.

<sup>987</sup> SARBACH, Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, S. 151.

letztlich darüber, ob eine Klage durchzudringen vermag oder nicht. Deshalb erstaunt es nicht, dass insbesondere Prozessanwälte, die regelmässig mit abweisenden Urteilen zufolge ungenügender Substantiierung konfrontiert werden, auffällig häufig Kritik an der Rechtsprechung zur Substantiierungslast vorbringen.

Der grundsätzliche Vorwurf lautet dahingehend, dass insbesondere gewisse kantonale, erstinstanzliche Gerichte der deutschen Schweiz überhöhte Anforderungen an die Substantiierung dazu gebrauchen würden, um aufwendige Prozesse ohne Beweisverfahren erledigen zu können.<sup>988</sup> Darin enthalten ist zumeist auch die Andeutung, dass die Gerichte aufgrund der Substantiierungsdichte der Sachvorträge entscheiden, ob eine Beweisabnahme erfolgt; mit anderen Worten werden die Tatsachenbehauptungen durch das Gericht häufig plausibilisiert.<sup>989</sup> In Deutschland entspricht es gemäss MEYKE sogar der ständigen Praxis der erstinstanzlichen Gerichte, den im Streit liegende Sachverhalt auf dessen Plausibilität zu überprüfen um darauf abzustellen, ob ein Beweisverfahren überhaupt stattfinden solle.<sup>990</sup> 351

Auch wenn man sich darüber einig sein sollte, dass rein dogmatisch betrachtet eine Plausibilitätskontrolle abzulehnen ist,<sup>991</sup> würde sich dadurch wohl auch nicht verhindern lassen, dass die Richterinnen und Richter ihre Intuition, bzw. ihr Bauchgefühl befragen und damit letztlich die Sachvorträge plausibilisieren. Dennoch sollte das Gericht auf keinen Fall, auch wenn es sich mit einer Vielzahl von streitigen Tatsachenbehauptungen konfrontiert sieht, dazu übergehen, aufgrund einer Plausibilitätsprüfung von einer Beweiserhebung für eine streitige Tatsachenbehauptung abzusehen. Denn dies führt zu den in den vorgenannten Kritiken zugrundeliegenden Zuständen, dass aufgrund einer Plausibilitätskontrolle und unter dem Vorwand der ungenügenden Substantiierung Klageabweisungen legitimiert werden, wo in Wahrheit womöglich unerfüllbare Anforderungen an die Substantiierung gestellt werden. 352

Im Zusammenhang mit der Plausibilitätskontrolle kann darüber hinaus nicht stark genug betont werden, dass eine Sachverhaltsdarstellung, welche von einer Partei nicht näher substantiiert wird oder nicht näher substantiiert werden kann, deswegen noch lange nicht unwahrscheinlicher ist als ein substantiiertes Sach- 353

<sup>988</sup> So etwa bei PRIBNOW/GOGNIAT, S. 112, bei SCHWEIZER, Substanziieren, S. 558, bei HAFTER, N 890 und 894, sowie bei SCHWANDER, S. 127, mit einer Anleitung, wie sich eine Partei vor Bundesgericht dagegen «zur Wehr setzen» kann. DERGL., S. 130, bemerkt dazu auch, dass in einer Mehrzahl der Kantone ein unverkrampfteres Verhältnis zum Beweisverfahren herrsche, bis hin zu Beweissätzen, die aus lauter Rechtsbegriffen bestünden, bspw. «Der Kläger hat den Schaden zu beweisen».

<sup>989</sup> Bspw. bei HAFTER, N 890, sowie bei SCHWEIZER, Substanziieren, S. 566.

<sup>990</sup> MEYKE, Darlegen und Beweisen, N 112 ff.; MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2230.

<sup>991</sup> Siehe dazu oben N 332.

vortrag.<sup>992</sup> Denn dieser klassische Trugschluss<sup>993</sup> gründet auf dem Vorurteil, dass ein unsubstantiiertes Vortrag bloss deshalb nicht substantiiert werden kann, weil er eben nicht der Wahrheit entspricht.<sup>994</sup> Wie jedoch bereits ausführlich gezeigt wurde, können legitime Gründe bestehen, weshalb ein Sachverhalt von einer Partei nicht näher substantiiert werden kann. Die Substantiierung kann bspw. insbesondere aufgrund einer Behauptungs- und/oder Substantiierungsnot zufolge negativer Tatsachen<sup>995</sup> oder deshalb, weil sich die zu substantiierende Tatsache in der Sphäre des Beweisgegners zugetragen hat,<sup>996</sup> unmöglich sein.

