

## Die Bestreitungslast im Zivilprozess

**Die Frage, ob eine Partei im Zivilprozess einen Sachverhalt nicht lediglich zu bestreiten, sondern detailliert zu bestreiten oder die Bestreitung zusätzlich zu begründen hat, wird in den kantonalen Zivilprozessordnungen unterschiedlich gehandhabt, wie sich aus der Gegenüberstellung der Zivilprozessordnungen der Kantone Aargau, Graubünden und Zürich ergibt. Die Autoren prüfen die Bestimmungen zur Bestreitungslast im Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung und stellen fest, dass diese widersprüchlich sind .**

Zi.

**La question de savoir si une partie à un procès civil peut simplement contester un état de fait, si elle doit le faire de manière détaillée ou si elle doit motiver son désaccord se résout de manière différente selon les codes de procédure civile cantonaux, comme le montre la comparaison des codes de procédure civile des cantons d'Argovie, des Grisons et de Zurich. Les auteurs analysent également les dispositions de l'avant-projet de procédure civile suisse concernant le fardeau de la contestation et constatent qu'elles sont contradictoires.**

P.P.

Marco Bundi, Rechtsanwalt, LL.M. (Klosters/Zürich), und Danae Sonderegger, Fürsprecherin (Aarau)

### **\*\* SJZ 102 (2006) Seite 406 \*\***

#### **I. Einleitung \***

"Die Tatsachenbehauptungen des Klägers gelten als bestritten, sofern und soweit sie nachfolgend nicht ausdrücklich als richtig anerkannt werden."

Forensisch tätige Juristen und Rechtsanwälte werden diese allgemeine Bestreitungsklausel <sup>1</sup> praktisch in jeder Klageantwort finden. Es versteht sich von selbst, dass diese Klausel nur da Sinn macht, wo die Verhandlungsmaxime gilt. Denn wo die Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt, ist der Richter sowieso verpflichtet, den Sachverhalt ex officio festzustellen <sup>2</sup>. Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass viele Prozesse nicht rein der Untersuchungsmaxime unterliegen, sondern vielmehr gemischte Elemente aufweisen, welche sowohl der Untersuchungs- als auch der Verhandlungsmaxime unterstehen. Man denke hierbei beispielsweise an einen Scheidungsprozess, welcher betreffend die Kinderbelange von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung hingegen vollumfänglich der Verhandlungsmaxime untersteht.

Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit und wie genau der Beklagte im Zivilprozess unter der Verhandlungsmaxime verpflichtet ist, den Sachverhalt zu bestreiten, bzw. ob die allgemeine Formulierung des Bestreitens, soweit nicht anerkannt wird, überhaupt ausreichend ist und dementsprechend akzeptiert wird.

### **\*\* SJZ 102 (2006) Seite 407 \*\***

#### **II. Die bundesrechtliche Norm von Art. 8 ZGB**

Art. 8ZGB bestimmt unter dem Titel der Beweisregeln und der Beweislast, dass wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet.

Behauptungs- und Beweislast hängen unmittelbar zusammen. Wenn mangels genügender Behauptung ein bestimmter Sachverhalt nicht berücksichtigt werden darf oder ungewiss bleibt, muss der Richter zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei entscheiden <sup>3</sup>. Folgerichtig spricht das Bundesgericht mit aller Selbstverständlichkeit von der "Verteilung der Behauptungs- und Beweislast" und von den Fällen, "wo durch die falsche Verteilung der Behauptungslast gegen Art. 8ZGB verstossen wurde" <sup>4</sup>.

Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Anforderungen an die Substantiierung einer Bestreitung Gegenstand des kantonalen Prozessrechts, solange diese damit nicht in Widerspruch zu Art. 8 ZGB geraten <sup>5</sup>. Insbesondere darf die Bestreitungslast nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen <sup>6</sup>.

