

Mit der feinen Kelle

Substanziierung im Bauprozess aus Sicht des Gerichts

Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht
Freiburg i. Üe., 2. September 2021



Dr. Christian Josi, Oberrichter, Handelsgerichtspräsident, Obergericht des Kantons Bern



Übersicht

- I. Einleitung
- II. Behaupten und Substanziieren
- III. Bestreiten
- IV. Erleichterungen
- V. Behaupten und Beweisen
- VI. Schluss



I. Einleitung

Problematik

- Bauprozesse sind oft komplex und stellen hohe Anforderungen an die Darstellung des Sachverhalts.
- Keine einheitliche kantonale Praxis trotz bundesrechtlicher Regelung der Substanziierungsanforderungen.
- Case Law des Bundesgerichts.



II. Behaupten und Substanziieren

- Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substanziieren sind, ergibt sich einerseits aus den **Tatbestandsmerkmalen** der angerufenen Norm und andererseits aus dem **prozessualen Verhalten der Gegenpartei** (BGer 4A_195/2014 E. 7.3.2., nicht publ. in BGE 140 III 602). Zu unterscheiden sind zwei Phasen:
 - (1) Schlüssiges **Behaupten**: Behauptung sämtlicher Tatsachen, die zur Subsumtion unter die Rechtsnorm erforderlich sind, auf die das Klagebegehren gestützt wird («vollständiges Skelett»).
 - (2) Bestreitet die Gegenpartei dieses Tatsachenfundament, sind die behaupteten Tatsachen in **Einzel-tatsachen** zergliedert so **umfassend und klar darzulegen** («Fleisch am Knochen»), dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis geführt werden kann (Substanziieren i.e.S.).



II. Behaupten und Substanziieren



II. Behaupten und Substanziieren

- Schlüssiges Behaupten aller Tatbestandselemente

Beispiele:

- Wer sich auf Doppelmäkelei gemäss Art. 415 OR beruft, muss die entsprechenden Tatsachen behaupten (BGE 142 III 462 E. 4.3 = Pra 2017 Nr. 70).
- Wer sich darauf beruft, dass der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, muss die Umstände, die auf Arglist schliessen lassen, substantiiert darlegen (BGer 4A_646/2016 vom 8.3.2017 E. 3.5).
- Wer behauptet, der nachbarliche Garten komme einem Überbau gleich, muss darlegen, worin der Überbau besteht (BGer 5A_641/2016 vom 14.3.2017 E. 2.3).



II. Behaupten und Substanziieren

- Substanziierungsanforderungen
 - Je komplexer der Sachverhalt und/oder die Rechtslage, desto höher die Anforderungen.
 - Wo dem Gericht zur Beurteilung der Rechtsfrage ein **Ermessen** zukommt oder es entscheidend auf die **Umstände** ankommt, sind die massgebenden Umstände zu behaupten.

Beispiel: Ersatz ausserprozessualer Parteikosten. Diese müssen gerechtfertigt, notwendig und angemessen sein. Entsprechend müssen die Umstände, aufgrund deren die Notwendigkeit und Angemessenheit bejaht werden können, substantiiert werden (BGer 4A_692/2015 vom 1.3.2017 E. 6.1.2 und 6.1.3, nicht publ. in BGE 143 III 206).



II. Behaupten und Substanziieren

- Fehlende Substanziierung von Leistungen

Beispiel: Wer werkvertragliche Zusatzarbeiten behauptet, muss darlegen, wer wann welche Arbeiten bestellt hat und wann diese Arbeiten ausgeführt worden sind. Für die in Rechnung gestellten Teilbeträge ist anzugeben, wie sich diese zusammensetzen, d.h. wann welche Arbeiten mit wie vielen Arbeitsstunden und mit welchem Material ausgeführt worden sind (BGer 4A_724/2016 vom 19.7.2017 E. 3.3).



II. Behaupten und Substanziieren

- Fehlende Substanziierung von Leistungen

Beispiele

- Blosser Wiederholung von Rechnungsposten ohne nähere Angaben.
- Blosser Behauptung, in einer Bauphase sei ein bestimmter Stundenaufwand entstanden, ohne anzugeben, auf welche Teilleistungen dieser entfällt (Planung, Bauführung, Beratung des Klienten).
- Behauptung mehrerer Mängel und der Kosten der Ersatzvornahme, ohne dass diese Kosten auf die einzelnen Mängel aufgeteilt werden.



