

Zwangsmittel verbunden werden (SCHWANDER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, N. 21 zu Art. 170 ZGB; vgl. auch BRÄM, in: Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 1998, N. 27 zu Art. 170 ZGB; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 1999, N. 25 zu Art. 170 ZGB; LEUBA, in: Commentaire romand, Code civil 2010, N. 21 zu Art. 170 ZGB). Insoweit ist der Verweis der Vorinstanz auf das im Hauptverfahren gestellte Begehren nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die im Haupt- und Massnahmeverfahren formulierten Anträge seien inhaltlich nicht identisch.

3.1.5 Ferner bringt der Beschwerdeführer vor, die Beschwerdegegnerin habe ihre Rechtsbegehren im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen abschliessend beziffert, während sie jene in der Klageantwort von der Edition weiterer Unterlagen abhängig gemacht habe. Bei den vorsorglichen Massnahmen mache sie demnach den von ihr beantragten Ehegattenunterhalt gerade nicht vom materiellen Informationsanspruch abhängig. Diese Rüge formuliert er erstmals vor Bundesgericht, sodass mangels Ausschöpfung des materiellen Instanzenzugs nicht darauf einzugehen ist (BGE 146 III 203 E. 3.3.4; 143 III 290 E. 1.1; je mit Hinweisen). Ohnehin stützt er seine Argumentation auf einen Sachverhalt, der sich nicht aus dem angefochtenen Entscheid ergibt, ohne in diesem Zusammenhang Willkür zu rügen (vgl. vorne E. 2.1).

3.1.6 Die Vorinstanz durfte mithin willkürfrei davon ausgehen, dass die Beschwerdegegnerin ihr Editionsbegehren aus materiellem Recht ableitete. Es ist zulässig, eine gestützt auf Art. 170 ZGB ausgesprochene Verpflichtung zur Aktenherausgabe mit der Androhung der Strafsanktion nach Art. 292 StGB zu verbinden (HAUSHEER, a.a.O.; LEUBA, a.a.O., N. 20 zu Art. 170 ZGB; SCHWANDER, a.a.O.; s. auch RIEDO/BONER, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2018, N. 122c zu Art. 292 StGB mit Hinweis auf das Urteil LY160026 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Oktober 2016). Damit ist der Argumentation des Beschwerdeführers die Grundlage entzogen.

[2581] Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. AG gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_50/2021 vom 6. September 2021; ATF 147 III 475

Art. 52, 228, 229 Abs. 2 ZPO; Begriff der Eröffnung der Hauptverhandlung im Hinblick auf das Vorbringen neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel; Grundsatz von Treu und Glauben

Ist es weder zu einem zweiten Schriftenwechsel noch zu einer Instruktionsverhandlung gekommen, so müssen neue Tatsachenbehauptungen (wozu auch Bestreitungen zählen) und Beweismittel gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO vor den ersten Parteivorträgen ins Verfahren eingebracht werden (E. 2.3).

Art. 52, 228, 229 al. 2 CPC; Notion d'ouverture des débats principaux pour l'allégation de faits et moyens de preuve nouveaux; principe de la bonne foi
Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, des faits nouveaux (qui comprennent également les contestations de faits) et les preuves doivent être introduits au procès avant les premières plaidoiries, conformément à l'art. 229 al. 2 CPC (consid. 2.3).

Art. 52, 228, 229 cpv. 2 CPC; Nozione di apertura del dibattimento per l'allegazione di fatti e di mezzi di prova nuovi; principio della buona fede

Quando non vi è stato un secondo scambio di scritti né un'udienza istruttoria, dei fatti nuovi (che comprendono anche le contestazioni dei fatti) e le prove devono essere introdotti nel processo prima delle prime arringhe, conformemente all'art. 229 cpv. 2 CPC (consid. 2.3).