Bei der Substantiierung des Bestreitens ist zu unterscheiden zwischen den Anforderungen an den Detaillierungsgrad des Bestreitens, d.h. der Frage, was genau alles bestritten werden muss, und der Obliegenheit der bestreitenden Partei, ihre Bestreitung zu begründen, d.h. selbst darzulegen, weshalb etwas so und nicht anders sein soll. Es sind somit die zwei Fälle des detaillierten und des begründeten Bestreitens auseinander zu halten<sup>7</sup>. Dazu hält das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 8 ZGB fest, dass das kantonale Recht fordern kann, substantiiert geltend zu machen, was bestritten ist; dagegen sind ihm aber bundesrechtliche Grenzen darin gesetzt, die beweisbefreite Partei ebenfalls zu veranlassen, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei<sup>8</sup>. Die Rechtfertigung für das zulässige Erfordernis des detaillierten Bestreitens liegt darin, ein effizientes Beweisverfahren zu ermöglichen. Die Grenzen des Erfordernisses des begründeten Bestreitens ergeben sich allgemein daraus, dass die Bestreitungslast nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen darf und konkret aus BGE 115 II 1 ff.: Substantiiertes, begründetes Bestreiten darf nur verlangt werden bei Beweisnot der beweisbelasteten Partei und gleichzeitiger Beweishöhe der bestreitenden Partei<sup>9</sup>.

### **III. Die kantonalen Prozessordnungen**

Bislang lautet Art. 122 Abs. 2 BV dahingehend, dass für die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen die Kantone zuständig sind. Damit war und ist bislang noch immer klar, dass der Bund den Kantonen die ausschliessliche Kompetenz im Verfahrensrecht überlässt. Allerdings bleibt zu erwähnen, dass das kantonale Prozessrecht nur soweit gehen darf, als es die Anwendung des Bundeszivilrechts, welches gemäss Abs. 1 von Art. 122BV zwingend unter die Bundeskompetenz fällt, weder behindert noch ausschliesst<sup>10</sup>.

Ein Blick in die verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen macht schnell klar, dass sich die Ausgestaltung der Bestreitungslast von Kanton zu Kanton sehr stark unterscheidet.

So findet sich beispielsweise in der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden in Art. 156 Abs. 1 ZPO<sup>11</sup>, dass Beweis nur über erhebliche und, soweit der Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen ist, nur über bestrittene Tatsachen erhoben wird. Was nicht zugestanden wird, gilt als bestritten. Im Kanton Graubünden ist es deshalb aufgrund dieser Bestimmung nicht weiter nötig, als Beklagter den Sachverhalt in allen Punkten oder gar allgemein zu bestreiten, denn solange er nicht ausdrücklich eine Tatsache zugesteht, gilt sie als bestritten<sup>12</sup>. Nach Abs. 2 muss eine zugestandene Tatsache sodann nicht mehr bewiesen werden. Ob in einem konkreten Fall ein Geständnis einer Tatsache vorliegt oder nicht, bestimmt sich nach dem Verhalten der Partei im Prozess<sup>13</sup>.

§ 199 Abs. 1 der Zivilprozessordnung des Kantons Aargau<sup>14</sup> bestimmt, dass der Richter unter Berücksichtigung

#### **\*\* SJZ 102 (2006) Seite 408 \*\***

des gesamten Inhaltes der Ausführungen und des Verhaltens der Partei im Prozess bestimmt, ob bei Fehlen eines ausdrücklichen Geständnisses eine Tatsache als bestritten anzusehen ist. Dieses gerichtliche Geständnis bezieht sich hierbei auf die im Prozessverlauf abgegebene ausdrückliche Erklärung, dass eine an sich dem Beweis unterworfenen Behauptung des Gegners als richtig anerkannt wird<sup>15</sup>. Wer nun einen Blick in den ZPO-Kommentar des Kantons Aargau wirft, wird feststellen, dass die "pauschale Bestreitung mit Nichtwissen oder der üblichen Bestreitungsformel eine ausreichende und zulässige Bestreitung" darstellt<sup>16</sup>.