II. Behaupten und Substanziieren

- Verweis auf Aktenstücke

Grundsatz: Die Behauptungen sind in den Rechtsschriften selbst aufzustellen. Der **Verweis auf Aktenstücke** ist in der Regel **unzulässig** (BGer 4A_317/2014 vom 17.10.2014 E. 2.2).



Beispiele:

- «Es wird auf die beiliegenden Arbeitsrapporte verwiesen.»
- «Die einzelnen Leistungen ergeben sich aus den beiliegenden Rechnungen.»

II. Behaupten und Substanziieren

- Verweis auf Aktenstücke

Ausnahme: Der Verweis auf Aktenstücke ist **ausnahmsweise** zulässig (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A_281/2017 vom 22.1.2018 E. 5, Schlussrechnung; 4A_284/2017 vom 22.1.2018 E. 4.3).

- Die Rechtsschrift muss einen **Hinweis** auf die Beilage enthalten.
- Das Aktenstück muss **selbsterklärend** sein. Andernfalls ist es in der Rechtsschrift zusätzlich zu **erläutern**.
- Das Aktenstück darf **keinen Interpretationsspielraum** zulassen.

Vgl. dazu BRUGGER DANIEL, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 533 ff.



II. Behaupten und Substanziieren

- Der Verweis auf Aktenstücke ist **ausnahmsweise** zulässig.

Beispiele:

- Hohe Anzahl ähnlicher Rechnungen: Übersicht mit Rechnungsdatum, Betrag und Hinweis, ob die Rechnung bezahlt wurde (BGer 4A_532/2015 vom 20.3.2016 E. 4.2).
- Verweis auf Rechnungen, welche die Rechnungsdetails enthalten, sofern in der Klage der Rechnungsbetrag und der Zeitraum, den sie betreffen, aufgeführt ist (BGer 4A_552/2015 vom 25.5.2016 E. 3.3 und 3.4).
- Rechnung enthält detaillierte Arbeitspositionen mit Menge, Einheitspreisen und Summe (BGer 4A_360/2020 vom 2.11.2020 E. 4.2 und 4.3)

Folge: Die Rechnungsdetails sind im Einzelnen zu bestreiten, sonst gelten sie als anerkannt (BGE 144 III 519 E. 5.3.2).



II. Behaupten und Substanziieren

- Der Verweis auf Aktenstücke ist **mangels Nachvollziehbarkeit** unzulässig:

Beispiel:

- Zur Substanziierung von Mehrarbeitstagen ist das Soll-Bauprogramm mit dem Ist-Bauprogramm in der Rechtsschrift selbst zu vergleichen. Eine Tabelle mit Verweis auf ein Privatgutachten und auf das Dokument «Ist-Bauprogramm» genügt nicht (BGer 4A_447/2018 vom 20.3.2019 E. 5.6.2).



II. Behaupten und Substanziieren

- Schadensnachweis

Die Beweiserleichterung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet nicht von der Substanziierungslast (BGer 4A_431/2015 vom 19.4.2016 E. 5.1.2; 4A_651/2015 vom 19.4.2016 E. 4.4; 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 6.1.3; 4A_125/2017 vom 20.11.2017 E. 6.2.5, nicht publ. in BGE 143 III 545).

Beispiele:

- Abstellen auf Umsatzverlust ohne Berücksichtigung von Kosten (BGer 4A_359/2020 vom 18.11.2020 E. 6.3.1 f.).
- Gewinnberechnungen gestützt auf nur ein Geschäftsjahr.
- Verweis auf eine vertragliche Abschreibungstabelle statt Herleitung des Minderwerts (BGer 4A_398/2018 vom 25.2.2019 E. 10.8).
- Schadenersatz wegen Kostenüberschreitung des Architekten erfordert Behauptung der Kosten des Alternativprojekts (BGer 4A_604/2020 vom 18.5.2021 E. 4.3.2).