2.3

2.3.1 Dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ist zu entnehmen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin – nachdem die Vorsitzende ihre Ausführungen zum Ablauf der Verhandlung abgeschlossen hatte – beantragte, «dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst die Tatsachenvorträge gehalten würden». Daraufhin erklärte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, dass er keine Tatsachen vorzutragen habe, sondern sich «zu den Punkten der Gegenseite» äussern wolle. Nachdem der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin daraufhin erwidert hatte, die Replik sei kein Tatsachenvortrag und er darauf bestehe, dass als nächster Prozessschritt die Tatsachenvorträge gehalten würden, gab der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners an, er beschränke sich diesfalls «einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien». Dazu legte er seine Plädoyernotizen ins Recht und verlas diese ab der zweiten Seite. Dem Protokoll ist zwar nicht unmittelbar zu entnehmen, bis zu welchem Punkt der Notizen Rechtsanwalt Brunner gelangte. Allerdings kann aus der Anmerkung im Protokoll «Auf Nachfrage der Vorsitzenden gibt RA Brunner an, dass es sich bei seiner Ausführung zu Randziffer 5 auf Seite 2 von act. 17 [= Plädoyernotizen] um eine Tatsache handle» – welche auf den Hinweis von Rechtsanwalt Blesi erfolgte, demzufolge es sich bei den Ausführungen von Rechtsanwalt Brunner «um keinen Tatsachenvortrag, sondern um eine Replik» handle – abgeleitet werden, Rechtsanwalt Brunner habe seine Notizen bis zur Rz. 5 auf S. 2 verlesen. Daraufhin setzte dieser seinen Vortrag offenbar nicht fort, findet sich doch im Protokoll unmittelbar danach der Hinweis, Rechtsanwalt Blesi erkläre, «das Bundesgericht habe in BGE 144 III 67 festgehalten und zweimal bestätigt, dass die klägerische Partei zunächst ihre neuen Tatsachen und Beweismittel Punkt für Punkt vorbringen müsse». Alsdann wird unter dem Titel «RA Dr. iur. U. Brunner zum Tatsachenvortrag» festgehalten, das einzige Faktum, das er vorzutragen habe, sei, «dass der Kläger bis heute nicht im Dentalbereich tätig geworden ist», was die bereits beim Verlesen der Plädoyernotizen eingereichten Unterlagen (u.a. Handelsregisterauszug der C. GmbH) belegten. Auf Nachfrage der Vorsitzenden erklärte Rechtsanwalt Brunner ausdrücklich, zum Tatsachenvortrag keine weiteren Ausführungen machen zu wollen.

Damit steht fest, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung seine Plädoyernotizen bis zur Rz. 5 auf S. 2

verlesen hatte und anschliessend lediglich ein einziges Faktum vorbrachte. Wenn die Vorinstanz festhielt, Rechtsanwalt Brunner habe unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung seine Plädoyernotizen ab Seite 2 zum ersten Mal vollständig verlesen, stellte sie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest. Wie dem Protokoll zu entnehmen ist, verlas Rechtsanwalt Brunner seine Plädoyernotizen erst anlässlich seines ersten Parteivortrags (als Rechtsvertreter des Klägers) nach Aktenabschluss vollumfänglich. Fraglich ist, ob in diesem Zeitpunkt noch neue Tatsachen und Beweismittel uneingeschränkt vorgebracht werden durften, oder ob diese einer Prüfung nach Art. 229 Abs. 1 ZPO hätten unterzogen werden müssen.

2.3.2 Im referenzierten BGE 144 III 67 hielt das Bundesgericht fest, dass sich nach der Rechtsprechung jede Partei nur zweimal unbeschränkt äussern kann: Ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels; ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – wenn kein solcher durchgeführt wird – an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 2 ZPO) oder «zu Beginn der Hauptverhandlung» («à l'ouverture des débats principaux», «all'inizio del dibattimento»; Art. 229 Abs. 2 ZPO), d.h. vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO (BGE 144 III 67 E. 2.1). Dass «zu Beginn der Hauptverhandlung» vor den ersten Parteivorträgen meint, wurde danach in zahlreichen Urteilen wiederholt (namentlich BGE 144 III 519 E. 5.2.1; Urteile 4A_431/2020 vom 29. Dezember 2020 E. 6.1; 4A_194/2020 vom 29. Juli 2020 E. 5.3.1; 5A_641/2019 vom 30. Juni 2020; E. 5.4; 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.1.2.2; 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1; 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1; 4A_494/2017 vom 31. Januar 2018 E. 2.4.1). Eine vertiefte Auseinandersetzung mit Art. 229 Abs. 2 ZPO fand jedoch (noch) nicht statt.

