

CA/CH
66.21CA/CH
97i

NOTE

*François Bohnet et Frédéric Fitzi, collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel, avocat à Zurich**

Die *actio duplex*, die unbezifferten Rechtsbegehren und die Modalitäten der Bezifferung

I. Bezifferung und güterrechtliche Auseinandersetzung

Mehrere kürzlich ergangene Entscheide zur güterrechtlichen Auseinandersetzung beleuchteten die Rechtslage bei unbezifferten Rechtsbegehren. In einem Urteil vom 25. April 2019 entschied das Bundesgericht, dass bei einer fehlenden Bezifferung des Antrags auf güterrechtliche Auseinandersetzung unter diesem Titel kein Betrag zugesprochen werden könne.¹ Die Klägerin hatte keine Bezifferung vorgenommen, sondern lediglich beantragt, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung auf der Grundlage der im Plädoyer genannten Belege zu erfolgen habe und auch in der letzten Verhandlung vor dem erstinstanzlichen Richter an diesem Antrag festgehalten. Die Bezifferung güterrechtlicher Forderungen ist jedoch Prozessvoraussetzung, und ein blosser Antrag auf Anordnung der güterrechtlichen Auseinandersetzung genügt nicht.²

II. Zeitpunkt der Bezifferung

Im Urteil vom 25. April 2019 blieb die Frage des Zeitpunkts der Bezifferung offen, da eine solche in jenem Fall ohnehin unterblieben war. In den Erwägungen hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass der Kläger seine Forderung erst nach Abschluss des Beweisverfahrens oder Auskunftserteilung durch den Beklagten zu beziffern hat. Der Kläger muss seine Anträge jedoch beziffern, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO), d.h., so schnell wie möglich.³ Daraus liess sich ableiten, dass der Kläger mit der Bezifferung nicht zuwarten darf und dass das Gericht ihm zwar eine Frist setzen kann, dazu aber nicht verpflichtet ist. Es ist also Sache der Partei, die Höhe ihres Anspruchs unverzüglich bekannt zu geben.⁴

In einem späteren Entscheid und wiederum im Kontext der güterrechtlichen Auseinandersetzung hielt das Bundesgericht fest, dass die Partei ihre Anträge bei der ersten auf die Beweisabnahme folgenden prozessualen Gelegenheit zu beziffern hat. Diese Gelegenheit bieten die Schlussvorträge.⁵ Dabei betonte das Gericht, dass der Kläger nicht verpflichtet sei, seinen Antrag nach jeder einzelnen Beweiserhebung zu aktualisieren, da ein solches Vorgehen mit dem Grundsatz der Prozessökonomie unvereinbar wäre. Vielmehr reiche es aus, wenn der Kläger seinen Antrag in den Schlussvorträgen beziffere, da sich die Parteien in

* Die Autoren danken Prof. Dr. Lorenz Droese, Rechtsanwalt, Herrn MLaw Franco Strub, Rechtsanwalt und Herrn BLaw Sean Schläpfer herzlich für die kritische Durchsicht.

¹ BGer 5A_368/2018 und 5A_394/2018 vom 25. April 2019 E. 4.3.4.

² Bestätigt in BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.3.

³ BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.2.2; BGer 5A_871/2020 vom 15. Februar 2021 E. 3.3.1; BGer 5A_368/2018 und 5A_394/2018 vom 25. April 2019 E. 4.3.3; vgl. BGE 149 III 409 E. 4.3; BGer 4A_516/2019 vom 27. April 2020 E. 4.2.2.

⁴ BOHNET FRANÇOIS, Les conclusions en procédure civile suisse – Articulation et chiffrage, in: Bohnet/Dupont (Hrsg.), Les conclusions en procédures civile et pénale, Basel/Neuenburg 2018, 1 ff., Rz. 78 f. m.w.N.

⁵ BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.3.

diesem Rahmen mit dem Beweisergebnis auseinandersetzen müssen. Eine sofortige Bezifferung – etwa innerhalb einer Frist von 30 Tagen – nach Abschluss oder gar während der Beweisabnahme sei nicht erforderlich. Diese Lösung wurde in einem publizierten Entscheid vom 3. Juli 2023 bestätigt.⁶ Auch hier spielte ein Gutachten die entscheidende Rolle bei der Bezifferung des geltend gemachten Anspruchs. Das Gutachten wurde von den Parteien «bis zum Schluss» bestritten und bemängelt.⁷