II. Behaupten und Substanziieren

- Bauablaufstörungen
 - Umschreibung der Störung
 - Begründung für die Zuweisung der Störung in den Verantwortungsbereich des Bauherrn (z.B. vertragliche Grundlage, verbindliches Bauprogramm, Zusicherung)
 - Umschreibung der sachlichen und zeitlichen Auswirkungen der Störung, insbesondere Vergleich zwischen dem Ist- und dem Sollzustand (vgl. BGer 4A_447/2018 vom 20.3.2019 E. 5.6.2)
 - Benennung von Art und Höhe der Mehrkosten und Begründung von deren Erforderlichkeit
 - Nennung des geforderten Mehrpreises und dessen kalkulatorische Herleitung (vgl. BGer 4A_447/2018 vom 20.3.2019 E. 5.4.2; 4A_605/2020 vom 24.3.2021 E. 5.3.2)



III. Bestreiten

- Grundsatz: Einfaches Bestreiten einer Tatsache genügt («Bestritten», vgl. BGer 5A_113/2018 vom 12.9.2018 E. 5.2.2, nicht publ. in BGE 144 III 541).
- Pauschale Bestreitungen sind aber unbeachtlich (BGE 144 III 519 E. 5.2.2.1).



Beispiele

- «Die Ausführungen der Gegenpartei gelten als bestritten, soweit sie nachfolgend nicht ausdrücklich anerkannt werden.»
- Pauschales Bestreiten eines Parteigutachtens, ohne darzulegen, welche Tatsachenfeststellungen im Einzelnen falsch sind (BGE 141 III 433 E. 2.6).

III. Bestreiten

- Besondere Umstände können eine substantiierte Bestreitung erforderlich machen (BGE 144 III 519 E. 5.2.2.3).
- Je detaillierter die Tatsachenbehauptungen, desto konkreter die Bestreitungen (BGE 141 III 433 E. 2.6).

- In diesen Fällen sogar Begründungspflicht?

«Il lui appartenait de préciser quelles positions (...) il contestait **et pour quels motifs**» (BGE 144 III 519 E. 5.3.2).

Anders BGer 4A_443/2017 vom 30.4.2018 E. 4.3:

«Die Beschwerdegegner waren **nicht gehalten, näher auszuführen, weshalb** sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin bestritten.»

Begründungspflicht jedenfalls bei Sachverhalten, die Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen bilden (BGer 4A_251/2020 vom 29.9.2020 E. 3.7.1 m.w.H.).



III. Bestreiten

Beispiele:

- Ausdrückliche Bestreitung jedes einzelnen von mehreren ausführlich begründeten Nachträgen und Nennung von Zeugen für den eigenen Standpunkt genügt nicht (BGer 4A_284/2017 vom 22.1.2018 E. 3.3; vgl. auch 4A_487/2018 vom 30.1.2019 E. 4.2.1).
- Genügend hingegen die Bestreitung detaillierter Stundenrapporte mit der Behauptung, die Leistungen seien teilweise nicht erbracht worden oder hätten infolge Ferienabwesenheit des Leistungserbringers nicht zu den angegebenen Zeiten ausgeführt werden können, ohne die einzelnen Leistungen zu bezeichnen, auf die sich diese Einwände bezogen (BGer 4A_443/2017 vom 30.4.2017 E. 4.2 und 4.3).



III. Bestreiten

- Die Bestreitung muss klar sein.

Beispiel

Behauptungen der Beklagten in einem Schadenersatzprozess: «Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Validenlohnentwicklung stellen die Klägerinnen auf eine (vermeintliche) Erwerbsunfähigkeit des Geschädigten ab. Sie verkennen dabei allerdings, dass die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit (sofern sie auf Seiten des Geschädigten im behaupteten Umfang tatsächlich vorliegt) nicht auf den hier in Frage stehenden Unfall zurückgeführt werden kann.»

BGer: Die Bestreitung ist ungenügend, da die übrigen Behauptungen nur auf eine Bestreitung der unfallbedingten Gesundheitsbeschwerden hindeuten (BGer 4A_9/2018 vom 31.10.2018 E. 4.2).



III. Bestreiten

- Die Bestreitung muss klar sein.

Beispiel

In der Klageschrift war der Aufwand des Beraters von 152.25 Stunden detailliert über mehrere Seiten angegeben worden - unter Angabe des Datums, der ausführenden Person, der benötigten Zeit und der Art der Tätigkeit. Die Tätigkeiten waren u.a. umschrieben mit: «Begehung, Besprechung vor Ort, Fotos», «Studium Mail, Brief verfassen», «Brief verfassen, Ablage», «Telefonat».