2.3.2.1 Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur mehrheitlich kritisch aufgenommen.

2.3.2.1.1 So hält etwa LEUENBERGER BGE 144 III 67 für inkonsequent. Bei einer schriftlichen Replik oder Duplik würden die Noven auch nicht in einer Eingabe vor den Rechtsschriften, sondern im Rahmen der Rechtsschriften vorgetragen. «Zu Beginn der Hauptverhandlung» hätte, so LEUENBERGER, durchaus im Sinne von «in den ersten Parteivorträgen» ausgelegt werden können. Demgegenüber sei klar, dass Noven in den Entgegnungen (Art. 228 Abs. 2 ZPO) zu den ersten Parteivorträgen nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden könnten (LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 156/2020 S. 101; *ders.*, Note zum Urteil 4A_338/2017 vom 24. November 2017, SZPP 2018 S. 117; ebenso ERICH KAUFMANN, Noven in der Hauptverhandlung [Art. 229 ZPO] – Was heisst «zu Beginn der Hauptverhandlung»? in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2019, S. 83 f.).

2.3.2.1.2 Noch weiter gehen SOGO/BAECHLER, die den Entscheid als wenig überzeugend kritisieren. Ihnen zufolge ist die Wendung «zu Beginn der Hauptverhandlung» dahingehend auszulegen, als damit die Replik und die Duplik (wohl im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO) gemeint ist (SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020 Anm. 20).

2.3.2.1.3 TAPPY bemängelt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwar nicht explizit, stellt sich ihr aber insofern entgegen, als er – unter Verweis auf diese – eine andere Auffassung vertritt. Ihm zufolge ist Art. 229 Abs. 2 ZPO dahingehend zu verstehen, dass neue Tatsachen und Beweismittel noch «au début des premières plaidoiries» (DENIS TAPPY, in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 19 zu Art. 229 ZPO; *ders.*, a.a.O., N. 13 zu Art. 228 ZPO) ins Verfahren eingebracht werden könnten. Eine Begründung dafür findet sich in seinen Ausführungen indes nicht.

2.3.2.1.4 BOHNET kritisiert diese Rechtsprechung als zu formalistisch. Sie verkompliziere das Verfahren unnötig, müsse dieser zufolge doch zwischen jenen Vorbringen unterschieden werden, welche noch nicht ins Verfahren eingebracht worden seien und jenen, welche bereits darin Eingang gefunden hätten und deshalb im Rahmen der ersten Parteivorträge aufgegriffen werden dürften (FRANÇOIS BOHNET, Note zum Urteil 4A_338/2017 vom 24. November 2017, SZPP 2018 S. 117). An anderer Stelle bezeichnet BOHNET die Rechtsprechung ohne nähere Begründung als «streng» (*ders.*, Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire [arrêt 4A_557/2017], Newsletter bail.ch vom April 2018, <<https://bail.ch/bail/page/newsletter>> [besucht am 1. Mai 2021], S. 4) oder als im ordentlichen Verfahren fraglich, im vereinfachten Verfahren sinnlos (*ders.*, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in: Le procès civil social, 2018, Rz. 37).

2.3.2.1.5 HEINZMANN seinerseits gibt zu bedenken, dass die ersten Parteivorträge den Parteien gerade die Möglichkeit geben sollten, sich zum Sachverhalt zu äussern. Daher sei es nicht nachvollziehbar, weshalb die Behauptungsphase vorgezogen werden solle. Diese Einschränkung beraube die ersten Parteivorträge zu einem grossen Teil ihrer Funktion, ohne dass prozessökonomische Gründe dies erforderten (MICHEL HEINZMANN, Newsletter ZPO Online vom 7. Februar 2018, Bemerkungen zum Urteil BGer 4A_338/2017, <<https://zpo-cpc.ch/newsletter>> [besucht am 30. April 2021]; *ders.*, Allégation et contestation – le ping-pong procédural, BR 2019 S. 141).