Im Kanton Zürich wird die Behauptungslast allgemein durch § 113 ZPO<sup>17</sup> bestimmt, wonach die Parteien ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im einzelnen Vorbringen des Gegners auszusprechen haben. Gemäss der zürcherischen Rechtsprechung reicht jedoch eine allgemeine Bestreitung der von der Gegenpartei aufgestellten Behauptungen nicht. Die Behauptungen, denen für die Beurteilung des Prozesses eine gewisse Bedeutung zugemessen wird, müssen einzeln bestritten werden<sup>18</sup>. In diesem Sinne hielt beispielsweise das Handelsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 30. August 1990<sup>19</sup> fest, "(w)o eine Partei bestimmte und konkrete Behauptungen aufstellt, kann erwartet werden, dass sich die andere Partei im einzelnen dazu äusserte, wenn sie damit nicht einverstanden wäre." Dies soll insbesondere dann gelten, wenn sie einen bestimmten Punkt aufgreife, einen eigenen Sachverhalt aufstelle und die übrigen Punkte mit Stillschweigen übergehe. In diesem Fall würde auch die Bestreitung als "blosse Floskel" ihre Bedeutung verlieren, weshalb das Handelsgericht davon ausging, dass überall, wo nicht ausdrücklich bestritten worden war, von einem unbestrittenen Sachverhalt auszugehen war.

### **IV. Die Regelung im Vorentwurf der Schweizerischen ZPO**

Bereits seit 1961 ist der Juristentag bestrebt, das Zivilprozessrecht zu vereinheitlichen<sup>20</sup>. Die Justizreform soll den bereits genannten Abs. 2 von Art. 122BV dergestalt ändern, dass für die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen die Kantone zuständig sind<sup>21</sup>, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht<sup>22</sup>. Damit bleibt das kantonale Prozessrecht bestehen, bis der Bund diese Kompetenz an sich nimmt und das Zivilprozessrecht selbst regelt. Auch wenn die Einführung der vereinheitlichten Schweizerischen Zivilprozessordnung weiter auf sich warten lässt, soll an dieser Stelle der Vorentwurf zur Schweizerischen ZPO nicht unberücksichtigt bleiben.

Im Vorentwurf findet sich unter Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO (Gegenstand des Beweises) die Bestimmung, wonach als streitige Tatsache gilt, was vor Gericht nicht zugestanden wird. Demgegenüber hält jedoch Art. 211 Abs. 2 VE-ZPO (Klageantwort) in Bezug auf die Erfordernisse an eine Klageantwort fest, dass diese gemäss lit. c eine Darlegung enthalten muss, "ob und inwiefern die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei bestritten werden".

In diesem Zusammenhang ist auf die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf der Schweizerischen ZPO<sup>23</sup> hinzuweisen. In diesem Bericht macht beispielsweise der Kanton Luzern zu Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO geltend, dass man diese Formulierung als "Verminderung der Bestreitungslast" ablehne, da die behauptungs- und beweisbelastete Partei prozessual in einer erschwerten Position sei. Der Gegenpartei könne daher ohne weiteres zugemutet werden, abweichende Ansichten klar zu deklarieren und ihre Bestreitungen vorzubringen. Die Pflicht zur ausdrücklichen Bestreitung bewirke keine Umkehr der Beweislast. Aus diesem Grunde beantragt Luzern eine Umkehr der Formulierung, wonach als streitige Tatsache gelte, was vor Gericht bestritten werde<sup>24</sup>. Die Universität des Kantons Zürich geht noch einen Schritt weiter und bezeichnet Art. 145 Abs. 2 des Vorentwurfes als "schwerwiegende Fehlleistung". Zum

#### **\*\* SJZ 102 (2006) Seite 409 \*\***

einen würde diese Regelung die Substantiierungslast des nicht Beweisbelasteten beseitigen, zum anderen aber bringe die Neuregelung einen sinnlos vergrösserten Verfahrensaufwand mit sich, der auch die prozessualen Lasten zwischen den Parteien unsachgerecht verteile<sup>25</sup>. Der Kanton Zug auf der anderen Seite erachtet die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung für richtig, da aus Art. 8ZGB dieselbe Folgerung zu ziehen sei<sup>26</sup>. Auch das Obergericht des Kantons Zürich stimmt der Regelung im Grundsatz zu, führt aber aus, dass klar gestellt werden müsse, dass Behauptungen auch stillschweigend anerkannt werden könnten<sup>27</sup>.