III. *Actio duplex* und Zeitpunkt der Bezifferung

Bemerkenswert an dem hier besprochenen Urteil ist, dass es sich auf Anträge des Scheidungsbeklagten bezieht. Auch der Scheidungsbeklagte kann unter den Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 1 ZPO unbezifferte Zahlungsbegehren stellen, entweder mit einer Widerklage oder im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung auch über eine *actio duplex*. Nach Auffassung des Bundesgerichts käme es überspitztem Formalismus gleich, in einer solchen Konstellation auf eine unbezifferte Forderungsklage nicht einzutreten, weil kein vorläufiger Mindeststreitwert angegeben wurde, zumal dem Mindestwert hier keine prozessuale Bedeutung zukommt.⁸ Weder die sachliche Zuständigkeit noch die anwendbare Verfahrensart hängt von der güterrechtlichen Forderung der beklagten Partei ab. Der Streitgegenstand wird dadurch nicht ausgeweitet und eine Sicherheitsleistung für die Parteischädigung kommt nicht in Betracht (Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO). Soweit dem Scheidungsbeklagten ein Kostenvorschuss auferlegt werden kann – was umstritten ist –⁹ wird die Höhe des Kostenvorschusses häufig nicht vom Wert der güterrechtlichen Forderung beeinflusst. Aus den gleichen Gründen vertreten verschiedene Autoren die Auffassung, dass unter diesen Umständen (und je nach den kantonalen Bestimmungen über die funktionelle Zuständigkeit) die vom Gesetz verlangte Angabe eines Mindeststreitwerts auch für die klagende Partei entbehrlich sei.¹⁰

Dieser Entscheid bestätigt auch für die beklagte Partei, dass die Bezifferung spätestens in den Schlussvorträgen vorzunehmen ist.¹¹ Erstmals stellt das Bundesgericht klar, dass bei mündlichen Schlussvorträgen die Bezifferung bereits im Rahmen der ersten Äusserungsrunde erfolgen muss.¹² Zu beachten ist, dass auch im vorliegenden Fall die Bezifferung vom Ergebnis einer Begutachtung abhängig war. Es bleibt daher offen, ob das Bundesgericht ähnlich entschieden hätte, wenn sich die für die Bezifferung erforderlichen Angaben z.B.

⁶ BGE 149 III 409 E. 4.3; BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.2.2 und 4.3.

⁷ BGE 149 III 409 E. 4.4.

⁸ BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 5.2.2; vgl. auch BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 10.5 (nicht publ. in BGE 148 III 409).

⁹ Vgl. BGer 5A_18/2020 vom 23. November 2020 E. 3.2; CJ GE, ACJC/1184/2016 vom 9. September 2016 E. 2.1 («*Idle telles conclusions, qualifiées d'actio duplex (doppelseitige Klage) ne constituent pas des conclusions reconventionnelles et ne peuvent ainsi pas donner lieu à une avance de frais*»).

¹⁰ BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85 N 9; LUDIN JEAN-MICHEL, 5A_108/2023: Angabe eines Mindestwerts bei unbeziffelter güterrechtlicher Forderung, Swissblaw vom 12. Dezember 2023, m.w.N.

¹¹ BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 5.2.

¹² BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 6.2.3, bezugnehmend auf BAUMANN WEY SABINE, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 514 und BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85 N 22.

aus Beilagen der Klageantwort ergeben hätten. In diesem hypothetischen Fall wäre der Kläger bereits anlässlich seiner Replik in der Lage gewesen, seine Anträge zu beziffern.¹³ Das Erfordernis, die Bezifferung bereits in diesem Zeitpunkt vornehmen zu müssen, scheint im Übrigen im Einklang mit den Erwägungen des Bundesgerichts zu stehen, wonach der Kläger zur Bezifferung seiner Anträge in der Lage ist, sobald die Beweisabnahme erfolgt ist oder der Beklagte die verlangte Auskunft erteilt hat.¹⁴

IV. Tatsachen, die der Bezifferung zugrunde liegen

Weiter führt das Bundesgericht unter Verweis auf ein älteres Urteil aus, dass der Kläger berechtigt ist, gleichzeitig mit der Bezifferung die der Bezifferung zugrunde liegenden Tatsachen zu behaupten.¹⁵ Aus der zitierten Erwägung geht nicht hervor, dass im beurteilten Fall die der Bezifferung zugrunde liegenden Tatsachen erst in den Schlussvorträgen behauptet wurden: Das Bundesgericht hielt im Gegenteil fest, dass diesbezüglich die in den Schriftsätzen (Klage und Replik) aufgestellten Behauptungen ausschlaggebend waren.¹⁶

Durch die Beweisabnahme gewonnene Erkenntnisse, welche die Partei in die Lage versetzen, ihren Antrag zu beziffern, stellen in der Regel keine Noven dar, da sie sich zumeist im Rahmen der Tatsachen bewegen, die der Kläger zur Begründung seines Beweisantrags bereits vorgetragen hat. Mit anderen Worten: Die Bezifferung verlangt grundsätzlich nicht die Behauptung neuer Tatsachen, sondern nur die Konkretisierung bereits vorgetragener Tatsachen. Liegen die unter Beweis gestellten Tatsachen, auf die sich die Bezifferung des Klagebegehrens stützt, noch im Rahmen der Parteibehauptungen, so hat das Gericht sie ohne weiteres zu berücksichtigen. Gehen sie aber darüber hinaus, muss die Partei, die sich auf diese Tatsachen berufen will, diese unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO mittels Noveneingabe in den Prozess einbringen.¹⁷ Dies wäre z.B. der Fall, wenn die Partei im Zuge des Beweisverfahrens von einer ihr bisher unbekanntem Liegenschaft erfährt.