2.3.2.1.6 SOGO/NAEGELI kritisieren, BGE 144 III 67 rufe in formeller und inhaltlicher Hinsicht Fragen auf. Ohne dass es notwendig gewesen wäre, greife das Bundesgericht in einem obiter dictum eine Frage auf und beantworte sie ohne Begründung bewusst in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung. Die vorgegebene Lösung sei zudem wenig praktikabel. Sie schaffe eine erhebliche Fehlerquelle, da Gerichte wie Parteien die gesetzlich nicht vorgesehenen Tatsachenvorträge leicht übersehen könnten (zum Ganzen SOGO/NAEGELI, in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N. 17a zu Art. 229 ZPO).

2.3.2.1.7 BRUGGER demgegenüber begrüsst diese Rechtsprechung. Er interpretiert BGE 144 III 67 dahingehend, dass neue Tatsachen und Beweismittel in einer separaten, den ersten Parteivorträgen zeitlich vorangehenden, Äusserung vorzubringen seien, die er als «Tatsachenvortrag» bezeichnet. Darin seien ausschliesslich neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen, während sämtliche weiteren Ausführungen, die über neue Tatsachen und Beweismittel hinausgehen, für den anschliessenden ersten Parteivortrag aufzusparen seien. Plädiere eine Partei in ihrem Tatsachen-

vortrag, habe sie das Gericht auf die ersten Parteivorträge zu verweisen. Nach dieser zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit im Tatsachenvortrag trete der Aktenschluss ein (zum Ganzen DANIEL BRUGGER, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung [Art. 229 Abs. 2 ZPO], ZZZ 45/2020 S. 26). Diese strikte Trennung von Tatsachenvortrag und den ersten Parteivorträgen trage der Mündlichkeit des Verfahrens Rechnung. So könnten sich die Parteien im Tatsachenvortrag vorab darauf konzentrieren, neue Behauptungen vorzubringen, neue Beweismittel einzureichen oder zu beantragen und die Behauptungen des Prozessgegners zu bestreiten. Im ersten Parteivortrag bräuchten sie sich um das Behaupten und Bestreiten nicht mehr zu sorgen, sondern könnten sich darauf fokussieren, ihren Antrag zu begründen und das Gericht von ihrem Standpunkt zu überzeugen (BRUGGER, a.a.O., S. 27). Weiter verbessere ein solches Vorgehen die Waffengleichheit, da ansonsten der Beklagte auf den mündlichen Vortrag des Klägers, den dieser anhand der schriftlichen Klageantwort vorbereiten konnte, umgehend (oder allenfalls nach einer kurzen Pause) antworten müsse. Diese Ungleichheit würde durch den Tatsachenvortrag gemildert, da in diesem die einzelnen neuen Tatsachen und Beweismittel des Klägers klar ausgewiesen würden, was dem Beklagten eine adäquate Antwort darauf erleichtere (BRUGGER, a.a.O., S. 27). Jenen Stimmen, die sich gegen einen separaten Tatsachenvortrag aussprechen, da ein solcher das Verfahren unnötig verkompliziere, hält BRUGGER entgegen, dadurch könne zwar die Vorbereitung der Hauptverhandlung aufwendiger werden, jedoch werde die Hauptverhandlung sowohl für die Parteien (zunächst Fokussierung auf Behaupten, anschliessend auf Begründen) als auch für das Gericht (Protokollierung) vereinfacht (BRUGGER, a.a.O., S. 27 f.). Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass Doppelspurigkeiten zwischen Tatsachenvortrag und Parteivortrag auftreten würden, doch könnten diese auf ein Mindestmass verringert werden, wenn das Gericht nur dann zur Hauptverhandlung mit der Möglichkeit für neue Sachvorbringen vorlade, wenn an der Hauptverhandlung nicht viele neue Tatsachen und Beweismittel zu erwarten seien (BRUGGER, a.a.O., S. 28).