In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO führt der Kanton Luzern aus, dass diese Bestimmung zu allgemein formuliert sei und von der beklagten Partei verlangt werden könne, dass sie zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen konkret Stellung beziehe, weshalb folgende Änderung vorgeschlagen wird: "zu jeder Tatsachenbehauptung der klagenden Partei eine Darlegung, ob und inwiefern diese bestritten wird"<sup>28</sup>. Selbiges wird auch vom Anwaltsverband des Kantons Luzern vorgebracht<sup>29</sup>.

Der Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003<sup>30</sup> hält in Bezug auf Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO fest, grundsätzlich seien alle Tatsachen, die nicht zugestanden sind, streitig. Das Zugeständnis könne ausdrücklich oder stillschweigend (konkludent) erfolgen. Ein konkludentes Zugeständnis liege jedoch nicht bereits vor, wenn die Gegenpartei zu einer behaupteten Tatsache einfach schweige. Vielmehr habe es sich aus dem Zusammenhang zu ergeben. Dass als streitige Tatsache gelte, was vor Gericht nicht zugestanden werde, folge aus Artikel 8ZGB<sup>31</sup>. In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 VE-ZPO hält der Bericht fest, bei detailliert vorgetragene Tatsachenbehauptungen dürfe von der beklagten Partei erwartet werden, dass sie ebenfalls detailliert angebe, welche Positionen sie bestreite und welche sie gegebenenfalls anerkenne. Soweit Tatsachen aber nicht zugestanden seien, gälten sie gemäss Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO als streitig<sup>32</sup>.

Wie aus den Vernehmlassungen ersichtlich ist, wird Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO teilweise dahingehend verstanden, dass er die in Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO statuierte Substantiierungslast des Bestreitenden faktisch wieder beseitigt.

Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO ist mit der jetzigen bündnerischen Regelung gut vergleichbar. Wenn man nun allerdings den Artikel in Zusammenhang mit Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO und dem Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission liest, so scheint Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO vorzugehen. Die vergleichbare Regelung zu Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO wird dagegen im Kanton Graubünden dahingehend ausgelegt, dass einzelne klägerische Vorbringen nicht bestritten werden müssen, also diametral entgegengesetzt zu Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO<sup>33</sup>. Diese Norm lässt sich wiederum mit derjenigen des Kantons Zürich vergleichen, wo aber die Bestreitungslast genau gegenteilig zum Kanton

Graubünden geregelt ist<sup>34</sup>. Ob man aus dem Aufbau des Vorentwurfs der Schweizerischen ZPO den Schluss ziehen kann, Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO würde als speziellere Regel Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO vorgehen, ist fraglich; wäre das der Fall, würde sich die Frage nach der genauen Anwendbarkeit von Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO stellen.

Der Wortlaut von Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO "ob und inwiefern" Tatsachen bestritten werden, lässt einzig den Schluss zu, dass ein blosses und allgemeines, floskelhaftes Bestreiten nicht mehr ausreichen wird. Während der Wortlaut "ob" auf ein detailliertes Bestreiten hinweist, wird durch das Hinzufügen der Wendung "inwiefern" wohl auch ein begründetes Bestreiten vom Beklagten gefordert. Er muss demnach nicht nur ausführen, welche Tatsachen er bestreitet, sondern zudem selbst Angaben zum Sachverhalt machen, inwiefern dieser nicht zutreffen bzw. von den klägerischen Behauptungen abweichen soll. Eine solche Auslegung jedoch dürfte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 8ZGB widersprechen<sup>35</sup>. Die neue Reform belässt aber Art. 8ZGB gerade in seiner jetzigen Fassung und fügt mit einem neuen Abs. 2 lediglich die Ergänzung hinzu, dass die Parteien die Beweislast einvernehmlich selbst regeln können.