In Bezug auf die Bezifferung und die zugrundeliegenden Behauptungen weist der kommentierte Entscheid darauf hin, dass das Gericht diese Elemente in ihrer Substanz protokollieren muss (Art. 235 Abs. 2 ZPO), da sie nicht Gegenstand eines früheren Schriftstücks sein konnten.¹⁸ U.E. ist es wichtig, zwischen der «Bezifferung» und den «zugrundeliegenden Behauptungen» zu unterscheiden. Für die Bezifferung selbst ist die Protokollierung nach Art. 235 Abs. 1 lit. d ZPO erforderlich. Hinsichtlich der «zugrundeliegenden Behauptungen» ist eine Protokollierung möglich, aber nicht zwingend, sofern es sich nicht um Noven handelt, sondern um eine bloss Konkretisierung des bereits Behaupteten. Es handelt sich

13 BÖHNET FRANÇOIS/VARIN SIMON, Le moment du chiffrage des conclusions/le sort du droit de préemption en cas de transfert aux héritiers en raison de leur futur droit de succession, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_145/2023, Newsletter immodroit.ch août 2023, S. 5.

14 BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 5.2.1; BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.2.2.

15 BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 5.2.1.

16 BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 9.4.

17 Zur hier relevanten Unterscheidung zwischen überschüssendem Beweisergebnis im eigentlichen und uneigentlichen Sinne (das bereits durch die Parteibehauptungen abgedeckt ist), siehe FITZI FRÉDÉRIC, Les faits exorbitants en procédure civile, in: Böhnet (Hrsg.), Les faits en procédures civile, pénale et administrative, Basel/Neuenburg 2023, 39 ff., Rz. 50 ff.

18 BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 6.2.3.

dabei lediglich um Ausführungen der Parteien zum Beweisergebnis, die in den (mündlichen oder schriftlichen) Schlussvorträgen enthalten sind. Jedenfalls kann der Partei nicht vorgeworfen werden, sie habe mangels Erwähnung im Protokoll keine Behauptung aufgestellt.

Im vorliegenden Entscheid wird auch festgehalten, dass das Bundesgericht im Gegensatz zu seiner Rechtsprechung zu den neuen Tatsachen und Beweismitteln (Art. 229 Abs. 2 ZPO) keine strikte Trennung zwischen den bezifferten Anträgen und den ihnen zugrunde liegenden Behauptungen einerseits und den übrigen Ausführungen im Schlussvortrag andererseits verlangt. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die plädierende Partei dabei gut beraten, wenn sie die Anträge und die ihnen zugrunde liegenden Behauptungen protokollieren lässt, bevor sie die übrigen Ausführungen im Rahmen des Plädoyers macht.¹⁹ Obwohl sich das Erfordernis einer strikten Trennung (zwischen neu vorgebrachten und anderen Tatsachen und Beweismitteln) aus BGE 147 III 475 ergibt, hatte sich das Bundesgericht unseres Wissens bisher noch nie mit dieser Frage auseinandergesetzt, soweit es sich um Tatsachen handelt, die der Bezifferung der Rechtsbegehren zugrunde liegen; der Entscheid 5A_847/2021, E. 9.4, auf den sich das Bundesgericht bezieht, stellte vielmehr auf die Behauptungen in der Klageschrift und der Replik ab.

Die Behauptung der Tatsachen, die der Bezifferung zugrunde liegen bzw. eine diesbezügliche Zweiteilung des Schlussvortrags ist u.E. nicht erforderlich: Entweder sind die genannten Tatsachen bereits durch Behauptungen gedeckt oder eine Partei hat neue Tatsachen entdeckt und muss diese deshalb nach Massgabe von Art. 229 ZPO in den Prozess einführen. Es ist nicht unüblich, dass eine Partei in ihrem mündlichen oder schriftlichen Schlussvortrag – selbst wenn ihre Anträge beziffert sind (eine Partei könnte im Übrigen ihre Anträge beziffern, obwohl die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage erfüllt wären) – Einzelheiten aus einem Gutachten oder einem anderen Beweismittel detailliert darlegt, ohne dass dies im Protokoll vermerkt werden muss. In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht die auch mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten der ZPO umstrittene Frage der Zulässigkeit der Abgabe von Plädoyernotizen bei mündlichen Schlussvorträgen geklärt hätte.²⁰

19 BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 6.2.3.

20 Ablehnend: Botschaft ZPO, BB1 2006 7221, 7342; offengelassen: BGer 5A_108/2023 vom 20. September 2023 E. 6.2.3, mit Verweis auf die verschiedenen Lehrmeinungen.