

# Die Substanziierungspflicht und die mangelnde Beweiskraft von Privatgutachten – «cum grano salis»

Manchmal stellt das Zivilprozessrecht Anforderungen an die klagende und beweispflichtige Partei, die unmöglich erfüllt werden können. Dem Bundesgericht ist das nicht entgangen. Der vorliegende Entscheid erwähnt besondere Konstellationen, bei denen die Substanziierungspflicht gelockert ist. Das Bundesgericht tönt zudem an, was zu tun wäre, wenn eine besondere Dringlichkeit besteht und die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens «undenkbar» ist.

*Il arrive parfois que les règles de la procédure civile imposent des exigences impossibles à la partie demanderesse, qui supporte le fardeau de la preuve; le Tribunal fédéral en est conscient. L'arrêt présenté ici mentionne des situations particulières qui bénéficient d'un assouplissement du devoir de motivation; le Tribunal fédéral suggère en outre une façon d'agir en situation d'urgence, lorsqu'il est «impensable» de requérir une expertise judiciaire.*

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juni 2022 (4A\_494/2020)

**Thomas Siegenthaler**, Dr. iur., Rechtsanwalt, M. Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

## Der Fall

**(213)** Eine Baugenossenschaft beauftragte eine Unternehmerin mit der Erstellung von Boden- und Wandbelägen und ein Planerbüro mit der Planung und Bauleitung. Die Baugenossenschaft machte geltend, die Unternehmerin habe die Arbeiten in den Nasszellen und an den Balkons systematisch fehlerhaft ausgeführt und das Planerbüro müsse sich diesbezüglich Pflichtverletzungen in Bezug auf die Ausführungskontrolle vorwerfen lassen. Die Baugenossenschaft mandatierte sodann einen Fachexperten mit der Erstellung eines Gutachtens und liess den vorgefundenen Zustand fotografisch festhalten. Anschliessend liess die Baugenossenschaft sämtliche 132 Balkone und 63 von insgesamt 131 Nasszellen durch eine andere Unternehmung sanieren. Die Baugenossenschaft klagte beim Handelsgericht Zürich gegen die Unternehmerin und das Planerbüro auf Zahlung von rund CHF 2,5 Mio. Das Handelsgericht wies die Klage ab: Es gelinge der Klägerin nicht, die geltend gemachten Ansprüche bzw. die diesen zugrunde liegenden Tatsachen rechtsgenügend darzutun beziehungsweise zu beweisen. Die Baugenossenschaft führte Beschwerde ans Bundesgericht.

## Der Entscheid zur Substanziierung

Das Bundesgericht wiederholte seine bekannte Rechtsprechung zur Substanziierungspflicht: Im Falle einer Bestreitung sind «die Vorbringen ... 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» (E. 4.2). Das Bundesgericht ging sodann auf jene Konstellationen ein, bei denen das Aufstellen schlüssiger Behauptungen er-

schwert ist und daher gewisse Abstriche bei der Substanziierung toleriert werden müssen:

- (1) Wenn nur die Gegenpartei die für eine volle Substanziierung notwendigen Informationen kennt (E. 4.5).
- (2) Wenn für eine volle Substanziierung Fachwissen erforderlich wäre, über das die behauptungsbelastete Partei nicht verfügt. «Hier können detaillierte Angaben erst nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die Gegenpartei (vgl. Art. 85 Abs. 2 ZPO) erwartet werden.» Es könne «vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass die behauptungsbelastete Partei vor der Durchführung eines Beweisverfahrens die entscheiderelevanten technischen Aspekte bis ins letzte Detail darlegt, würde dies doch die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche faktisch verunmöglichen» (E. 4.5).
- (3) Wenn bei Sanierungskosten keine Aufteilung der Kosten auf die einzelnen «Mängel» zumutbar ist. «Die mit dem multikausalen Verlauf des Schadensfalles verbundenen technischen und praktischen Schwierigkeiten bei der Zuordnung der Kosten zu den einzelnen Mängeln sollen nicht dazu führen, dass die Durchsetzung eines materiellen Anspruches mit Hinweis auf die Substanziierungsanforderungen faktisch verunmöglicht wird» (E. 4.6).

Das Bundesgericht kommt in casu jedenfalls zum Schluss, dass die Vorinstanz klar zu strenge Substanziierungsanforderungen gestellt hatte.