Zweck von Art. 8ZGB ist die Vereinheitlichung der Anwendung von materiellem Recht. Daher hat der Bundesgesetzgeber manchenorts eingegriffen, wo unbezweifelbar Verfahrensrecht vorliegt<sup>36</sup>. Ob sich dies nun mit der Norm von Art. 148 VE-ZPO, welche die Beweislast für prozessuale

### **\*\* SJZ 102 (2006) Seite 410 \*\***

Rechte regelt<sup>37</sup>, ändert, ist unklar. Wie das Bundesgericht in seiner diesbezüglichen Stellungnahme zu Recht geltend machte, stiftet diese Unterscheidung von prozessualer und materieller Beweislast Verwirrung. Zudem genügt die materiellrechtliche Vorschrift bereits<sup>38</sup>, können doch auch aus ihr die prozessualen Obliegenheiten abgeleitet werden<sup>39</sup>.

## **V. Zusammenfassung**

Die Kantone sind bis zur Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung befugt, ihre eigene Zivilprozessordnung aufzustellen, solange sie dem Bundesrecht nicht widerspricht. Hierbei stellt sich insbesondere in Bezug auf die Bestreitungs- und die damit verbundene Substantiierungslast die Frage, wieweit solche Regelungen den Beklagten verpflichten können, sich zu den Vorbringen der klägerischen Seite zu äussern. Eine Frage, welche nicht nur von den einzelnen Zivilprozessordnungen der Kantone unterschiedlich beantwortet wird, sondern auch in der Lehre Anlass zu Diskussionen gibt<sup>40</sup>. Wer gesamtschweizerisch Prozesse in immer wieder anderen Kantonen führt, sollte demnach bei nicht eingehender Kenntnis des jeweiligen Verfahrensrechts mindestens detailliert bestreiten, d.h. genau angeben, welche Punkte er bestreitet. Begründetes Bestreiten wird demgegenüber, wie vom Bundesgericht im bereits zitierten BGE 115 II 1 ff. ausgeführt, nur in den seltensten Fällen nötig sein.

Was genau die Schweizerische Zivilprozessordnung bei Bestreitungen des Beklagten fordern wird, wird man sehen. Fest steht, dass der jetzige Entwurf noch einen grossen Widerspruch aufweist, der unbedingt beseitigt werden muss. Zumindest ergibt sich aus den Vernehmlassungen, dass der jetzige Entwurf missverständlich ist. Aus diesem Grunde sollte die Diskrepanz zwischen Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO und Art. 211 Abs. 2 lit. c VE-ZPO vor Inkrafttreten aufgehoben werden. Dass beide Varianten gut möglich sind, zeigen die heutigen kantonalen Prozessordnungen bereits; nur sollte für die Parteien klar sein, ob und inwieweit den Beklagten eine Bestreitungslast trifft.

\* Die Verfasser danken Herrn Dr. Alfred Bühler für die kritische Durchsicht der vorliegenden Arbeit.

<sup>1</sup> Die nicht behauptungsbelastete Partei trägt die Last zu bestreiten (sog. Bestreitungslast), Brönnimann, Die Behauptungslast, in: Der Beweis im Zivilprozess, Leuenberger (Hrsg.) Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, Band 1, Bern 2000, 62.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, N 54 ff. zu Kapitel 6 und N 125 ff. zu Kapitel 12.

<sup>3</sup> BGE 97 II 343.

<sup>4</sup> Brönnimann (Fn. 1) 58 f.

<sup>5</sup> BGE 117 II 113 mit Hinweis auf BGE 108 II 340 E. d.

<sup>6</sup> BGE 115 II 2 mit Hinweisen.

<sup>7</sup> Brönnimann (Fn. 1) 62 f.