354 Wie bereits STÜRNER festgehalten hat, soll das Gericht nicht durch unüberwindbare verfahrensrechtliche Hürden wieder nehmen, was das Recht nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zugesprochen hat.<sup>997</sup> Mit anderen Worten soll das Gericht eine Partei nicht am Verhandlungsgrundsatz scheitern lassen, bloss weil es dazu in der Lage ist. Das Gericht hat dementsprechend vielmehr die ihm zur Verfügung stehenden, zahlreichen Möglichkeiten auszuschöpfen, welche die gesetzlichen und prozessualen Beweiserleichterungen vorsehen.<sup>998</sup>

355 Wie in dieser Arbeit gezeigt werden konnte, lässt sich überdies bereits im Vorfeld der eigentlichen Beweissituation, d.h. im Behauptungsstadium des Prozesses, effektiv auf eine entsprechende Wahrheitsfindung hinwirken. So besteht über die aufgeführten Milderungen des Verhandlungsgrundsatzes<sup>999</sup> hinaus unter gewissen Voraussetzungen eine besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners, wonach auch dieser aktiv zur Sachverhaltsaufklärung beitragen muss.<sup>1000</sup> Darüber hinaus wurde gezeigt, dass haltlose Bestreitungen nicht nur überflüssige Beweisaufnahmen, höhere Kosten und letztlich eine zeitliche Verzögerung des Prozesses fördern,<sup>1001</sup> sondern überdies das Risiko beinhalten, dass das Gericht angesichts einer Vielzahl von streitigen Tatsachen dazu tendiert, mittels einer Plausibilitätskontrolle eine Vorauswahl zu treffen.<sup>1002</sup> Des-

---

<sup>992</sup> So aber MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2231.

<sup>993</sup> Gemäss SCHWEIZER, Substanziieren, S. 566 mit Hinweis in FN 81, wird diese Form der kognitiven Verzerrung in der wissenschaftlichen Literatur der Psychologie als «Trugschluss der Konjunktion» bezeichnet.

<sup>994</sup> So aber MEYKE, Plausibilitätskontrolle, S. 2232. Siehe dazu insbesondere auch SCHWEIZER, Substanziieren, S. 565 f., mit Beispiel.

<sup>995</sup> Siehe dazu oben N 142 ff.

<sup>996</sup> Siehe dazu oben N 210.

<sup>997</sup> Zustimmend BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 86 mit Nachweis.

<sup>998</sup> Ähnlich BAUMGÄRTEL/LAUMEN § 3 N 86.

<sup>999</sup> Siehe dazu oben N 20 ff.

<sup>1000</sup> Siehe dazu oben N 278 ff.

<sup>1001</sup> Siehe dazu oben N 254.

<sup>1002</sup> Siehe dazu oben N 331.

halb soll auch im Rahmen der Wahrheitspflicht, namentlich durch strengere Anforderungen an das Bestreiten mit Nichtwissen,<sup>1003</sup> verhindert werden, dass haltlose Bestreitungen das Beweisverfahren aufblähen. Letztlich kann das Gericht bereits frühzeitig im Behauptungsstadium darauf hinwirken, dass die Parteien ihren Behauptungs- und Bestreitungslasten genügen,<sup>1004</sup> damit allfälligen Substantiierungsschwierigkeiten frühzeitig begegnet werden kann. Dieses Ziel kann insbesondere auch durch eine effektive Handhabung der gerichtlichen Fragepflicht erreicht werden.<sup>1005</sup>

Wie gezeigt wurde, war die bisherige Praxis des Bundesgerichtes zu den in 356 dieser Arbeit dargestellten Institute der Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast nur beschränkt aussagekräftig, da aufgrund der Trennung von materiellem Bundesrecht und kantonalem Prozessrecht das Bundesgericht erst eingriff, wenn Art. 8 ZGB verletzt wurde.<sup>1006</sup> Mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung beurteilen sich diese zivilprozessualen Institute nun einheitlich nach Bundesrecht,<sup>1007</sup> womit dem Bundesgericht eine vollumfängliche Prüfung dieser Institute ermöglicht ist. Dem Bundesgericht, und den Vorinstanzen, obliegt damit eine umfassende Konkretisierung der Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast auch mit Signalwirkung für die unteren Instanzen. Damit wird letztlich eine Klärung der in dieser Arbeit aufgezeigten offenen und strittigen Punkte sowie die angestrebte Vereinheitlichung der – vormals kantonalen – Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast herbeigeführt werden.<sup>1008</sup>

---

<sup>1003</sup> Siehe dazu oben grundsätzlich in N 107 ff. und die einzelnen Voraussetzungen in N 266 ff.

<sup>1004</sup> Siehe dazu oben zum Behaupten N 222 f. und zum Bestreiten N 230 ff.

<sup>1005</sup> Siehe zum Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht zum vollständigen Behaupten N 175 ff., zum konkreten Behaupten N 191 ff., bei Einreden und Einwendungen N 246 ff., zum detaillierten Bestreiten N 257 ff., zum begründeten Bestreiten N 274 ff. und zum Substantiierten N 347 ff.

