

Dr. René Strazzer, Rechtsanwalt
Stiffler & Partner

Die Substantiierungspflicht im Zürcher Zivilprozess

Einige Streiflichter aus der Praxis

Referat vom 1. April 2005
gehalten für eine Versicherungsgesellschaft,
Abteilung Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung und Gang der Ausführungen.....	3
2.	Definition und Terminologie.....	3
3.	Rechtsgrundlagen.....	4
	a) Bundesrecht.....	4
	b) Kantonales Recht	5
4.	Rechtsfolgen für das Rechtsmittel.....	5
5.	Strukturelemente des Zürcher Zivilprozesses	7
	a) Strikte Trennung zwischen Hauptverfahren und Beweisverfahren	8
	b) Strenge Eventualmaxime	9
	c) Grundsätzliches Novenverbot in der Berufung.....	10
6.	Praxis zur Substantiierungspflicht	11
	a) Der Abrechnungsprozess.....	11
	b) Das Verhältnis zwischen Rechtsschrift und Beilagen.....	13
	c) Substantiierung des Schadens und Art. 42 Abs. 2 OR.....	14
7.	Die Praxis des Handelsgerichts im Besonderen.....	15
	a) Allgemeines.....	15
	b) Die Referentenaudienz.....	16
	c) Prozesstaktische Folgerungen für den Kläger.....	17
	aa) Umfassend substantiierte Klagebegründung.....	17
	bb) Die Problematik der Widerklage.....	18
	cc) Ausführungen zu möglichen Einwänden in der Klageantwort	19
	d) Die Substantiierungspflicht im Speziellen.....	20
	aa) Die Substantiierungshinweise	20
	bb) Die allgemeine Bestreitungsfloskel	20
	cc) Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Substantiierungspflicht.....	22
8.	Die richterliche Fragepflicht als Rettungsanker?	23
9.	Ausblick: Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung	24

1. Einleitung und Gang der Ausführungen:

Im Folgenden sollen einige Streiflichter auf die Ausgestaltung der Substantiierungspflicht im Zürcher Zivilprozess geworfen werden. Die Ausführungen sind bewusst praxisbezogen. Dementsprechend soll Rechtsdogmatisches weitgehend ausgeklammert bleiben.

Begonnen wird mit einigen Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen der Substantiierungspflicht, die dann zur praktisch bedeutsamen Frage nach dem richtigen Rechtsmittel überleiten. Danach sollen drei prägende Elemente des Zürcher Zivilprozesses dargestellt werden. Dem schliesst sich die Erläuterung einiger aus der Fülle des Materials willkürlich ausgewählter gerichtlicher Entscheidungen an. Ein besonderes Augenmerk soll sodann auf die Praxis des Handelsgerichts geworfen werden, wobei hier schwergewichtig Erfahrungen des Referenten Erörterung finden. Nach einem kurzen Seitenblick auf die richterliche Fragepflicht finden sich noch einige abschliessende Bemerkungen zur prozessualen Zukunft, der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung.

2. Definition und Terminologie:

Unter der Substantiierungspflicht wird im Allgemeinen die Pflicht einer Prozesspartei verstanden, die anspruchsbegründenden bzw. die anspruchsvernichtenden Tatsachen so konkret zu formulieren, dass der Gegenpartei ein substantiiertes Bestreiten möglich ist, so dass darüber der Beweis abgenommen werden kann bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann.¹

Die Substantiierungspflicht ist keine erzwingbare Rechtspflicht, sondern eine prozessuale Obliegenheit. Deren Nichterfüllung ist keine Rechtsverletzung, sondern zieht

¹ BGE 127 III 368

prozessuale Nachteile für die betreffende Partei nach sich². Rechtstechnisch müsste daher von der Substantiierungsobliegenheit³ gesprochen werden. Der Gebräuchlichkeit des Terminus Substantiierungspflicht wegen wird aber auch vorliegend nur dieser verwendet, im Wissen um dessen terminologische Inkorrektheit.

3. Rechtsgrundlagen:

Die Substantiierungspflicht hat zwei Ausprägungen, eine bundesrechtliche und eine kantonalrechtliche⁴.

a) Bundesrecht:

Gemäss ständiger Lehre und Rechtsprechung wird aus Art. 8 ZGB ein Recht auf den Beweis abgeleitet. Danach hat die beweispflichtige Partei⁵ einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, in allen Zivilstreitigkeiten für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden⁶. Dieser Beweisführungsanspruch besteht indessen nur für rechtserhebliche Tatsachen, und er schliesst auch eine vorweg genommene Beweiswürdigung nicht aus⁷.

Praktisch bedeutsamer ist sodann die weitere Voraussetzung, die das Bundesgericht in ständiger Praxis an den Beweisführungsanspruch stellt. Danach muss die beweisbelastete Partei ihre Beweisanträge im kantonalen Verfahren frist- und formgerecht gestellt haben⁸. Mit andern Worten müssen die Beweisanträge der beweisbelasteten

² STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 113 ZPO

³ So korrekt das Bundesgericht in BGE 122 III 221

⁴ Vgl. für die aufgrund dieser „Doppelnatur“ resultierende praktisch bedeutsame Frage, mit welchem Rechtsmittel welche Rüge geltend zu machen ist, sogleich S. 5 f.

⁵ Auch hier müsste korrekterweise von der beweisbelasteten Partei gesprochen werden

⁶ Vgl. z.B. BASLER KOMMENTAR zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel 2002, N 5 ff. zu Art. 8 ZGB

⁷ BGE 126 III 317 mit weiteren Verweisen auf die bundesgerichtliche Praxis

⁸ Vgl. z.B. BGE 122 III 223

Partei nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entsprechen⁹. Dies leitet über zu den kantonalrechtlichen Vorschriften bzw. Grundlagen der Substantiierungspflicht.

b) Kantonales Recht:

Im Kanton Zürich ist § 113 ZPO *sedes materiae* der Substantiierungspflicht. Danach ist im Hauptverfahren das Streitverhältnis darzustellen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen *bestimmt und vollständig*¹⁰ aufzustellen und sich *im einzelnen* über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden¹¹.

4. Rechtsfolgen für das Rechtsmittel:

Urteile des Obergerichtes und des Handelsgerichtes können im Kanton Zürich mit einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht, der obersten richterlichen Instanz im Kanton, angefochten werden. Gleichzeitig sind diese Urteile der Berufung an das Bundesgericht zugänglich. Es kommt daher zu einer Gabelung des Rechtsweges. Die Abgrenzung der genannten beiden Rechtsmittel ist ein dornenvolles Unterfangen, und der vorsichtige Anwalt wird vielfach nicht darum herum kommen, gleichzeitig beide Rechtsmittel einzulegen¹².