## Die Anmerkungen zur Substanziierung

Es kann also Konstellationen geben, die dazu führen, dass von jener Partei, welche die Behauptungslast trägt, keine volle Substanziierung erwartet werden kann. Generell dürfte allerdings gelten, dass wer Lockerungen bei der Substanziierungspflicht für sich in Anspruch nimmt, darlegen muss, warum eine volle Substanziierung objektiv nicht möglich

bzw. unzumutbar ist: Eine typische Konstellation, in der nur die Gegenpartei die für eine volle Substanziierung notwendigen Informationen kennt, ist die Geltendmachung von Ohnehinkosten. Nach dem Urteil 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.2.2 muss dabei jene Partei, welche Ohnehin-Kosten geltend macht (also die präsumtiv Haftpflichtige), darlegen, welche Angaben der Geschädigten sie für eine schlüssige Behauptung der Ohnehin-Kosten bräuchte. Und gemäss Urteil 4A\_64/2021 vom 9. September 2021 E. 4.3.3.1 muss jene Partei, welche sich auf fehlendes Fachwissen berufen will, im Prozess darlegen, inwiefern ihr das notwendige Fachwissen für hinreichend substanziierte Behauptungen oder Bestreitungen fehlt.

### Der Entscheid zum Privatgutachten

Die Genossenschaft berief sich auf ein Gutachten, das die Unternehmerin «akzeptiert» habe. Das Bundesgericht verwies dazu auf Art. 189 Abs. 1 ZPO, wonach die Parteien vereinbaren können, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Diese Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 189 Abs. 2 ZPO). Ein Schiedsgutachten bindet das Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können, gegen die beauftragte Person kein Ausstandsgrund vorlag und das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und nicht offensichtlich unrichtig ist (Art. 189 Abs. 1 ZPO). Was die Genossenschaft dazu vorbringen konnte, reichte indessen nicht aus: «Das blossе unwidersprochene Dulden der Tätigkeit des Fachgutachters reichte dazu nicht aus, ebensowenig wie die mündliche Anerkennung des Inhalts eines Gutachtens, auch wenn diese protokolliert wurde» (E. 5.1.3.2).

Damit galt das von der Genossenschaft eingeholte Gutachten als Privatgutachten, d.h. als reine Parteibehauptung. Doch auch das hätte nicht per se zur Beweislosigkeit geführt: «Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, gelten zwar meist als besonders substanziiert (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438). Mit diesen stellt eine Partei daher in der Regel hinreichend substanziierte Behauptungen auf. Wird zudem ein Gerichtsgutachten beantragt und kann der Gerichtsgutachter die Untersuchungen des Privatgutachters wiederholen, werden dessen Ergebnisse entweder widerlegt oder aber von unabhängiger Seite bestätigt. Diesfalls kann der Beweis mit dem Gerichtsgutachten erbracht werden, sofern es der Gegenpartei nicht gelingt, Zweifel am Gerichtsgutachten zu wecken» (E. 5.3).

Das tönte für die klagende Baugenossenschaft vorerst vielversprechend. Zum Verhängnis wurde ihr dann aber, dass sie die Mängel bereits hatte beheben lassen. Das Bundesgericht führte nämlich aus, dass von den Parteien verlangt werden müsse, «dass sie, wo dies nicht offensichtlich ist, darlegen, weshalb von einem angebotenen Beweismittel mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein Beweisergebnis erwartet werden kann. Während dies keiner weiteren Erklärung bedarf, wenn der Gutachter dieselben Untersuchungen an-

stellen kann wie der Privatgutachter, sind diesbezügliche Angaben notwendig, wenn sich der Zustand zwischenzeitlich wesentlich verändert hat. Dass ein Gutachter allenfalls beurteilen könnte, ob sich die Annahmen des Privatgutachters mit der Fotodokumentation in Einklang bringen lassen, genügt dazu nicht. Es müsste zudem mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit möglich sein, anhand der vorhandenen Unterlagen auch vom Privatexperten allenfalls nicht geprüfte Alternativursachen ausschliessen zu können» (E. 5.3.2).

«Es geht nicht an, einem Privatgutachten faktisch Beweiskraft zukommen zu lassen, indem eine unabhängige Überprüfung durch die Vornahme der Sanierung verunmöglicht wird, und dafür das Privatgutachten beziehungsweise die Zeugenaussage des Privatexperten zur wesentlichen Grundlage eines Gerichtsgutachtens gemacht werden, ohne dass diese Grundlagen vom Gutachter überprüft werden könnten. Wie die Fotodokumentation oder der amtliche Befund eine derartige Überprüfung nach der erfolgten Sanierung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ermöglichen sollte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend auf. Die blossе Behauptung reicht dazu nicht aus, die angebotenen Zeugenaussagen von mit der Sanierung betrauten Personen ebenfalls nicht, da diesen die Unabhängigkeit abgeht» (E. 5.3.3).