<sup>8</sup> BGE 117 II 114 .

<sup>9</sup> Brönnimann (Fn. 1). 63.

- <sup>10</sup> Vgl. Leuenberger in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2002, N 8 zu Art. 122, 1264 mit Hinweisen auf BGE 122 I 20, 120 Ia 354 E. 2a.
- <sup>11</sup> BR 320.000, Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1. Dezember 1985.
- <sup>12</sup> Vgl. auch Guyan, Beweisverfahren im ordentlichen Verfahren vor Bezirksgerichtsausschuss und Bezirksgericht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 121, Zürich 2000, 90 f.
- <sup>13</sup> Für weitere Hinweise und Abgrenzungen zu Art. 156 Abs. 1 und 2 ZPO vgl. beispielsweise PKG 1990, Nr. 13.
- <sup>14</sup> SAR 221.100, Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984.
- <sup>15</sup> Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 1 zu § 199 ZPO.
- <sup>16</sup> Bühler/Edelmann/Killer (Fn. 15) N 10 zu § 75 ZPO.
- <sup>17</sup> OS 271, Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976.
- <sup>18</sup> Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4a zu § 113.
- <sup>19</sup> ZR 89 (1990) Nr. 50; für weitere Hinweise auf Entscheide vgl. Frank/Sträuli/Messmer (Fn. 18) § 113 N 4a.
- <sup>20</sup> Vgl. Vogel/Spühler (Fn. 2) Kapitel 2 N 85 ff.
- <sup>21</sup> Diese Verfassungsänderung vom 8. Oktober 1999, die am 12. März 2000 mit grossem Volksmehr und von allen Ständen angenommen wurde, ist allerdings noch nicht in Kraft.
- <sup>22</sup> Leuenberger (Fn. 10) N 11 ff. zu Art. 122, 1266.
- <sup>23</sup> Vgl. hierzu die "Zusammenstellung der Vernehmlassungen", Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) Art. Nr. 407.045, Bern 2004 (zit. Zusammenstellung).
- <sup>24</sup> Zusammenstellung 395.
- <sup>25</sup> Zusammenstellung 398.
- <sup>26</sup> Zusammenstellung 395.
- <sup>27</sup> Zusammenstellung 397.
- <sup>28</sup> Zusammenstellung 555.
- <sup>29</sup> Zusammenstellung 556.
- <sup>30</sup> Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003 (zit. Bericht).
- <sup>31</sup> Bericht 75.
- <sup>32</sup> Bericht 105.
- <sup>33</sup> Vgl. hierzu vorstehend Ziff. III.
- <sup>34</sup> Vgl. hierzu vorstehend Ziff. III.
- <sup>35</sup> Brönnimann (Fn. 1) 64 mit Hinweisen auf BGE 117 II 114 .
- <sup>36</sup> Kummer, Berner Kommentar I/1, Einleitung Art. 1- 10ZGB, Bern 1966, N 48 zu Art. 8 ZGB, 627.
- <sup>37</sup> Art. 148 VE-ZPO lautet: Soweit dieses Gesetz nicht anders bestimmt, hat eine behauptete Tatsache zu beweisen, wer aus ihr prozessuale Rechte ableitet.
- <sup>38</sup> Vgl. hierzu Zusammenstellung (Fn. 23) 402.
- <sup>39</sup> Ebenda, 402, sowie Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 47, der die Suche nach einer eigenständigen Lösung vorschlägt.
- <sup>40</sup> Alfred Bühler äussert sich beispielsweise dahingehend, dass die zürcherische Lehre und Rechtsprechung wohl bundesrechtswidrig sein dürfte, vgl. Bühler/Edelmann/Killer (Fn. 15) N 10 zu § 75 ZPO; Vogel/Spühler (Fn. 2) gehen davon aus, dass aufgrund von BGE 115 II 2 eine blosser Bestreitung mit Nichtwissen genügt, "wo es um das Mass und die Berechnung von Schadenersatz geht.", Kapitel 10 N 55.