2.3.2.1.8 Weitere Autoren schliessen sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an, ohne diese zu kommentieren (so etwa BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, Kap. 5 Rz. 42; STAEHELIN/STAEHELIN/BACHOFNER, in: Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 10 Rz. 40b und § 21 Rz. 9a).

2.3.2.2 Bereits vor dem Entscheid 144 III 67 war in der Literatur umstritten, wie der Ausdruck «zu Beginn der Hauptverhandlung» zu verstehen ist.

Nach der restriktivsten Auffassung sollten neue Tatsachen und Beweismittel vor den ersten Parteivorträgen eingebracht werden müssen (so FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, Rz. 1331; dies., Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, Rz. 1196; DOMINIK MILANI, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, Jusletter vom 16. Mai 2011, Rz. 61).

Den Gegenpol dazu bildeten jene Autoren, die neue Tatsachen und Beweismittel noch in der Replik und der Duplik nach Art. 228 Abs. 2 ZPO zulassen wollten (namentlich LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Bd. I, 2012, N. 19 zu Art. 229 ZPO;

DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 8 und N. 38 zu Art. 229 ZPO).

Eine vermittelnde Position nahmen jene Stimmen ein, welche dafür plädierten, neue Tatsachen und Beweismittel immerhin dann noch unbeschränkt zu berücksichtigen, wenn sie in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 Abs. 1 ZPO vorgebracht wurden, wobei einige Autoren verlangten, dass diese neuen Tatsachen zu Beginn des ersten Parteivortrags eingebracht werden mussten (HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. Aufl. 2015, S. 212; RAFAEL KLINGER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, Rz. 421), während andere keine derartige Beschränkung äusserten (so THOMAS ENGLER, in: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 3a zu Art. 229 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 229 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 11.109; SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz. 214 ff.; ERIC PAHUD, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 21 zu Art. 229 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 10 Rz. 40b; ebenfalls in den ersten Parteivorträgen, jedoch unklar, ob damit auch die Replik und die Duplik i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO gemeint sind: GASSER/RICKLI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar, N. 7 zu Art. 229 ZPO; NAEGELI/MAYHALL, in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 229 ZPO; MICHAEL WIDMER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Stämpfli Handkommentar, 2010, N. 3 zu Art. 229 ZPO).

2.3.3 Nachfolgend gilt es zu erörtern, wie die Wendung «zu Beginn der Hauptverhandlung» zu verstehen ist.

(...)

Im Ergebnis spricht das sprachlich-grammatikalische Element dafür, dass «zu Beginn der Hauptverhandlung» einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO meint

(...)

Im Ergebnis kann aus dem historischen Element geschlossen werden, dass neue Tatsachen und Beweismittel jedenfalls in der Replik und der Duplik im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden dürfen. Die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte spricht eher dafür, dass die Novenschranke bereits vor den ersten Parteivorträgen fällt.

2.3.3.5 Die Bestimmung von Art. 229 Abs. 2 ZPO will sicherstellen, dass sich die Parteien zwei Mal unbeschränkt äussern können. Dieses Ziel wird ungeachtet dessen erreicht, ob diese Äusserung in den ersten Parteivorträgen oder (separat) davor geschieht. Wie zur Entstehungsgeschichte der Norm angeführt (E. 2.3.3.3 hiervor), beabsichtigte der Gesetzgeber, durch Art. 229 Abs. 2 ZPO einen Kompromiss zu finden zwischen dem Interesse an Verfahrensbeschleunigung (und damit verbundener Reduktion der Kosten) einerseits und dem Interesse an möglichst uneingeschränkter Wahrheitsfindung andererseits. Auch diesen beiden Interessen werden die in der Literatur propagierten Zeitpunkte für den Eintritt der Novenschranke gerecht, da

alle in der Hauptverhandlung liegen (und nicht etwa vor dieser) und das Verfahren allesamt gleichsam verzögern. Dass der Bestimmung weitere Zwecke zukommen sollten, wie sie bisweilen in der Literatur diskutiert werden (so z.B. Vereinfachung der Hauptverhandlung oder Verbesserung der Waffengleichheit), ist den Materialien nicht zu entnehmen.