BGer: Ein blosser Bestreitung mit der Aufforderung, die Klägerin habe die Arbeitsergebnisse «gegebenenfalls» bzw. «sodann» vorzulegen, ist zweideutig und damit ungenügend, da weder der Zeitpunkt klar ist, noch ob diese Arbeitsergebnisse für ein substantiiertes Bestreiten nötig sind (BGer 4A_692/2015 vom 1.3.2017 E. 6.1.3, nicht publ. in BGE 143 III 206).



III. Bestreiten

- Die Bestreitung muss eine Tatfrage betreffen.

Beispiel

Ein Rechtsanwalt klagte gegen eine Klientin auf Erstattung des Anwaltshonorars. Er umschrieb seine anwaltlichen Bemühungen detailliert in chronologischer Reihenfolge unter Angabe des Zeitaufwands, der Angelegenheit und unter Hinweis auf die einschlägigen Beilagen. Die Klientin bestritt einzelne Aufwandpositionen, indem sie dort den Aufwand als nicht gerechtfertigt bestritt.

BGer: Damit war nicht bestritten, dass der Anwalt die Stunden *tatsächlich* aufgewendet hatte (BGer 4A_238/2016 vom 26.7.2016 E. 2.3.1).



III. Bestreiten

- Die Bestreitung muss sich auf eine konkrete behauptete Tatsache beziehen.

Beispiel

Ein Buchhalter hatte dargelegt, dass die Revision mehrerer Jahresrechnungen unterblieben war, weil die Revisionsstelle zweimal zurückgetreten war und sich Mitarbeiter geweigert hatten, Bestätigungen ihrer Privatbezüge zu unterzeichnen. Die Arbeitgeberin, die ihm die unterbliebene Revision anlastete, behauptete lediglich, der Buchhalter habe der Revisionsstelle die benötigten Unterlagen nicht zugestellt.

BGer: Keine genügende Bestreitung der Behauptungen des Arbeitnehmers, da sie sich nicht mit den behaupteten Tatsachen auseinandersetzt (BGer 4A_291/2018 vom 10.1.2019 E. 4.3.2).



III. Bestreiten

- Die Anerkennung einer Tatsache setzt eine entsprechende Behauptung der Gegenpartei voraus.

Beispiel:



Schadenersatzprozess wegen eines Skiunfalls. Die klagende Partei behauptet, die beklagte Partei bestreite den Skiunfall an sich nicht, was diese nicht in Abrede stellt. Die Ausführungen in der Klage erschöpfen sich im Wesentlichen in der Darstellung des angeblichen Schadens, ohne dass der Unfallhergang beschrieben wird.

BGer: Der Unfallhergang, der wesentlich ist für die Beurteilung der Kausalitätsfrage, kann daher nicht als zugestanden gelten (BGer 4A_33/2015 vom 9.6.2015 E. 6.2.2)

IV. Erleichterungen

- Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen müssen nicht behauptet werden (Art. 151 ZPO; BGer 4A_195/2014 vom 27.11.2014 E. 7.3.1., nicht publ. in BGE 140 III 602; 4A_36/2017 vom 2.3.2017 E. 7; 5A_610/2016 vom 3.5.2017 E. 3).
 - Gerichtsnotorisch: Was dem Gericht aus der Amtstätigkeit bekannt ist.
 - Offenkundig: Was am Gerichtsort allgemein bekannt ist (Handelsregistereinträge, Grundbucheinträge, Teuerung, offizielle Statistiken, Wechselkurse; nicht dagegen: ausländische Statistiken, Libor und andere speziellen Zinssätze, Gehaltsrechner, Kilometerdistanz zwischen zwei Ortschaften in verschiedenen Kantonen).



IV. Erleichterungen

Ist allgemein bekannt, dass Komposthaufen stinken?



Antwort: BGer 5A_774/2017 vom 12.2.2018 E. 4.1.2

IV. Erleichterungen

- Was nicht bekannt sein kann, kann auch nicht behauptet werden: Die Tatsache ist der behauptungsbelasteten Partei mangels Fachwissen nicht zugänglich oder die Behauptung erfordert die vorgängige Auskunftserteilung der Gegenpartei (BGer 4A_412/2019 vom 27.4.2020 E. 7.4.2.1; 4A_601/2020 vom 11.5.2021 E. 4.2.2).
- Implizite Behauptungen und Bestreitungen genügen.