⁹ BASLER KOMMENTAR, a.a.O., N 6 zu Art. 8 ZGB

¹⁰ Hervorhebungen durch den Referenten angebracht

¹¹ Vorweggenommen sei, dass dieser letzte Satz von § 113 ZPO eine reine Ordnungsvorschrift ist, deren Unterlassung keine Rechtsnachteile nach sich zieht; vgl. STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 18 zu § 113 ZPO

¹² Vgl. für Einzelheiten STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 6 ff zu § 285 ZPO, und MÜNCH, Berufung und zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, N 33 f. zu § 4, in: GEISER/MÜNCH, Herausg., Prozessieren vor Bundesgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 1996

Für unsere Belange kann als Grundregel gelten, dass das völlige Unterlassen eines Beweisverfahrens, obwohl erforderlich, gegen Art. 8 ZGB verstösst und damit mit der eidgenössischen Berufung zu rügen ist, wohingegen die Nichtabnahme einzelner Beweismittel im Rahmen eines Beweisverfahrens Beweiswürdigung oder Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt, was mittels der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen ist¹³.

Im Einzelnen zeigt die Kasuistik, dass etwa die folgenden Rügen mit der eidgenössischen Berufung dem Bundesgericht zu unterbreiten sind:

- der Vorderrichter habe die Klage zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, sie sei nicht ausreichend substantiiert worden¹⁴;
- die Vorinstanz habe die Anforderungen an die Bestreitung überspannt¹⁵;
- der kantonale Richter habe über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lassen¹⁶;
- der kantonale Richter habe eine Behauptung einer Partei versehentlich als unbestritten betrachtet, obwohl sie von der Gegenpartei bestritten worden ist¹⁷.

Demgegenüber sind zum Beispiel die folgenden Rügen im Berufungsverfahren vor Bundesgericht unzulässig und müssen demzufolge mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde dem Kassationsgericht¹⁸ unterbreitet werden:

- die Vorinstanz habe in falscher Beweiswürdigung eine Behauptung als bewiesen oder als widerlegt erachtet¹⁹;
- die Vorinstanz habe die Beweise willkürlich gewürdigt²⁰;

¹³ BASLER KOMMENTAR, a.a.O., N 12 zu Art. 8 ZGB

¹⁴ BGE 108 II 337 ff; ZR 102, 2003, Nr. 8

¹⁵ MÜNCH, a.a.O., N 64 zu § 4; vgl. zu den Anforderungen an die Bestreitung nachstehend, S. 21 f.

¹⁶ BGE 105 II 145

¹⁷ BGE 96 I 193 ff

¹⁸ Dessen Entscheid dann wiederum mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden kann

¹⁹ ZR 95, 1996, Nr. 73

²⁰ BGE 109 II 31

- die Vorinstanz habe unzulässigerweise eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen²¹.

5. Strukturelemente des Zürcher Zivilprozesses:

Nach dieser doch eher schweren Kost sollen an dieser Stelle kurz drei Elemente bzw. Wesensmerkmale des Zürcher Zivilprozesses dargestellt werden, wovon im Besonderen das Zweite und das Dritte einen direkten Bezug zur Substantiierungspflicht haben.

Einschränkend ist sodann darauf hinzuweisen, dass den nachfolgenden Ausführungen im Sinne einer Arbeitshypothese ein im ordentlichen und schriftlichen Verfahren geführter Zivilprozess vor dem Kollegium des Bezirksgerichts als erster Instanz²² und dem Obergericht als Berufungsinstanz bzw. vor dem Handelsgericht als erster und einziger Instanz²³ zu Grunde liegt. Abweichungen, die sich entweder aus einer anderen Verfahrensart²⁴ oder aus der Geltung der Offizial- und/oder Untersuchungsmaxime ergeben, bleiben unberücksichtigt.

a) Strikte Trennung zwischen Hauptverfahren und Beweisverfahren:

Ein Wesensmerkmal des zürcherischen Zivilprozesses ist die strikte Trennung zwischen Hauptverfahren und Beweisverfahren. Erst *nach*²⁵ vollständig durchgeführtem Hauptverfahren mit Klagebegründung, Klageantwort, Replik, Duplik, ev. Referen-

²¹ BGE 114 II 291

²² Das setzt nach § 31 Ziff. 1 GVG ein Streitwert der Klage von Fr. 20'000.— übersteigend voraus

²³ Das setzt nach § 62 GVG grundsätzlich die Eintragung beider Parteien im Handelsregister und ein Streitwert von Fr. 8'000.— übersteigend voraus

²⁴ Summarisches Verfahren, beschleunigtes Verfahren, einfaches und rasches Verfahren

²⁵ Hervorhebung durch den Referenten angebracht.

tenaudienz/Vergleichsverhandlung wird das Beweisverfahren durchgeführt²⁶. Dieses ist seinerseits stark formalisiert²⁷ und langfädig. Dieser Ordnung der ZPO wird in der Praxis streng nachgelebt, und zwar sowohl von den Bezirksgerichten als auch vom Handelsgericht. Das hat aus meiner Sicht vor allem die folgenden zwei Konsequenzen:

Diejenige Partei, die über keine oder nur beschränkt zum Beweis taugliche Urkunden verfügt und damit auf die Beweismittel der persönlichen Befragung der Prozessparteien²⁸ und/oder auf Zeugen²⁹ angewiesen ist, braucht Geduld. Kein zürcherischer Richter³⁰ führt eine Zeugeneinvernahme während des Hauptverfahrens durch³¹.

Das Beweisverfahren ist statistisch gesehen generell die Ausnahme, weil zufolge des langen prozessualen „Vorlaufs“ ganz einfach die Wahrscheinlichkeit einer vergleichsweisen oder sonstigen nicht über ein Beweisverfahren führenden Erledigung des Prozesses hoch ist. Das gilt zum einen, weil das Bezirksgericht regelmässig und das Handelsgericht immer vor der Einleitung des Beweisverfahrens noch eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung im Sinne von § 118 ZPO durchführen. Zum andern ist das Bestreben des Gerichts nicht von der Hand zu weisen, einen Prozess nach durchgeführtem Hauptverfahren als spruchreif im Sinne von § 188 Abs. 1 ZPO zu erachten, von einem Beweisverfahren abzusehen und einen Aktenentscheid zu fällen. Das Bezirksgericht mag sich hier durchaus auch von der Überlegung leiten, dass ein Rückweisungsbeschluss des Obergerichtes mit dem „Befehl“ zur Durchfüh-

²⁶ So explizit § 134 Abs. 1 Satz 1 ZPO

²⁷ Mit Beweisaufgabebeschluss, Beweisantretungsschrift der Parteien, Beweisabnahmebeschluss, eigentlicher Beweisabnahme, Stellungnahme der Parteien zum Beweisergebnis und schliesslich Beweiswürdigung im Urteil

²⁸ Diese ist in Zürich ein übliches und gängiges Beweismittel, wobei allerdings gemäss § 149 Abs. 3 ZPO Aussagen zugunsten der befragten Partei keinen Beweis bilden

²⁹ Im Gegensatz zu andern Kantonen werden Organe von juristischen Personen in Zürich konsequent immer nur als Zeugen einvernommen (§ 157 Abs. 2 ZPO)

³⁰ Wenn im Folgenden in diesem Text jeweils nur die männliche Bezeichnung verwendet wird, so erfolgt dies ausschliesslich aus Gründen der Vereinfachung und ist die weibliche Bezeichnung stets mitumfasst.