Mithin kann dem Zweck der Bestimmung nicht entnommen werden, ob mit der Wendung «zu Beginn der Hauptverhandlung» ein Moment vor den ersten Parteivorträgen gemeint ist, oder ob damit die jeweils erste Äusserung im Rahmen der ersten Parteivorträge gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO angesprochen wird oder gar die Entgegnungen nach Art. 228 Abs. 2 ZPO mitgemeint sind.

2.3.3.6 Während aus dem systematischen und dem teleologischen Element keine Erkenntnisse betreffend das Verständnis von Art. 229 Abs. 2 ZPO gewonnen werden können, spricht das sprachlich-grammatikalische Element dafür, dass «zu Beginn der Hauptverhandlung» einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO meint. In dieselbe Richtung deutet das historische Auslegungselement. In einer Gesamtwürdigung ist mithin festzustellen, dass neue Tatsachen (wozu auch Bestreitungen zählen; Urteil 4A_498/2019 vom 3. Februar 2020 E. 1.5) und Beweismittel gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO vor den ersten Parteivorträgen ins Verfahren eingebracht werden müssen. Diese (unbeschränkte) Äusserung zu Beginn der Hauptverhandlung ist demnach zu unterscheiden von den in Art. 228 ZPO erwähnten ersten Parteivorträgen.

Jenen Autoren, die ein derartiges Vorgehen mangels Praktikabilität als Verkomplizierung des Verfahrens ablehnen, ist zwar dahingehend beizustimmen, dass eine solche Auftrennung bei den Parteien zu einem höheren Aufwand in der Vorbereitung der Verhandlung führt und der Zeitbedarf der Hauptverhandlung (marginal) steigen dürfte, doch werden diese Nachteile dadurch aufgewogen, dass die neuen Vorbringen für die Gegenpartei und für das Gericht so klar zu fassen sind, was sowohl das Gericht entlastet als auch der Waffengleichheit dient.

2.3.4 Vorliegend wurde weder ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt noch fand eine Instruktionsverhandlung statt, weshalb es den Parteien offenstand, zu Beginn der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Wie vorstehend dargelegt, kann dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entnommen werden, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners nach Eröffnung der Verhandlung versuchte, seine Plädoyernotizen vorzulesen, wobei er mehrmals vom Rechtsvertreter der Gegenseite mit Verweis auf den fehlenden Charakter seiner Äusserungen als «Tatsachenvortrag» daran gehindert wurde. Dieser Intervention stimmte die erstinstanzliche Verfahrensleitung bei, hielt sie doch im Protokoll unter dem Titel «Tatsachenvortrag» lediglich eine Tatsachenbehauptung des Beschwerdegegners fest. Da der Beschwerdegegner darin die Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Klageantwort nicht (substanziell) bestritt (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6), hätten diese als zugestanden zu gelten, soweit seine anschliessend in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO vorgebrachten Bestreitungen nicht als echte oder unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen wären.

2.3.5 Fraglich ist, ob der Beschwerdegegner durch das Verhalten des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin und dessen Billigung durch die Erstinstanz, des Rechts beraubt wurde, rechtzeitig neue Tatsachen und Beweismittel einzubringen und insbesondere die Behauptungen der Beschwerdeführerin im Schriftenwechsel zu bestreiten.

2.3.5.1 Die Vorinstanz erwog im Sinne einer Eventualbegründung, die Beschwerdeführerin und die Erstinstanz hätten den Beschwerdegegner nicht in einen Tatsachenvortrag drängen dürfen, der keine Stellungnahme zur Klageantwort erlaube.