Beispiele:

- Wer behauptet, eine Ware sei zum Versand angeboten worden, behauptet implizit deren Fabrikation; entsprechend muss die Gegenpartei die Fabrikation ausdrücklich bestreiten (BGer 4A_243/2018 vom 17.12.2018 E. 4.3).
- Wird der Neuabschluss von Vermögensverwaltungsverträgen behauptet, liegt darin eine Bestreitung einer Vertragsübertragung solcher Verträge ex tunc (BGer 4A_359/2018 vom 30.1.2019 E. 3.3).
- Aktivlegitimation (BGer 4A_404/2016 vom 7.12.2016 E. 2.2).

IV. Erleichterungen

- Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO)
- Gerichtliche Fragepflicht (Art. 56, Art. 247 Abs. 1 ZPO)

Aber:

- In der Regel keine Substanziierungshinweise an anwaltlich vertretene Parteien (vgl. dazu BGer 4A_73/2014 vom 19.6.2014 E. 6.3.1.2, nicht publ. in BGE 140 III 312).
- Umfassende **Mitwirkungspflicht** der Parteien (BGE 141 III 569 E. 2.3.2).
- Rechtsöffnung: Der Inhalt der Urkunde muss nicht behauptet werden (BGer 5A_183/2018 vom 31.8.2018 E. 4.2.3).



V. Behaupten und Beweisen

Beispiel:

«Der Vertrag wurde am 6.10.2015 im Hotel Bern geschlossen. Anwesend waren der Geschäftsführer der Beklagten sowie die beiden erwähnten Vertreter der Klägerin. Der Geschäftsführer behauptete wahrheitswidrig, für das Bauvorhaben liege bereits eine Baubewilligung vor.



Beweismittel:

- die genannten
- Strafakten
- weitere auf Aufforderung des Gerichts.»

V. Behaupten und Beweisen

- Das Beweismittel muss der Tatsache, die bewiesen werden soll, zugeordnet werden können (BGer 4A_381/2016 vom 20.9.2016 E. 3.1.2).



Beispiel: Es werden längere Ausführungen über die Lieferung einer Küchenabdeckung und Beschädigungen beim Einbau gemacht. Am Ende werden zwei Zeugen genannt, ohne anzugeben, zu welchen der beiden in Frage kommenden Beweisthemen die Zeugen etwas aussagen können (BGer 4A_360/2017 vom 30.11.2017 E. 4.).

Aber: Keine Vorschrift, dass pro Satz nur eine Tatsachenbehauptung mit den zugehörigen Beweismitteln aufgestellt werden kann (BGE 144 III 54 E. 4; BGer 4A_447/2018 vom 20.3.2019 E. 5.1.2.3).

V. Behaupten und Beweisen

- Gutachten und Parteibefragung sind keine «Substanziierungskrücken».

Beispiele:

- «Die Parteibefragung wird dazu Näheres ergeben.»
- Die einzelnen angeblich honorarberechtigten Leistungen des Architekten werden nur allgemein behauptet und nicht im Einzelnen aufgeführt, sondern zu deren Bestimmung und Berechnung auf ein gerichtlich einzuholendes Gutachten sowie auf die umfangreichen (Plan-)beilagen verwiesen.



V. Behaupten und Beweisen

- Im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime ist es dem Gericht verboten, sich den Sachverhalt anhand der Beweismittel zu ergänzen.

Beispiele:

- Das Gericht erhebt für einzelne Monate anhand der Rapporte die Arbeitsstunden, obwohl dazu Ausführungen in der Klage fehlen und darin die Arbeitsstunden nur den Kalenderjahren zugeordnet werden (BGer 4A_207/2017 vom 7.12.2017 E. 2.2.3).
- Der Verweis auf AGB, in denen eine Gerichtsstandsvereinbarung enthalten ist, reicht für deren Behauptung nicht aus (BGer 4D_75/2015 vom 16.2.2016 E. 4.1).
- *Aber:* Es wird von den Parteien nicht verlangt, dass sie sämtliche Aspekte und Eigenheiten eines Beweismittels im Einzelnen behaupten (BGer 4A_195/2014 vom 27.11.2014 E. 7.3.3, nicht publ. in BGE 140 III 602).



VI. Schluss

Problemfelder:

- Wann ist der Verweis auf ein Beweismittel selbsterklärend?
- Muss eine Bestreitung je nach den Umständen begründet werden?
- Die konkreten Anforderungen sind vom Einzelfall abhängig.
- Die Gerichte haben ein grosses Ermessen.
- Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte können nie sicher sein, den Anforderungen zu genügen.