³¹ Die Bestimmung in § 134 Abs. 1 Satz 2 ZPO, wonach das Gericht im Sinne einer Ausnahme schon während des Hauptverfahrens Beweis erheben kann, wenn sich damit das Verfahren vereinfachen lässt, ist nach meiner Erfahrung toter Buchstabe. Ein wohl begründeter Antrag ist auch erforderlich, um einen Richter zur Beweiserhebung während des Hauptverfahrens gestützt auf § 135 ZPO (Sicherstellung gefährdeter Beweise) zu überzeugen. Das Schulbeispiel des kurz vor dem Ableben stehenden Hauptzeugen ist ja durchaus nicht alltäglich.

zung eines Beweisverfahrens im Sinne von § 270 ZPO gut und gern erst in einem Jahr zu erwarten ist³².

b) Strenge Eventualmaxime:

Es gibt in Zürich nach durchgeführtem zweifachem Schriftenwechsel ausnahmslos *keine* Hauptverhandlung. Jede Partei hat Anspruch auf zwei Vorträge, nicht auf mehr³³, und danach ist das Hauptverfahren abgeschlossen und sind die Parteien mit weiteren Sachvorbringen, Einreden, Bestreitungen etc. gemäss § 114 ZPO ausgeschlossen. Die Ausnahmetatbestände von § 115 ZPO, die unter gewissen Voraussetzungen nachträgliche Sachvorbringen gestatten, werden in der Praxis streng gehandhabt. Im Zweifel wird auf ein Novum nicht eingetreten³⁴.

Der mit der Replik bzw. Duplik befasste Anwalt tut daher gut daran, sich bei seiner Klientschaft genau darüber zu versichern, dass wirklich alle relevanten Sachverhaltselemente mit dieser zweiten Rechtsschrift in den Prozess eingeführt werden. Dies gilt umso mehr, als hier Versäumnisse auch in der zweiten Instanz wegen des grundsätzlichen Novenverbots kaum mehr korrigiert werden können³⁵.

Demgegenüber gibt es keine Bestimmung, auch nicht im Sinne einer Ordnungsvorschrift, dass eine Partei bereits in ihrem ersten Vortrag alles Tatsächliche vorzubringen habe. Es gereicht deshalb z.B. dem Kläger rechtlich nicht zum Nachteil, wenn er sich in der Klagebegründung relativ kurz hält³⁶ und dann in der Replik „aus dem Vollen“ zu schöpfen beabsichtigt. Ob das taktisch geschickt ist, ist allerdings eine andere Frage³⁷.

³² Nach dem Motto: wer weiss, was alles in einem Jahr geschehen kann.

³³ Vorbehalten bleibt natürlich die Widerklageduplik in der „Widerklagekonstellation“ und eine allfällige Stellungnahme zu Noven in der Duplik

³⁴ So explizit FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 115 ZPO

³⁵ Zu einer für unsere Belange relevanten Ausnahme vgl. sogleich S. 11 nachstehend.

³⁶ Sei es zum Beispiel, um nur einmal die Argumente der Gegenpartei anzuhören

³⁷ Dringend abzuraten ist von dieser Taktik jedenfalls vor Handelsgericht. Weil auch vor Bezirksgericht nicht auszuschliessen ist, dass das Gericht bereits nach dem einfachen Schriftenwechsel zu einer Referentenau-

c) Grundsätzliches Novenverbot in der Berufung:

Im Berufungsprozess vor Obergericht besteht grundsätzlich ein Novenverbot. Noven sind gemäss § 267 Abs. 1 ZPO nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 115 zulässig, und diesbezüglich ist die Praxis, wie bereits erwähnt, streng³⁸. Dieses seit dem 1. Januar 1996 in Kraft stehende grundsätzliche Novenverbot wurde nicht zuletzt vor dem Hintergrund der durchaus verbreiteten Unsitte erlassen, in der ersten Instanz einmal „locker und unbeschwert“ zu prozessieren und dann bei negativem Ausgang den Prozess in der zweiten Instanz unter ausgiebiger Inanspruchnahme des Novenrechts „richtig“ zu führen. Dem ist heute, ich meine richtigerweise, ein Riegel geschoben.

Eine für unsere Belange wesentliche Ausnahme vom grundsätzlichen Novenverbot vor Obergericht ist dann gegeben, wenn das Bezirksgericht erstmals in seinem Urteil und nicht schon im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens einer Partei mangelnde Substantiierung vorwirft. Diesfalls kann die betreffende Partei nach der obergerichtlichen Praxis in der Berufungsbegründung bzw. Berufungsantwort die entsprechenden Behauptungen nachbringen³⁹.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c OG neue Tatsachen und neue Beweismittel nicht vorgebracht werden können. Mithin gilt vor Bundesgericht nicht

dienz vorlädt (was allerdings nach meiner Erfahrung die Ausnahme ist), halte ich generell nicht viel von dieser Taktik.

³⁸ Ausgenommen hiervon ist der Ehescheidungsprozess, in welchem im ersten Vortrag vor der Berufungsinstanz von Bundesrechts wegen uneingeschränkt neue Tatsachenbehauptungen zulässig sind (Art. 138 Abs. 1 ZGB, § 267 Abs. 2 ZPO)

³⁹ Vgl. ZR 100, 2001, Nr. 27; diese Praxis hat ihre Rechtfertigung darin, dass die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO verlangt, dass einer Partei mindestens einmal, aber nicht mehrmals (!) Gelegenheit gegeben werden muss, die ihr vorgehaltene mangelnde Substantiierung nachzuholen; vgl. dazu auch S. 23 nachstehend

mittel nicht vorgebracht werden können. Mithin gilt vor Bundesgericht nicht nur ein eingeschränktes, sondern ein totales Novenverbot⁴⁰.