<sup>1006</sup> Ähnlich HAFTER, N 892.

<sup>1007</sup> So bereits SCHWANDER, S. 127.

<sup>1008</sup> Bis zum Abschluss der Arbeiten am Manuskript lagen noch keine Urteile zur Behauptungs-, Bestreitungs- oder Substantiierungslast unter Geltung der Schweizerischen ZPO vor.





# Zusammenfassende Übersicht der wichtigsten Ergebnisse

Nachfolgend eine Zusammenfassung der wichtigsten Kernsätze dieser Arbeit: 357

## 1. Grundsätze der Sachverhaltsermittlung

Im Verhandlungsgrundsatz enthalten sind die drei Teilgehalte der Behauptungs- 358  
last, der Bestreitungslast und der Beweisführungslast.<sup>1009</sup> Der Verhandlungs-  
grundsatz wird auch unter Geltung der Schweizerischen ZPO nicht in seiner rei-  
nen Form durchgeführt, insbesondere wird die Behauptungslast durch die  
**gerichtliche Fragepflicht** gemäss Art. 56 ZPO,<sup>1010</sup> beim Vorliegen von **bekann-**  
**ten Tatsachen** gemäss Art. 151 ZPO,<sup>1011</sup> von gesetzlichen **Vermutungen**,<sup>1012</sup>  
**Indizien**<sup>1013</sup> und bei **überschiessenden Beweisergebnissen**<sup>1014</sup> gemildert. Darü-  
ber hinaus werden auch **konkludente Tatsachenbehauptungen** im Rahmen  
der gerichtlichen Auslegung von Partievorbringen berücksichtigt, insbesondere  
dann, wenn es sich dabei um Behauptungen, welche offensichtlich in anderen  
enthaltenen sind, sowie um regelmässig vorhandene Tatsachen handelt.<sup>1015</sup>

In den Verfahren nach dem uneingeschränkten und dem eingeschränkten 359  
Untersuchungsgrundsatz sollte nicht von einer Behauptungs-, und ohnehin nicht  
von einer Bestreitungslast gesprochen werden. Eine Behauptungs- und Bestrei-  
tungslast, wie sie der vorgelegten Arbeit zugrunde liegen, können deshalb nur in  
den Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz, als dessen Teilgehalt sie ver-  
standen werden, vorkommen.<sup>1016</sup>

Der Eventualgrundsatz sieht vor, dass die Parteien mindestens zwei Mal die 360  
Gelegenheit erhalten, ihre Behauptungen unbeschränkt vortragen zu können,

---

<sup>1009</sup> Oben N 17 ff.

<sup>1010</sup> Oben N 24 ff. Zum Anwendungsbereich der gerichtlichen Fragepflicht im Speziellen  
beim vollständigen Behaupten N 175 ff., beim konkreten Behaupten N 191 ff., bei Einre-  
den und Einwendungen N 246 ff., beim detaillierten Bestreiten N 257 ff., beim begründe-  
ten Bestreiten N 274 ff. und beim Substantiieren N 347 ff.

<sup>1011</sup> Oben N 35 ff.

<sup>1012</sup> Oben N 51 f.

<sup>1013</sup> Oben N 53 f.

<sup>1014</sup> Oben N 55 ff.

<sup>1015</sup> Oben N 59 ff.

<sup>1016</sup> Oben N 66 und N 71 f.

womit auch das **Replikrecht** gewahrt wird.<sup>1017</sup> Darüber hinaus strukturiert der vom Eventualgrundsatz bestimmte Zeitpunkt, bis zu welchem Angriffs- und Verteidigungsmittel unbeschränkt vorgetragen werden können, das Verfahren insofern, als das Behauptungsstadium vom Beweisstadium des Prozesses abgegrenzt wird. Eine Strukturierung des Behauptungsstadiums selbst vermag aber dadurch nicht erreicht werden, insbesondere kann der Eventualgrundsatz nicht verhindern, dass mit dem **Vorbringen der Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum letzten Moment** zugewartet wird.<sup>1018</sup>

- 361 Die Wahrheitspflicht ist auch bei der Behauptung und bei der Bestreitung von Tatsachen zu beachten. Die Wahrheitspflicht beinhaltet die Pflicht, wahrheitswidriges Behaupten und Bestreiten zu **unterlassen**; darüber hinaus wird eine allgemeine **Vollständigkeitspflicht**, wonach von den Parteien erwartet wird, sämtliche Tatsachen vorzubringen, abgelehnt.<sup>1019</sup> Zulässig sind hingegen unter gewissen Voraussetzungen **Mutmassungen**, solange nicht ohne Anhaltspunkte **Behauptungen ins Blaue hinein** aufgestellt werden.<sup>1020</sup> Beim Bestreiten ohne Angabe einer Begründung, dem blossen Bestreiten, ist eine Bestreitung wider besseres Wissen ebenfalls unzulässig; eine Ausnahme hiervon, indem im blossen Bestreiten nur die Aufforderung an die Gegenpartei zu verstehen ist, ihre Behauptungen zu beweisen, ist ausdrücklich abzulehnen.<sup>1021</sup>