2.3.5.2 Nachdem der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nach den Ausführungen der Vorsitzenden zum Ablauf der Verhandlung beantragte, «dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst die Tatsachenvorträge gehalten würden», erklärte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, «dass er keine Tatsachen, sondern zu den Punkten der Gegenseite etwas vorzutragen habe». Da der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin darauf beharrte, «dass die Parteien zunächst die neue[n] Tatsachen und Beweismittel zu bezeichnen hätten und erst danach plädiert werde», erklärte er, dass er «sich diesfalls einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien, beschränke». Offenbar aus diesem Grund verzichtete er (einstweilen) darauf, die erste Seite seiner Plädoyernotizen, auf der unter anderem die Anträge niedergeschrieben waren, vorzulesen. Stattdessen begann er seinen Vortrag auf der zweiten Seite. Auf dieser werden nach Einleitung mit «Fakt ist, dass:» vier Behauptungen aufgestellt. Danach folgen unter Angabe der jeweiligen Randziffer in der Klageantwort Bemerkungen zur Klageantwort der Beschwerdeführerin («Zu den einzelnen Punkten in der Klageantwort:»), in welchen der Beschwerdegegner den in der Klageantwort aufgestellten Behauptungen seine Auffassung gegenüberstellt und damit jene der Beschwerdeführerin (partiell) bestreitet. Es handelt sich sowohl bei den vorerwähnten vier Behauptungen als auch bei den Bemerkungen zur Klageantwort um neue Tatsachen. Erstere wurden teilweise mit neuen Beweismitteln ergänzt. Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin handelt es sich hierbei nicht um ein Plädoyer, das im Rahmen der ersten Parteivorträge zu halten gewesen wäre. Vielmehr sind diese Ausführungen sowohl in Bezug auf deren Inhalt als auch deren Form so gehalten, wie sie – im Falle eines zweiten Schriftenwechsels – in einer schriftlichen Replik anzutreffen gewesen wären, wo Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei anerkannt oder bestritten werden.

In Anbetracht dessen, versties der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gegen Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), wenn er den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, obgleich dieser Tatsachen vortragen wollte, beim Verlesen unterbrach und darauf beharrte, dass er die neuen Tatsachen und Beweismittel Punkt für Punkt vorbringen müsse und damit bewirkte, dass dieser seine Notizen vor den ersten Parteivorträgen nicht vollständig verlesen konnte. Hätte dieser seine Notizen ungehindert verlesen können, wären die neuen Tatsachen und Beweismittel «zu Beginn der Hauptverhandlung» im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO in den Prozess eingeführt worden und hätten ohne Rücksicht auf Art. 229 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden müssen. Indem die Erstinstanz die (unberechtigten) Interventionen des Rechtsvertreters des Be-

schwerdegegners schützte, obschon sie das (Prozess-) Recht von Amtes wegen anzuwenden gehabt hätte (Art. 57 ZPO) und dessen Einhaltung im Rahmen ihrer Aufgabe, den Prozess zu leiten (Art. 124 Abs. 1 Satz 1 ZPO), hätte sicherstellen müssen, wurde der Beschwerdegegner seines Rechts beraubt, zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Dieses Vorgehen stellt ebenfalls eine Verletzung von Art. 52 ZPO dar. Da dem Beschwerdegegner aus diesem treuwidrigen Verhalten kein Nachteil erwachsen darf, sind die im Rahmen der ersten Äusserung in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO vorgebrachten neuen Tatsachen uneingeschränkt, d.h. ohne Rücksicht auf die Novenschanke von Art. 229 Abs. 1 ZPO, zu berücksichtigen, wie es die Vorinstanz (im Ergebnis) zutreffend tat. Soweit die Beschwerdeführerin an diversen Stellen ihrer Beschwerdeschrift moniert, die Vorinstanz hätte die Ausführungen des Beschwerdegegners in seiner Replik nicht berücksichtigen dürfen und ihre, jene der Beschwerdeführerin, dem Urteil als unbestritten zugrundelegen müssen, ist ihr demnach nicht zu folgen.