6. Praxis zur Substantiierungspflicht:

a) Der Abrechnungsprozess:

Die Bedeutung der Substantiierungspflicht ist augenscheinlich, wenn der Kläger eine Forderungsklage erhebt, deren Total sich aus vielen einzelnen Rechnungspositionen zusammensetzt, die überdies auch noch das Ergebnis von einzelnen Rechenoperationen sein können. So hielt das Obergericht in einem Urteil vom 6. April 1990 einem Kläger in einer Klage auf Geldzahlung, die sich aus verschiedenen Fremwährungssaldi zusammensetze, vor, dass es nicht Aufgabe des Gerichtsexperten sei, das Klagefundament aufzuarbeiten. Das Gericht führte unter anderem aus:

„Die eingeklagten Saldi sind das Resultat unzähliger Verrechnungsoperationen mit Gut- und Lastschriften aus Prämienzahlungen, Schadensbelastungen, verschiedenen Arten von Kommissionen, Steuern, Zinsen und Rückerstattungen etc. Wie sich diese Saldi zusammensetzen oder wie, mit anderen Worten, die Klägerin zu diesen Saldi gelang, wird nicht dargetan und kann auch den Beilagen nicht entnommen werden. Die Klage erweist sich in der Tat als nicht substantiert,

und weiter:

„Es muss sowohl für die Gegenpartei als auch für den Richter nachvollziehbar sein, warum die klagende Partei z.B. 1004730.65 französische Francs fordert und nichts anderes. Hier stehen sowohl Beklagte als auch Richter ratlos vor einer Zahl, die keinem bestimmten Geschehen zuzuordnen ist und zu der es auch nicht möglich ist, irgendwie fundiert Stellung zu nehmen.“⁴¹

⁴⁰ Das schliesst indessen nicht aus, dass sich eine Partei auch noch vor Bundesgericht für ihren Standpunkt auf eine neue oder andere rechtliche Begründung als noch im kantonalen Verfahren stützt, wobei allerdings diese neue oder andere rechtliche Argumentation auf dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt fussen muss; vgl. MÜNCH, a.a.O., N 80 zu § 4.

⁴¹ ZR 90, 1991, Nr. 3

Ganz ähnlich lauten die Vorgaben des Obergerichts in einem Urteil vom 4. Februar 2003:

„Wird im Prozess ein Saldo eingeklagt, welcher aus der Verrechnung verschiedener Positionen herrührt, und wird die Rechnung nicht als Kontokorrent mit periodischen Saldoziehungen geführt, dann kann die Klage nicht anders substantiiert werden, als dass die ganze Rechnung dargelegt wird, wenigstens in den groben Zügen⁴².“

In einem erbrechtlichen Prozess klagte ein Miterbe gegen eine Bank auf detaillierte Offenlegung sämtlicher Kontobewegungen bezüglich eines compte-joint-Kontos für einen Zeitraum von ca. neun Jahren, wobei der Kläger geltend machte, dass über dieses Konto Vermögenswerte des Erblassers geflossen seien bzw. auf diesem Konto gelegen hätten. Das Bezirksgericht bejahte den Auskunftsanspruch lediglich für einen Zeitraum von einem Jahr vor dem Todestag bis zum Todestag. Das Obergericht bejahte ihn hingegen umfassend und auferlegte der Bank den Beweis für ihre Behauptung, dass an den fraglichen Werten einzig der Mitkontoinhaber, in casu der Bruder des Erblassers, und nie der Erblasser wirtschaftlich berechtigt gewesen sei. Das Obergericht gab im Rückweisungsbeschluss vom 28. Februar 2001 auch gleich den Takt bezüglich des vom Bezirksgericht durchzuführenden Beweisverfahrens vor:

„Geht es um die Prüfung der Frage, ob es bei den Vermögenswerten, die auf den Konti mit der hier interessierenden Stammmnummer gelegen haben, um solche des Erblassers oder um solche seines Bruders handelte, dann kommt man nicht darum herum, für den Zeitraum zwischen Kontoeröffnung und Todestag des Erblassers⁴³ Gutschrift für Gutschrift beweismässig zu überprüfen. Das lässt sich wohl nur anhand der Bankakten sowie weiterer wohl beim Nebenintervenienten⁴⁴ vorhandener Akten tun. Schliesslich hat für jeden einzelnen Posten eine Beweiswürdigung zu erfolgen.⁴⁵“

b) Das Verhältnis zwischen Rechtsschrift und Beilagen:

⁴² ZR 102, 2003, Nr. 57

⁴³ Das sind, wie gesagt, ca. neun Jahre!

⁴⁴ In casu der Bruder des Erblassers

Die Problematik der Beilagen erläutert ein Entscheid des Kassationsgerichtes vom 25. August 1994 wie folgt:

„Werden Beilagen in der Rechtsschrift ausdrücklich zum integrierenden Bestandteil derselben erklärt, so gelten alle sich aus den betreffenden Beilagen ergebenden Tatsachen als behauptet. Wenn Beilagen in einer Rechtsschrift bloss erwähnt werden oder wenn darauf verwiesen wird, so gelten sie jedoch nur im Umfang der Verweisung als von der Partei vorgebracht.“⁴⁶

Salopp gesagt gilt somit „Rechtsschrift vor Beilage“. Die Beilagen und die Rechtsschrift sind demnach sorgfältig aufeinander abzustimmen. Der Inhalt der als wichtig erachteten Beilagen muss unbedingt eine Grundlage, einen Referenzpunkt selbst in der Rechtsschrift haben. Nach dem vorerwähnten Entscheid des Kassationsgerichtes vom 25. August 1994 gelten nämlich Tatsachen als nicht behauptet und wird auf solche nicht abgestellt, *„die sich zwar aus einer Beilage ergeben, auf die aber in keiner Rechtsschrift erkennbar verwiesen wurde.“⁴⁷* Das führt aus Gründen der Vorsicht zwangsläufig dazu, dass der Inhalt von Beilagen wiederholend in der Rechtsschrift auszuführen ist. Relevante Besonderheiten einer Beilage, wie z.B. eine Telefaxzeile oder eine handschriftliche Anmerkung, sind ebenfalls in der Rechtsschrift explizit zu thematisieren, will man sicher gehen, dass das Gericht diese Besonderheit als behauptet beachtet.

c) Substantiierung des Schadens und Art. 42 Abs. 2 OR:

Speziell mit Bezug auf die Substantiierung und den Nachweis eines Schadens gewährt Art. 42 Abs. 2 OR bekanntlich eine bundesrechtliche Erleichterung, wenn der ziffernmässige Nachweis des Schadens nicht möglich ist. Die Praxis ist indessen auch diesbezüglich streng, und die (auch verzweifelte!) Anrufung von Art. 42 Abs. 2 OR findet vor Gericht nach meiner Einschätzung nur sehr selten Gehör. So warnt bereits

⁴⁵ ZR 101, 2002, Nr. 26

⁴⁶ ZR 95, 1996, Nr. 12

das Bundesgericht ausdrücklich, dass Art. 42 Abs. 2 OR „den Geschädigten seiner Substantierungsobliegenheit nicht enthebt⁴⁸“. Er hat „alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen⁴⁹“. Zu beweisen ist nach zürcherischer Rechtsprechung überdies eine hohe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts⁵⁰. Nach einem kürzlich publizierten Beschluss des Handelsgerichts vom 6. Oktober 2004 muss ein Kläger sodann auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR ein beziffertes Rechtsbegehren stellen, wenn er dieses im Laufe des Prozesses gegebenenfalls auch anpassen kann⁵¹.