## 2. Behauptungslast

- 362 Zwischen den Anforderungen an den Detaillierungsgrad einer Behauptung kann je nachdem, ob eine Behauptung bestritten wurde oder nicht, unterschieden werden. Die **abstrakte Behauptungslast** befasst sich mit den Anforderungen an das Behaupten zu Beginn des Prozesses und ungeachtet einer allfälligen Reaktion der Gegenpartei. Die **konkrete Substantiierungslast** befasst sich hingegen mit den Anforderungen bei streitigen Tatsachen, also immer unter Berücksichtigung der Bestreitung durch die Gegenpartei.<sup>1022</sup> Der abstrakten Behauptungslast ist genügt, wenn eine Partei ihre Klage **schlüssig** behauptet, d.h. wenn ihr Tatsachenvortrag sämtliche Tatbestandsmerkmale der angerufenen Norm enthält, damit ihre Rechtsbegehren gutgeheissen werden können.<sup>1023</sup> Bei den Anforderungen an den Umfang der Behauptungslast lassen sich sodann das Erfordernis der

---

<sup>1017</sup> Oben N 94.

<sup>1018</sup> Oben N 96.

<sup>1019</sup> Oben N 99 ff.

<sup>1020</sup> Oben N 105 f.

<sup>1021</sup> Oben N 109 ff.

<sup>1022</sup> Oben N 165 ff.

<sup>1023</sup> Oben N 170.

**Vollständigkeit** hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale und das Erfordernis einer genügend inhaltlichen **Konkretisierung** unterscheiden.<sup>1024</sup> Demnach müssen sämtliche Tatbestandsmerkmale einer angerufenen Norm derart konkret behauptet werden, dass sie unter diese Norm subsumiert werden können. Darüber hinaus bestehen jedoch Fälle, in denen einer Partei nicht zugemutet werden kann, dass sie über das blosses Behaupten der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale belastet wird. Insbesondere in Fällen, in denen eine Beweisnot im Sinne einer **Behauptungsnot** auf die Behauptungslast vorwirkt, besteht eine im Umfang reduzierte Behauptungslast.<sup>1025</sup> Unter gewissen Voraussetzungen kann in diesen Fällen überdies die Gegenpartei mit der Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung belastet werden, weshalb auch von einer **besonderen Mitwirkungslast des Beweisgegners** gesprochen wird.<sup>1026</sup>

### 3. Bestreitungslast

Wie bereits in einigen kantonalen Zivilprozessordnungen gilt auch im Rahmen der Schweizerischen ZPO, dass **alles was nicht bestritten wird, als zugestanden gilt**. Die Zugeständniswirkung tritt aber erst mit dem vom Eventualgrundsatz bestimmten Zeitpunkt ein, weshalb das Gericht darauf hinwirken sollte, verzögertes Bestreiten zu verhindern, damit die Parteien nicht aus prozesstaktischen Gründen mit dem Vorbringen ihrer Bestreitungen zuwarten.<sup>1027</sup> Die der Verteidigung dienenden Einreden und Einwendungen sind im Gegensatz zum blossen Bestreiten eigenständige Behauptungen und werden deshalb von der Behauptungslast erfasst.<sup>1028</sup> Zur Bestimmung der **Erheblichkeit einer Bestreitung** lässt sich wiederum für die Anforderungen an den Umfang zwischen der **Vollständigkeit** sämtlicher Bestreitungen und der **inhaltlichen Konkretisierung** der einzelnen Bestreitung unterscheiden.<sup>1029</sup> Grundsätzlich ist bezüglich der Vollständigkeit **detailliertes Bestreiten** erforderlich, ein **pauschales Bestreiten genügt nicht**.<sup>1030</sup> An die inhaltliche Konkretisierung der Bestreitung dürfen demgegenüber keine hohen Anforderungen gestellt werden, liefe das auf eine Umkehr der Beweislast hinaus, wenn der Beweisgegner seine Bestreitung einlässlich begründen müsste. Deshalb ist **grundsätzlich ein blosses Bestreiten oder ein Be-**

---

<sup>1024</sup> Oben N 171.

<sup>1025</sup> Oben N 197 ff.

<sup>1026</sup> Oben N 208, 210.

<sup>1027</sup> Oben N 230 ff.

<sup>1028</sup> Oben N 242 ff.

<sup>1029</sup> Oben N 252.

<sup>1030</sup> Oben N 254 ff.