### Die Anmerkungen zum Privatgutachten

Was also «nicht angeht», ist ein Privatgutachten, das aufgrund der bereits erfolgten Nachbesserung nicht mehr überprüfbar ist, nachträglich zu einem gerichtlichen Gutachten zu machen, indem man dieses einem Gerichtsgutachter sozusagen «zum Abnicken» vorlegt.

Die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens dauert gut und gerne ein Jahr, manchmal auch mehr. In der Praxis besteht das Problem oft darin, dass mit Behebung eines Mangels oder eines anderen Schadens nicht so lange gewartet werden kann. Die Bauherrschaft gerät somit leicht in eine schwierige Situation: Entweder begnügt sie sich mit einem Parteigutachten mit dem Risiko, dass ihr dieses (wie im vorliegenden Fall) vor Gericht dann nichts nützt, oder sie wartet mit der Behebung des Mangels, bis ein gerichtliches Gutachten erstellt ist – je nach Situation unter Inkaufnahme massiver Schäden (z.B. aufgrund der Einstellung laufender Bauarbeiten), was ihr dann möglicherweise sogar als Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen wird.

Dieses Problem ist auch dem Bundesgericht nicht entgangen. In anderem Zusammenhang bezeichnete es dies als «Beweisvakuum» (Urteil 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2). Im hier besprochenen Entscheid zeigte das Bundesgericht unter E. 5.3.3 einen Ausweg auf: Es «sind Fälle denkbar, in denen zufolge Dringlichkeit eine Beweissicherung undenkbar ist und der Beweis nur anhand der Zeugenaussage des beauftragten Fachmanns geführt werden kann, namentlich wenn ein imminent gefährlicher Zustand eine unmittelbare Beseitigung der Gefahr erfordert».

Diese Aussage des Bundesgerichts ist insofern bemerkenswert, als mündliche Aussagen eines Privatgutachters,

der als Zeuge vernommen wird, den Behauptungen in seinem Bericht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keinen Beweiswert verleihen können (Urteil 5D\_59/2018 vom 31. August 2018 E. 4.2.3; Urteil 4A\_373/2015 vom 26. Januar 2016 E. 3.4.3). Dennoch kann ein Gericht gemäss Art. 175 ZPO einen Privatgutachter als sachverständigen Zeugen zur Feststellung und zur tatsächlichen Würdigung des Sachverhaltes befragen (P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., 2019, N. 1515). Aber auch ein sachverständiger Zeuge sagt nur über seine eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen aus, allerdings (im Gegensatz zum gewöhnlichen Zeugen) über solche, die er nur infolge seines besonderen Sachverständnisses machen konnte (Urteil 4A\_309/2017 vom 26. März 2018 E. 2.3.3). Nicht zulässig wäre es, die Fachmeinung eines Privatgutachters über den Umweg der

Zeugenaussage als Beweismittel in den Prozess einzuführen (s. Urteil NP170024 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2018 E. 7.4.1). Wollte nun das Bundesgericht mit der zitierten Aussage (E. 5.3.3) eine Ausnahme von diesem Grundsatz schaffen? Soll immer dann, wenn eine Dringlichkeit besteht und eine Beweissicherung daher «undenkbar» ist, die Fachmeinung eines Privatgutachters via eine Zeugenbefragung als Beweismittel in den Zivilprozess eingeführt werden können? In casu hat das Bundesgericht diese Dringlichkeit bzw. die «Undenkbarkeit» einer Beweissicherung jedenfalls verneint: Der Fachexperte wurde am 22. November 2013 beauftragt und am 19. August 2014 lag das Gutachten vor, aber die Ersatzvornahme fand erst im Sommer 2016 statt.



Institut für Föderalismus  
Institut du Fédéralisme  
Institute of Federalism

KdK  
Cdc

KONFERENZ DER KANTONSREGIERUNGEN  
CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX  
CONFERENZA DEI GOVERNI CANTONALI  
CONFERENZA DA LAS REGENZAS CHANTUNALAS



Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit  
Fondation pour la collaboration confédérale  
Fondazione per la collaborazione confederale  
Fundaziun per la collavuraziun federala

Wissenschaftliche Tagung über  
Intergouvernementale Beziehungen  
in föderalen Systemen



## 1. Freiburger Föderalismustage 7. und 8. September 2023

Universität Freiburg  
Pérolles II - Auditorium Joseph Deiss

Eine Veranstaltung des Instituts für Föderalismus, in Partnerschaft mit der ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit und der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK)

UNIVERSITÄT FREIBURG  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS  
AV. BEAUREGARD 1, CH-1700 FRIBOURG