In der Praxis stellt damit Art. 42 Abs. 2 OR keine echte Hilfe für einen Geschädigten dar.

7. Die Praxis des Handelsgerichts im Besonderen:

Das soeben erwähnte Erkenntnis des Handelsgerichtes leitet über zu dessen Praxis. Bevor die Substantierungspflicht als solche behandelt wird, werden einige Bemerkungen zum Verfahren vor Handelsgericht im Allgemeinen voran gestellt.

a) Allgemeines:

Das Handelsgericht amtet als erste und einzige kantonale Instanz in Handelssachen⁵². Wie bereits erwähnt⁵³, können dessen Urteile deshalb lediglich mit dem ausseror-

⁴⁷ ZR 95, 1996, Nr. 12

⁴⁸ BGE 122 III 221 mit weiteren Verweisen

⁴⁹ BGE 122 III 221

⁵⁰ ZR 89, 1990, Nr. 62

⁵¹ Vgl. ZR 103, 2004, Nr. 74, wonach ein Rechtsbegehren des Inhalts, dass der Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger einen Betrag nach richterlichem Ermessen zu bezahlen, unzulässig ist

⁵² Das steht de lege ferenda zur Disposition, weil der Entwurf zu einem Bundesgerichtsgesetz den Grundsatz des doppelten kantonalen Instanzenzuges in allen Zivilsachen vorsieht, womit dem Handelsgericht dann ei-

entlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde an das kantonale Kassationsgericht oder mittels eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht angefochten werden⁵⁴. Die Hürden für beide Rechtsmittel sind hoch, so dass in praxi nach meiner Einschätzung ein Handelsgerichtsurteil nur selten kassiert bzw. „gekehrt“ wird.

Das Verfahren verläuft planmässig und voraussehbar. Es ist für Klageschrift und Klageantwort ausnahmslos schriftlich. Der Beklagte kann mit Bezug auf die ihm angesetzte Frist zur Erstattung der Klageantwort mit stereotyper und völlig unsubstanziierter (!) Begründung je drei Fristerstreckungen zu 20 Tagen beanspruchen. Nach Eingang der Klageantwort wird ausnahmslos zu einer Referentenaudienz / Vergleichsverhandlung⁵⁵ vorgeladen. Das Gericht setzt quasi voraus, dass derjenige, der vor ihm prozessiert, sich diesem Verfahrensablauf unterzieht⁵⁶.

b) Die Referentenaudienz:

Die Referentenaudienz vor Handelsgericht zeichnet sich durch einige Besonderheiten aus, denen man sich im gleichen vorerwähnten Sinne zu unterziehen hat.

So sind die Parteien zum persönlichen Erscheinen verpflichtet, auch wenn sie anwaltlich vertreten sind. Die Vorladung verlangt bei juristischen Personen *expressis verbis* die Anwesenheit von einem oder mehreren leitenden Personen, die über die Streitsache orientiert und zum Abschluss eines Vergleiches befugt sind.

ne zweite kantonale Instanz mit umfassender Kognition nachgelagert werden müsste; vgl. dazu aktuell RÜETSCHI, Die Zukunft der Handelsgerichte, in: SJZ 101, 2005, S. 29 ff

⁵³ Siehe S. 5 f. vorstehend

⁵⁴ Vgl. zur Abgrenzung der beiden Rechtsmittel S. 6 f. vorstehend

⁵⁵ Nachfolgend der Einfachheit halber nur noch als Referentenaudienz bezeichnet

⁵⁶ Dieser Verfahrensablauf bringt es mit sich, dass in rund einem halben Jahr nach Rechtshängigkeit des Prozesses den Parteien eine in aller Regel fundierte rechtliche Beurteilung der Streitsache abgegeben wird. Ich erachte dies als einen Vorzug des handelsgerichtlichen Verfahrens.

Ist eine Partei, aus welchen Gründen auch immer, nicht vergleichsbereit, hat sie dies dem Gericht vorgängig mitzuteilen, ansonsten sie kosten- und entschädigungspflichtig wird⁵⁷.

Die Parteien werden in der Vorladung unter Berufung auf § 118 Abs. 1 ZPO angehalten, in der Referentenaudienz alle noch zurückbehaltenen Beweisurkunden einzureichen und ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel bekannt zu geben⁵⁸.

c) Prozesstaktische Folgerungen für den Kläger:

In jedem schriftlich geführten Zivilprozess ist der Beklagte strukturell insofern im Vorteil, als es am Kläger liegt, eine Prozessgeschichte mit einem für ihn stimmigen Klagefundament darzulegen, und der Beklagte dann diese Darstellung mit allen möglichen tatsächlichen und rechtlichen Einwänden, die der Kläger nicht vorhersehen kann, „bekämpfen“ kann. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die mit jeder „Garantie“ zu durchlaufende Referentenaudienz scheinen mir für den vor Handelsgericht prozessierenden Kläger die folgenden prozesstaktischen Überlegungen angebracht:

aa) Umfassend substantiierte Klagebegründung:

Die Klagebegründung sollte möglichst umfassend substantiiert und vollständig erfolgen. Dies vor allem aus den folgenden Gründen:

Der anlässlich der Referentenaudienz den Parteien unterbreitete Vergleichsvorschlag des Gerichts ist in aller Regel fundiert. Der instruierende Oberrichter, der die Ver-

⁵⁷ So ausdrücklich entschieden in ZR 91/92, 1992/1993, Nr. 5

⁵⁸ Die Vorschrift wird nach meiner Erfahrung nicht streng gehandhabt, doch müssen die Parteien auf die entsprechende Frage des Richters vorbereitet sein. Eine Sanktion in dem Sinne, als eine mit der Replik oder Duplik neu angerufene oder neu eingereichte Beweisurkunde, die anlässlich der Referentenaudienz nicht bekannt gegeben worden ist, formell aus dem Recht gewiesen würde, sieht die ZPO nicht vor und ist demzufolge unstatthaft. § 118 Abs. 1 ZPO sieht bei Verstoss höchstens Ordnungsstrafe vor.

handlung führt, verliert nicht selten ein ausformuliertes Exposé, das ernst zu nehmen ist. Je substantiierter die Klagebegründung ist, desto konkreter und verlässlicher ist auch die rechtliche Beurteilung derselben. Hat der Kläger gute Karten, wird ihm das auch so zu verstehen gegeben. Die Richter reden nach meiner Erfahrung durchaus Klartext. Die Kehrseite der Medaille für den Kläger ist ebenso klar: hat er schlechte Karten, wird ihm auch das deutlich vor Augen geführt.