**streiten mit Nichtwissen** ausreichend.<sup>1031</sup> Das Bestreiten mit Nichtwissen ist indessen eine qualifizierte Bestreitung, bei der die bestreitende Partei vorbringt, über die behauptete Tatsache nichts zu wissen.<sup>1032</sup> Ein **begründetes Bestreiten** hingegen kann insbesondere in Fällen der **Beweislastumkehr** und unter gewissen Voraussetzungen beim **Vorliegen einer Behauptungsnot** verlangt werden.<sup>1033</sup> Die beim Vorliegen einer Behauptungsnot einsetzende besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners greift aber nur in Einzelfällen; die Einführung einer **allgemeinen Aufklärungslast** widerspricht der Konzeption des Schweizerischen Zivilprozesses und ist deshalb abzulehnen.<sup>1034</sup> Ebenso wie die besondere Mitwirkungslast des Beweisgegners ist auch die **Beweiserhebung von Amtes** wegen nur in Ausnahmefällen, konkret bei massiven Zweifeln an der Richtigkeit einer unbestrittenen Tatsache, zulässig.<sup>1035</sup>

#### 4. Substantiierungslast

- 364 Damit eine Partei für ihre bestrittenen Tatsachenbehauptungen zum Beweis zugelassen wird, muss sie sich letztlich ihrer Substantiierungslast entledigen. Diese dient damit insbesondere der **Ermöglichung eines rationellen Beweisverfahrens**, weshalb der Sachvortrag so umfassend und klar zu substantiieren ist, damit das Gericht die einzelnen Beweismittel den einzelnen Beweisthemen zuordnen kann.<sup>1036</sup> Die Substantiierung bezweckt überdies, dass die Gegenpartei in die Lage versetzt wird, konkret zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen Stellung zu nehmen und einen **Gegenbeweis** antreten zu können.<sup>1037</sup> Aufgrund dessen, dass ein Beweisverfahren nicht dazu dient, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen, verhindert eine Substantiierung zudem den **Ausforschungsbeweis**.<sup>1038</sup> Dem Gericht muss letztlich auch anhand der substantiierten Vorbringen eine **Subsumtion** unter die jeweils anwendbaren Normen möglich sein;<sup>1039</sup> eine **Plausibilitätsprüfung des Sachvortrags** hingegen soll das Gericht nicht vornehmen, da dies einer unzulässigen Vorauswürdigung des Beweises gleichkommt und damit den Anspruch der Parteien auf den Beweis ver-

---

<sup>1031</sup> Oben N 263 ff.

<sup>1032</sup> Oben N 271.

<sup>1033</sup> Oben N 275 ff.

<sup>1034</sup> Oben N 292 ff.

<sup>1035</sup> Oben N 295 ff.

<sup>1036</sup> Oben N 317 ff.

<sup>1037</sup> Oben N 322 ff.

<sup>1038</sup> Oben N 325 ff.

<sup>1039</sup> Oben N 328 ff.

letzt.<sup>1040</sup> Letztlich wurde festgestellt, dass der Umfang der Substantiierungslast sich nicht generell-abstrakt erfassen lässt, insbesondere da es **keinen «logisch richtigen Grad» der Substantiierung** gibt. Der Umfang der Substantiierungslast kann demnach nur anhand der einzelnen Umstände für jeden konkreten Einzelfall festgestellt werden, weshalb jeweils zu prüfen ist, ob eine Substantiierung den zugrundeliegenden Zweck zu erfüllen vermag, oder ob es zur **Zweckerreichung** einer weitergehenden Substantiierung bedarf.<sup>1041</sup>

---

<sup>1040</sup> Oben N 330 ff.

<sup>1041</sup> Oben N 344.



# Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
aOR	alte Fassung des OR
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AwR	Anwaltsrevue
Aufl.	Auflage
aZGB	alte Fassung des ZGB
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
bezgl.	bezüglich
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer.	Unveröffentlichte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BGH	Urteil des Deutschen Bundesgerichtshof
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Balser Juristische Mitteilungen
BL	Basel-Landschaft
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizerfranken
d.h.	das heisst
dergl.	dergleichen
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
ebd.	ebenda
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
E-ZPO	Entwurf zur schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7413
f.	folgende



ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
GestG	Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000
ggf.	gegebenenfalls
gl.A.	gleicher Ansicht
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung
HGer.	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/-in
i.f.	in fine
i.S.v.	im Sinne von
KGer.	Kantonsgericht
lit.	litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
n.publ.	nicht publizierte
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandgericht
OLGR	OLG-Report
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1991, SR 211.231
Pra	Die Praxis
resp.	respektive
S.	Seite
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
u.a.	unter anderem
umstr.	umstritten
u.v.m.	und viele mehr
VE-ZPO	Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZPO-AG	Zivilrechtspflegegesetz vom 18. Dezember 1984 (Kanton Aargau)
ZPO-BE	Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918 (Kanton Bern)
ZPO-GR	Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni 1945
ZPO-SH	Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951
ZPO-TG	Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 6. Juli 1988 (Kanton Thurgau)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvoll- streckungsrecht



# Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil. Bern 2004.
- AEBI-MÜLLER REGINA, Mangelhafte Prozessführung durch die Parteien = Prozessverlust?, in: BOMMER FELIX/BERTI STEPHEN (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche/Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011, S. 179 ff.
- AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationsansprüchen im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 1994.
- ASPRION SABINE, Die Tücken der Verhandlungsmaxime, Plädoyer 2007, S. 30 ff.
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2010. (zit. BMcK-BEARBEITER/-IN)
- BAUMBACH ADOLF/LAUTERBACH WOLFGANG/ALBERS JAN/HARTMANN PETER, Zivilprozessordnung: Mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, München 2013.
- BAUMGÄRTEL GOTTFRIED/LAUMEN HANS-WILLI/PRÜTTING HANNS/EYINCK BERNHARD/BECKER CHRISTOPH/SCHMITZ KARL HEINRICH/APS MANFRED/JÄHRIG AXEL, Handbuch der Beweislast, Köln 2007–2011. (zit. BAUMGÄRTEL/BEARBEITER/-IN)
- BECKHAUS GERRIT MARIAN, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, Diss. Tübingen 2010.
- BEGLINGER MICHAEL, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: ZSR (1996) 115, S. 469 ff.
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht: Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007.
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- BOMSDORF FALK, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess – vom gemeinen Recht bis zur ZPO, Diss. Berlin 1971.
- BRACHER NICOLAS, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Diss. Basel 2011.

- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989. (zit. BRÖNNIMANN, Behauptungs- und Substanziierungslast)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), in: ZBJV (1990) 7 S. 329 ff. (zit. BRÖNNIMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungslast, in: LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 47 ff. (zit. BRÖNNIMANN, Behauptungslast)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die neue Schweizerische ZPO – Das ordentliche Verfahren, in: AwR (2008) 8 S. 319 ff. (zit. BRÖNNIMANN, Die neue Schweizerische ZPO)
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011. (zit. DIKE-BEARBEITER/-IN)
- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: FELLMANN WALTER (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess: Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung/Beiträge zur Tagung vom 19. Mai 2006, Zürich 2006, S. 37 ff.
- BUNDI MARCO/SONDEREGGER DANAE, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, in: SJZ 102 (2006) S. 406 ff.
- BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung: Zivilrechtspflegegesetz vom 18. Dezember 1984, Aarau 1998.
- BURKHALTER KAIMAKLIOTIS SABINE, Die Substanziierungslast – insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, in: AJP (2007) S. 1263 ff.
- CHOU HAN-LIN, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Diss. Basel 2002.
- DOLGE ANNETTE, Das neue Beweisverfahren, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2003, S. 33 ff.
- FASCHING HANS/KONECNY ANDREAS, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Wien 2011. (zit. FASCHING/BEARBEITER/-IN)
- FELLMANN WALTER, Berührungspunkte zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz und ihre Bedeutung für die Ausgestaltung des Zivilprozesses, in: HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Richter und Verfahrensrecht: 150 Jahre Obergericht Luzern, Bern 1991 (= ZBJV Bd. 127 bis), S. 95 ff. (zit. FELLMANN, Berührungspunkte)

- FELLMANN WALTER, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: FELLMANN WALTER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009: Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich 2009, S. 69 ff. (zit. FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht)
- FELLMANN WALTER, Substanziierungspflicht, in: FELLMANN WALTER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011: Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Zürich 2011, S. 13 ff. (zit. FELLMANN, Substanziierungspflicht)
- FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: FELLMANN WALTER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007: Taktik, Technik, Vergleich und Rechtsmittel, Zürich 2007, S. 35 ff. (zit. FELLMANN, Substanziierung und Beweis)
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung: Mit nachgeführtem Text auch des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes und Nachträgen zu seinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen, Zürich 2000.
- FREUDENTHAL NINA, Die sekundäre Behauptungslast, Diss. Hamburg 2008.
- FÜLLEMANN DANIEL, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in: SCHWANDER IVO/LORANDI FRANCO (Hrsg.), Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 863 ff.
- GASSER DOMINIK, Das ordentliche Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: FELLMANN WALTER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009: Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich 2009, S. 11 ff.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, St. Gallen 2010.
- GEHRI MYRIAM A./KRAMER MICHAEL (Hrsg.), ZPO Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010. (zit. OF-BEARBEITER/-IN)
- GÖNNER NIKOLAUS THADDÄUS, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses: In einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, 4 Bde., Erster Band, 2. Aufl., Erlangen 1804–1805.
- GUGGENBÜHL MARKUS, Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess, Diss. Zürich 1990.
- GULDENER MAX, Treu und Glauben im Zivilprozess, in SJZ 39 (1943), S. 391 ff. (zit. GULDENER, Treu und Glauben)
- GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955. (zit. GULDENER, Beweiswürdigung)

- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses: Einführung in die Kunst des Prozessierens, Zürich 2011.
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, verschiedene Auflagen, Bern. (zit. BK-BEARBEITER/-IN)
- HERRMANN JAN, Haftpflichtrechtliche Überlegungen zur Beeinträchtigung in der Haushaltsführung, in: WEBER STEPHAN (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2013, Zürich 2013, S. 133 ff.
- HIGI PETER, Von der Behauptungs- über die Beweislast zum Beweis, in: ZZZ (2006) 12 S. 459 ff.
- HOHL FABIENNE, L'avis des défauts de l'ouvrage: Fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation, in: RFJ 3 (1994) S. 235 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 4. Aufl., Basel 2010. (zit. BSK-BEARBEITER/-IN ZGB)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Basel 2011. (zit. BSK-BEARBEITER/-IN OR)
- HUBER STEFAN, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren: Am Beispiel der Dokumentenvorlage, Diss. Heidelberg 2007.
- HUGUENIN-DUMITTAN GEORGES, Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast, Diss. Zürich 1980.
- JAUERNIG OTHMAR, Zivilprozessrecht: ein Studienbuch, 27. Aufl., München 2007.
- JÄGER PETER/SCHWEITER ANGELA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht: Mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile, Zürich 2012.
- KÄLIN OLIVER, Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR, in: AJP 11/2007, S. 1339 ff.
- KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, Bern 2010.
- KUMMER MAX, in: MEIER-HAYOZ ARTUR (Hrsg.), Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1 – 10 ZGB, Bern 1962. (zit. BK-KUMMER)

- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts: Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984.
- LANDOLT HARDY, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in: FELLMANN WALTER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011: Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Zürich 2011, S. 81 ff.
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern: Kommentar samt einem Anhang zu gehöriger Erlasse, Bern 2000.
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Das ordentliche Verfahren, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung: Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich, Basel, Genf 2003, S. 73 ff. (zit. LEUENBERGER, Ordentliches Verfahren)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: JAMETTI GREINER MONIQUE/KELLERHALS FRANZ (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte; Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 313 ff. (zit. LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2004, ZBJV 142 (2006), S. 25 ff. (zit. LEUENBERGER, Rechtsprechung)
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl., Bern 2010.
- LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2004.
- LIEBER VIKTOR, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER HANS ULRICH/WEGMANN PAUL (Hrsg.), Rechtsschutz: Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997.
- LIEBS DETLEF, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., München 2007.
- LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2013.
- LIPP VOLKER, Das private Wissen des Richters, Heidelberg 1995.
- LIU MING-SHENG, Die richterliche Hinweispflicht – Dogmatik und Rechtskultur, Diss. Frankfurt am Main 2009.



- MEIER ISAAK/SOGO MIGUEL/FRENKEL DANIELA, Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010.
- MEIER ISAAK, Das Beweismass: ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, in: BJM (1989) S. 57 ff.
- MEYKE ROLF, Darlegen und Beweisen im Zivilprozess, 2. Aufl., Bonn 2001. (zit. MEYKE, Darlegen und Beweisen)
- MEYKE ROLF, Plausibilitätskontrolle und Beweis, in: NJW (2000), S. 2230 ff. (zit. MEYKE, Plausibilitätskontrolle)
- MILANI DOMINIK, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, in: Jusletter (2011) 16. Mai.
- MORDASINI CLAUDIA MARIA, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2012.
- MÜLLER OTTO, Jura novit curia, in: ZBJV 91 (1955) 2, S. 41 ff. (zit. MÜLLER O., Jura novit curia)
- MÜLLER ROSMARIE, Der Ausforschungsbeweis: Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess, Diss. Zürich 1991.
- MUSIELAK HANS-JOACHIM, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975. (zit. MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast)
- MUSIELAK HANS-JOACHIM, Grundkurs ZPO: Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung) mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren, 11. Aufl., München 2012. (zit. MUSIELAK, Grundkurs ZPO)
- NAEGELI GEORG, Darf man im Prozess lügen?, in: Anwaltsrevue (2010) 6–7, S. 292 ff.
- NIGGLI MARCEL A./WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar zum Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2013. (zit. BSK-BEARBEITER/-IN StGB)
- NIGGLI MARCEL A./UEBERSAX PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011. (zit. BSK-BEARBEITER/-IN BGG)
- OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2010. (zit. KuKo-BEARBEITER/-IN)
- PELLI OLIVIA, Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Zürich 2012.
- PRIBNOW VOLKER/GOGNIAT YVES, Substanziierung im Haftpflichtprozess, in: FELLMANN WALTER/WEBER STEPHAN (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2013 –