Der Kläger hat grundsätzlich keine Möglichkeit, vor der Referentenaudienz nochmals einen Schriftsatz zu verfassen. Die Einwände der Klageantwort bleiben vorerst einmal im Raum und fliessen in die vorläufige Beurteilung des Richters ein. Ist demzufolge die Klagebegründung „schludrig“ und unterschlägt sie wesentliche Sachverhaltselemente, die in der Klageantwort einlässlich und überzeugend dargestellt werden, ist der Kläger psychologisch im Nachteil. Das ist aber auch nicht über zu bewerten. Der Richter weiss selbstverständlich, dass Replik und Duplik noch möglich sind. Der bis anhin unsorgfältige Kläger muss dann aber mit „scharfen“ Substantiierungshinweisen rechnen⁵⁹.

bb) Die Problematik der Widerklage:

Eine besondere Problematik ergibt sich bei der Widerklage, die der Beklagte mit der Klageantwort erhebt. Auch hier ist es gängige Praxis des Handelsgerichts, dass sofort zur Referentenaudienz vorgeladen wird, ohne dass vorerst der Kläger die Widerklageantwort erstatten kann. Sofern die Widerklage sachverhaltsmässig mit der Klagebegründung grosso modo zusammenhängt⁶⁰, sehe ich für den Kläger keine signifikanten Nachteile. Sofern hingegen die Widerklage einen gänzlich anderen Sachverhalt aufgreift und sich thematisch weit von der Klagebegründung entfernt, würde

⁵⁹ Vgl. dazu sogleich S. 20 ff

⁶⁰ Das dürfte wohl der Regelfall sein. Man denke nur an die bekannte Konstellation im Auftragsrecht, wo sich die Honorarklage der widerklageweise erhobenen Schadenersatzklage wegen angeblicher Schlechterfüllung des Auftrages gegenüber steht (oder umgekehrt).

ich empfehlen, vor der Referentenaudienz eine summarische Eingabe mit den wichtigsten Einwänden gegenüber der Widerklage zu erstatten⁶¹.

cc) Ausführungen zu möglichen Einwänden in der Klageantwort:

Der Kläger muss sich sodann überlegen, ob er in der Klagebegründung gleichsam prophylaktisch schon mögliche Einreden und Einwendungen des Beklagten thematisieren soll, damit das Gericht sicher seinen Standpunkt dazu anlässlich der Referentenaudienz kennt. Hier würde ich meinen, dass das nur angebracht ist, wenn vorprozessuale Kontakte oder Vergleichsverhandlungen stattgefunden haben, in welchen solche Einreden oder Einwendungen schwergewichtig geltend gemacht worden sind⁶² und der Kläger auch ernstlich damit rechnen muss, dass sie in der Klageantwort tatsächlich auch erhoben werden⁶³. Im Übrigen besteht auch hier die Möglichkeit, anlässlich der Referentenaudienz mündlich oder vorgängig schriftlich in geraffter Form Stellung zu nehmen⁶⁴.

d) Die Substantiierungspflicht im Speziellen:

⁶¹ In zwei Fällen, in welchen ich jeweils den Beklagten und Widerkläger vertreten habe, hat das Handelsgericht eine solche kurze Eingabe des Klägers und Widerbeklagten akzeptiert und nicht aus dem Recht gewiesen, obwohl ja dem Kläger und Widerbeklagten keine Frist zur Erstattung der Replik und Widerklageantwort angesetzt worden war. Die Praxis dürfte darauf zurückzuführen sein, dass gemäss einer Entscheidung des Handelsgerichts vom 22. August 1988 (ZR 87 1988 Nr. 65) dem Kläger anlässlich der Referentenaudienz das Recht zusteht, eine kurze fünfminütige mündliche Stellungnahme (nicht aber einen Parteivortrag von 35 Minuten!) zu den Vorbringen des Beklagten abzugeben. Dieser kurzen mündlichen Stellungnahme wird offenbar eine vorgängige kurze schriftliche Stellungnahme gleichgesetzt.

⁶² Hat in dieser vorprozessualen Korrespondenz der Gegenanwalt im Übrigen im gleichen Schreiben, in welchem er solche Einwendungen gegen die Klage erhoben hat, ein als vertraulich bezeichnetes Vergleichsangebot unterbreitet, darf dieses Schriftstück der Klagebegründung nicht beigelegt werden, ansonsten der klägerische Rechtsvertreter gegen das Anwaltsrecht, konkret gegen Art. 12 lit. a BGFA, verstösst; vgl. FELLMANN, in FELLMANN/ZINDEL, Herausg., Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 24 zu Art. 12 BGFA.

⁶³ Ein Beispiel wäre die Verjährungseinrede, die der potentielle Beklagte einigermassen substantiiert in der vorprozessualen Korrespondenz geltend gemacht hat.

⁶⁴ Vgl. hierzu das soeben unter Fussnote 61 Ausgeführte

aa) Die Substantiierungshinweise:

Nach diesen primär die Optik des Klägers betreffenden Überlegungen kehren wir zum eigentlichen Thema, der Substantiierungspflicht, zurück. Auch diesbezüglich besteht eine gefestigte Praxis des Handelsgerichts. Anlässlich der Referentenaudienz erteilt nämlich die Gerichtsdelegation den Parteien im Sinne von Rechtsbelehrungen formelle Substantiierungshinweise, die auch protokolliert werden. Diese Hinweise erfolgen unter der - ebenfalls formell protokollierten - Androhung, *„dass bei nicht oder nicht genügender Beachtung alleine auf das mangelhafte Parteivorbringen abgestellt und angenommen wird, die betreffende Partei sei zur genügenden Substantiierung nicht imstande⁶⁵.“* Die daran anschliessenden speziellen Hinweise an die eine oder andere Partei erfolgen unter genauer Bezugnahme auf die Vorbringen der Partei, die das Gericht als ungenügend erachtet. Ein an den Kläger gerichteter Substantiierungshinweis kann z.B. wie folgt lauten:

„ZU KB S. 2 Ziff. III.1: Es ist im Einzelnen darzulegen, wann und wie welche Abmachungen die Kläger mit wem von der Beklagten betreffend Übertragung sämtlicher buchhalterischen und steuerlichen Abklärungen bezüglich ihres Privat- und Geschäftsvermögens trafen.“⁶⁶

bb) Die allgemeine Bestreitungsflöskel:

Nach dem Credo des Handelsgerichts, wonach nicht nur substantiiert zu behaupten, sondern auch substantiiert zu bestreiten ist, entspricht es feststehender Praxis, dass eine allgemeine Bestreitungsflöskel in der Einleitung einer Rechtsschrift⁶⁷ unbeachtlich ist. Das Gericht pflegt jeweilen ebenfalls anlässlich der Referentenaudienz ausdrücklich und formell hierauf hinzuweisen, so etwa mit den Worten:

⁶⁵ So wörtlich aus einem Protokoll des Handelsgerichts

⁶⁶ So wörtlich aus einem Protokoll des Handelsgerichts

„Die allgemeine Bestreitungsfloskel gemäss KA S. 3 Ziff. 2 ist unbeachtlich bzw. unwirksam. Jede für relevant gehaltene konkrete Behauptung der Gegenpartei, die nicht einzeln bestritten oder durch eine abweichende Sachdarstellung widerlegt wird, gilt als anerkannt.“⁶⁸

Folge dieser Praxis ist es dann, dass die Parteien in ihren zweiten Parteivorträgen sich beinahe mit jedem Satz der gegnerischen Rechtsschriften wiederholend auseinandersetzen müssen⁶⁹, nur um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, man hätte ungenügend substantiiert.

Zu beachten ist allerdings, dass an die Substantiierung einer Bestreitung nicht dieselben Anforderungen wie an die Substantiierung einer anspruchsbegründenden Tatsache gestellt werden können. Die Bestreitung muss nur, aber immerhin so konkret sein, dass erkennbar ist, welche einzelnen Vorbringen der Gegenpartei bestritten werden, so dass diese die Möglichkeit hat, darüber Beweis zu führen⁷⁰. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Bestreitung zum Beispiel hinreichend substantiiert, wenn eine Schadensberechnung der Gegenpartei ausdrücklich als vollumfänglich bestritten zurückgewiesen wird⁷¹ oder wenn eine behauptete Gewinnmarge mit Nichtwissen bestritten wird⁷². Dagegen darf das kantonale Recht bei Bauabrechnungen *„bundesrechtskonform fordern, dass der Besteller detailliert erklärt, welche Positionen er nicht anerkennt“*⁷³.

cc) Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Substantiierungshinweise:

⁶⁷ Im Stile von „der Beklagte bestreitet alle Ausführungen des Klägers, soweit er sie nachfolgend nicht ausdrücklich als zutreffend anerkennt“ oder ähnlich.

⁶⁸ So wörtlich aus einem Protokoll des Handelsgerichts

⁶⁹ Wie beispielsweise mit einer (hier frei erfundenen) Formulierung wie „Die Behauptung des Klägers auf S. 8, Randziffer 12, der Replik, wonach er an der Besprechung vom 4. Februar 2005 persönlich anwesend gewesen sei, trifft nicht zu, weil“

⁷⁰ BGE 117 II 113 f.

⁷¹ BGE 105 II 143 ff

⁷² BGE 115 II 1 ff

⁷³ BGE 117 II 114; ebenso fordert ZR 102, 2003, Nr. 21 im auftragsrechtlichen Schadenersatzprozess vom beklagten Beauftragten, der näher zur Sache stünde, konkrete und detaillierte Bestreitungen

Werden die im Gerichtsprotokoll festgehaltenen Substantiierungshinweise in der Folge in Replik bzw. Duplik nicht beachtet, kennt das Gericht kein Pardon. Dem Sünder werden die Unterlassungen im späteren Urteil gnadenlos aufgezeigt. So führt das Handelsgericht in einem Urteil vom 24. April 2002, bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 7. Oktober 2002, aus:

.....„Die Klägerin unterlässt es mit andern Worten, trotz der ausdrücklichen Substantiierungshinweise anlässlich der Referentenaudienz vom 23. März 2001, die verlangten Präzisierungen vorzunehmen. Nunmehr ist androhungsgemäss auf das mangelhafte Vorbringen abzustellen“⁷⁴

Für den Kläger zieht die Nichtbefolgung von entscheidenderheblichen Substantiierungshinweisen die Klageabweisung ohne Beweisverfahren nach sich. Dem Beklagten, der nicht substantiiert bestreitet, wird die Anerkennung der betreffenden Sachdarstellung des Klägers entgegen gehalten, was bei prozessrelevanten Sachverhalts-elementen vielfach der Klageguteissung ohne Beweisverfahren gleich kommt. Ein Anwaltshaftungsfall ist damit in gefährliche Nähe gerückt, noch zumal das Urteil die prozessualen Unterlassungen der betreffenden Partei bzw. des betreffenden Anwalts ausdrücklich aufzeigt!

8. Die richterliche Fragepflicht als Rettungsanker?

Es verbleibt noch der Hinweis auf ein neueres Urteil des Kassationsgerichtes vom 5. Juli 2004, das zeigt, dass das Handelsgericht manchmal doch auch den Bogen überspannt. Das Gericht hatte eine erstmals in der Replik und damit nach der Referentenaudienz erhobene Behauptung der Klägerin kurzerhand gestützt auf einen anlässlich der besagten Referentenaudienz in allgemeiner Weise angebrachten Substantiierungshinweis als ungenügend erachtet. Das ging dem Kassationsgericht dann doch zu weit, und es wies das Handelsgericht darauf hin, dass es ja der Klägerin bis zum

Zeitpunkt der Erhebung der vorerwähnten Behauptung „noch gar keinen konkreten Vorhalt ungenügender Substantiierung ihrer Vorbringen gemacht“ habe⁷⁵.

Zu weit ginge es allerdings auch, in der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO, die das Kassationsgericht im eben erwähnten Urteil betont, gleichsam einen Rettungsanker für eine ungenügende Substantiierung zu erblicken. Die Praxis ist auch diesbezüglich ernüchternd. Hat nämlich das Bezirksgericht im Laufe seines Verfahrens eine Partei auf ihr mangelhaftes Vorbringen hingewiesen und damit die richterliche Fragepflicht ausgeübt, hat es damit sein Bewenden, und das Obergericht als Berufungsinstanz nimmt die Fragepflicht im fraglichen Punkte nicht mehr auf⁷⁶. Auch das Handelsgericht gewährt keine zweite Chance. Im bereits erwähnten leading-case⁷⁷ lautete einer der den Parteien anlässlich der Referentenaudienz abgegebene Hinweise wörtlich:

„Das Gericht weist nur einmal auf die Mängel der Begründung hin. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass ein weiterer Substantiierungshinweis nicht erfolgen wird“.

Jede Partei, noch zumal eine anwaltlich vertretene, gegenüber welcher die richterliche Fragepflicht ohnehin generell zurückhaltender auszuüben ist⁷⁸, muss daher im Zivilprozess vor den zürcherischen Gerichten der Substantiierungspflicht nachdrückliche Beachtung schenken. Es bleibt als Fazit mit Blick auf diese Substantiierungspflicht, was für die sorgfältige Prozessführung ohnehin gilt: diese bleibt nun einmal Knochenarbeit.

⁷⁴ ZR 102, 2003, Nr. 15. Dieses Urteil, das auch die anlässlich der Referentenaudienz abgegebenen umfangreichen Substantiierungshinweise auszugsweise wiedergibt, hat leading-case-Charakter.

⁷⁵ Entscheid des Kassationsgerichtes vom 5. Juli 2004 in ZR 104, 2005, Nr. 9. Es bleibt anzufügen, dass das Verständnis des Kassationsgerichtes für die Klägerin bzw. das Unverständnis über das Handelsgericht auch dadurch mitbeeinflusst worden sein könnte, dass die Klägerin in casu nicht anwaltlich vertreten gewesen ist. Das wiederum ist wohl auch ein Wagnis, allerdings ein anderes Thema!

⁷⁶ Vgl. ZR 102, 2003, Nr. 57; siehe in diesem Zusammenhang auch S. 11 vorstehend für die anders gelagerte Konstellation, in welcher das Bezirksgericht erstmals im Urteil auf die ungenügende Substantiierung abstellt. Hier besteht im Berufungsverfahren die Möglichkeit zur Korrektur.

⁷⁷ ZR 102, 2003, Nr. 15

9. Ausblick: Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung

Wenden wir uns zum Schluss noch kurz der prozessualen Zukunft zu. Im Juni 2003 hat bekanntlich eine Expertenkommission einen Vorentwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung erlassen⁷⁹. Er sieht mit Bezug auf die hier interessierende Substantiierungspflicht keine wesentlichen Neuheiten vor. Im Einzelnen ist kurz auf folgendes hinzuweisen:

Für den „zürcherischen“ Prozessrechtlicher neu ist sicherlich die Struktur des ordentlichen Verfahrens in Klage, Klageantwort, Replik, Duplik und anschliessender Hauptverhandlung, wobei dieser Hauptverhandlung die Beweisverfügung – und eventuell die Beweisabnahme – vorausgeht. Anlässlich der Hauptverhandlung können dann die Parteien zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung nehmen⁸⁰.

Neben diesem ordentlichen Verfahren kennt der VE ein so genanntes vereinfachtes Verfahren, das sich unter anderem durch eine Beschränkung auf einen Schriftenwechsel und durch kürzere Fristen auszeichnet. Dieses vereinfachte Verfahren gilt gemäss Art. 237 VE für diejenigen Streitigkeiten, die heute grosso modo dem einfachen und raschen Verfahren unterstehen⁸¹, und – als Neuheit – für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.--.

Gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. d und e VE hat die schriftliche Klage im ordentlichen Verfahren die „Tatsachenbehauptungen“ und die „Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen“ zu enthalten. Die schriftliche Klageantwort

⁷⁸ Vgl. ZR 100, 2001, Nr. 27

⁷⁹ Der Vorentwurf ist zusammen mit einem Begleitbericht der Expertenkommission unter anderem abrufbar unter www.ofj.admin.ch/d/content-projekt.htm

⁸⁰ Der VE sieht somit in Ablehnung des „Zürcher Systems“ das heute z.B. in den Kantonen Zug oder Luzern geltende Verfahren vor.

⁸¹ Vgl. hierzu z.B. den Katalog in § 53 Abs. 2 ZPO ZH.

enthält gemäss Art. 211 Abs. 2 lit. c VE „eine Darlegung, ob und inwiefern die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei bestritten werden“⁸².

In Replik und Duplik sind unbeschränkt neue Tatsachen oder Beweismittel zulässig (Art. 215 Abs. 1 VE), nicht mehr jedoch anlässlich der Hauptverhandlung⁸³. Hier sind Noven nach Art. 215 Abs. 2 VE nur noch ausnahmsweise möglich, so wenn sie sofort vorgebracht werden und ihr Vorbringen auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorher möglich war oder wenn sie durch Ausübung des gerichtlichen Fragerechts veranlasst worden sind oder auch wenn die neue Tatsache durch Urkunden sofort beweisbar ist⁸⁴ ⁸⁵. Auch im Rahmen der Appellation sind gemäss Art. 297 Abs. 1 VE nur noch unter diesen einschränkenden Voraussetzungen neue Tatsachen und Beweismittel zulässig⁸⁶.

Die richterliche Fragepflicht hat als allgemeiner Verfahrensgrundsatz in Art. 51 des VE unter dem Titel „Gerichtliches Fragerecht“ Eingang gefunden. Im Rahmen des vereinfachten Verfahrens erfährt sie in Art. 240 Abs. 2 VE eine Konkretisierung. Nach dieser Bestimmung wirkt das Gericht „durch geeignete Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und vorhandene Beweismittel bezeichnen“.

Zürich, den 14. März 2005 (= Stand der Bearbeitung)

RA Dr. R. Strazzer

⁸² Präzisere Vorgaben bezüglich der Sachdarstellung der Klage bzw. der Bestreitungen in der Klageantwort sieht der VE, entgegen § 113 Satz 2 ZPO ZH (siehe hierzu S. 5 vorstehend), nicht vor.

⁸³ Anders gemäss Art. 241 Abs. 1 VE im vereinfachten Verfahren, was nicht konsequent erscheint. Kritisch zur Beschränkung des Novenrechts in der Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren auch MEIER/ MÜRNER, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SJZ 99, 2003, S. 597 ff., insb. S. 598

⁸⁴ Die letztere Ausnahme stellt die Expertenkommission als Variante für eine zusätzliche Bestimmung zur Diskussion.

⁸⁵ Diese Ausnahmen entsprechen grosso modo der Regelung von § 115 ZPO ZH.

⁸⁶ Auch das entspricht heutiger zürcherischer Praxis; vgl. S. 10 vorstehend.