- Heuristics and Biases, Persönlichkeitsschutz, Regressprozess, Substanziierung, Parteibefragung und Gutachten, Zürich 2013.
- PRÜTTING HANNS/GEHRLEIN MARKUS (Hrsg.), ZPO Kommentar, 4. Aufl., Köln 2012. (zit. Prütting/Gehrlein-BEARBEITER/-IN)
- ROSENBERG LEO, Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, München 1965.
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010.
- RÜEGG VIKTOR, Materielle Wahrheitsfindung und Erledigungsstrenge – mit kritischen Bemerkungen zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2003, S. 63 ff.
- SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2002 (zit. SARBACH, Richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht).
- SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, in: ZBJV (2000) 11 S. 685 ff. (zit. SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime)
- SARBACH MARTIN, Zivilprozessrecht im Wandel: Am Beispiel der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime, in: SCHINDLER BENJAMIN/SCHLAURI REGULA (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 133 ff. (zit. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel)
- SCHALLER JEAN-MARC, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. St. Gallen, 2010. (zit. SCHALLER, Einwendungen und Einreden)
- SCHALLER JEAN-MARC, Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?, in: Jusletter 21. März 2011. (zit. SCHALLER, Jusletter)
- SCHRÖDER ANDREAS, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 2000.
- SCHWANDER DANIEL, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: FELLMANN WALTER/WEBER STEPHAN (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2012 – Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Zürich 2012. (zit. SCHWANDER, Sachverhaltsrüge)
- SCHWEIZER MARK DANIEL, Kognitive Täuschungen vor Gericht: Eine empirische Studie, Diss. Zürich 2005. (zit. SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen)
- SCHWEIZER MARK DANIEL, Substanziieren – wozu?, in: SJZ 108 (2012) S. 557. (zit. SCHWEIZER, Substanziieren)
- SIDLER KURT, Substanziierung, Spezifikation und Änderung des Klagegrundes im luzernischen Zivilprozessrecht, Luzern 1968

- SIX JANN, Richterliche Fragepflicht, in: AARGAUISCHER JURISTENVEREIN (Hrsg.), Festschrift 75 Jahre Aargauischer Juristenverein 1936–2011: Beiträge zur Umsetzung der schweizerischen Zivilprozess-, Strafprozess- und Jugendstrafprozessordnung im Kanton Aargau, Zürich 2011, S. 87 ff.
- SPIRIG EUGEN, Prozessleitung nach zürcherischem Prozessrecht, Zürich 1985.
- SPOHR TILMAN, Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess, Diss. Göttingen 1969.
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht – und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Bern 2010.
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010. (zit. BSK-BEARBEITER/-IN ZPO)
- SPÜHLER KARL, Wann sind Grundsätze der Lebenserfahrung allgemeine Rechtsätze?, in: SJZ 93. (1997), S. 392 ff.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2013.
- STEIN FRIEDRICH/JONAS FRIEDRICH, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen 2005. (zit. Stein/Jonas-BEARBEITER/-IN)
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag: Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- STÜRNER ROLF, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Habil. Tübingen 1976.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht: Dargestellt anhand der systematischen Grundlagen und des Verhältnisses von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht bei der Dispositions- und Offizialmaxime, Habil. Fribourg, 1997. (zit. SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, ZZZ 2005, S. 3 ff. (zit. SUTTER-SOMM, Grundsatzfragen)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007, 301 ff. (zit. SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2012. (zit. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht)

- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013. (zit. ZK-BEARBEITER/-IN)
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL/GEHRI MYRIAM A., Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006.
- VON GREYERZ CHRISTOPH, Der Beweis negativer Tatsachen, Bern 1963.
- VON SENGER HARRO, Strategeme: Die berühmten 36 Strategeme der Chinesen, Band 2, Bern 2000.
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht: Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.
- WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss. Basel 2009.
- WALTER HANS PETER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht: Tendenzen der Rechtsprechung, in: BJM 1995 (1995) S. 281 ff. (zit. WALTER, Bundesprivatrecht)
- WALTER HANS PETER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SJZ 100 (2004) S. 313 ff. (zit. WALTER, Auf dem Weg)
- WIEGAND WOLFGANG, Iura novit curia vs. ne ultra petita, in: JAMETTI GREINER MONIQUE/KELLERHALS FRANZ (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte; Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 127 ff.
- ZEISS WALTER/SCHREIBER KLAUS, Zivilprozessrecht, Tübingen 2009.
- ZETTEL GÜNTHER, Der Beibringungsgrundsatz: Seine Struktur und Geltung im deutschen Zivilprozessrecht, Diss. Würzburg 1976.



## Materialienverzeichnis

Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Juni 2003. (zit. **BERICHT VE-ZPO**)

Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. **BOTSCHAFT**)

Botschaft zum Entwurf eines neuen Gesetzes über den Bundeszivilprozess vom 14. März 1947. (zit. **BOTSCHAFT BZP**)

Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2004. (zit. **VERNEHMLASSUNGEN VE-ZPO**)