NOTE

François Böhnet

Zulässigkeit von neuen Tatsachen und Beweismitteln zu Beginn der Hauptverhandlung: Die Schlinge zieht sich zu. Besprechung des Bundesgerichtsentscheids 4A_50/2021*

Der zur Veröffentlichung bestimmte Entscheid 4A_50/2021 vom 6. September 2021 befasst sich mit der Frage, wie der in Art. 229 Abs. 2 ZPO verwendete Ausdruck «zu Beginn der Hauptverhandlung» zu verstehen ist. Dieser Absatz behandelt das Einbringen neuer Tatsachen und Beweismittel im ordentlichen Verfahren, wenn kein zweiter Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung durchgeführt wurde.

BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 hatte den Grundsatz aufgestellt, dass die Parteien im ordentlichen Verfahren zwei Möglichkeiten haben, uneingeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Er wies darauf hin, dass diese beiden Möglichkeiten entweder in Form eines doppelten Schriftenwechsels, eines Schriftenwechsels mit mündlicher Replik/Duplik im Rahmen einer Instruktionsverhandlung oder schliesslich – unter Berufung auf LEUENBERGER, TAPPY UND NAEGELI/MAYHALL – eines Schriftenwechsels mit anschliessenden ersten Wortmeldungen im Rahmen der ersten Parteivorträge an der Hauptverhandlung gegeben sind. Dreieinhalb Jahre später sorgte BGE 144 III 67 E. 2.1 in der Lehre für einiges Aufsehen, da er zwar die Grundsätze des älteren Leitentscheids übernahm, die dritte Konstellation (einfacher Schriftenwechsel mit unmittelbar anschliessender Hauptverhandlung) aber als unpräzise bezeichnete und neu formulierte. In einem *obiter dictum* – und ohne irgendwelche Belege anzuführen – hielt das Bundesgericht fest, die zweite Gelegenheit, uneingeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, müsse in diesem Fall vor den ersten Parteivorträgen in der Hauptverhandlung erfolgen. Zwei Monate später übernahm es die neue Formulierung im Entscheid 4A_494/2017 vom 31. Januar 2018, E. 2.4.1, SZP 2018 193. Dabei nahm es nicht einmal mehr Bezug auf BGE 140 III 312, ebenso wenig wie in BGE 144 III 519

* Ich danke Herrn Xavier Fitz, MLaw, für die Übersetzung und Herrn Prof. Lorenz Droese für das Korrekturlesen.

E. 5.2.1 vom 8. Oktober 2018. Später, im Juni 2019, wurde im Entscheid 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019, E. 4.2.1, SZP 2019 387, diese Wendung wieder aufgenommen, wobei diesmal auf einen Autor, nämlich auf einen 2019 erschienenen Artikel von Bundesgerichtsschreiber DANIEL BRUGGER, verwiesen wurde.¹

Der Entscheid 4A_50/2021 vom 6. September 2021 nimmt den Faden wieder auf und geht dafür von der in BGE 144 III 67 aufgestellten Behauptung aus, neue Tatsachen und Beweismittel müssten vor den ersten Parteivorträgen vorgebracht werden. Der Ansatz von BGE 140 III 312 wird in diesem Entscheid nicht einmal mehr erwähnt – dabei war er durchaus sinnvoll. Das *Schlüsselement*, das vom Bundesgericht in BGE 144 III 67 herausgearbeitet wurde, ist das der doppelten Äusserungsmöglichkeit. Dieses geht aus den parlamentarischen Beratungen klar hervor. Während der bundesrätliche Entwurf den Parteien erlaubte, bis zum Ende der ersten Parteivorträge Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, gibt der verabschiedete Text den Parteien zwei Möglichkeiten, sich zu äussern. Er widerspiegelt einen Kompromiss zwischen den eidgenössischen Räten: Der Ständerat wollte nämlich jegliche Tatsachen und neue Beweismittel, abgesehen von echten und unechten Noven, in der Hauptverhandlung verbieten. LÜSCHER² stellte die Dinge vor dem Nationalrat denn auch so dar: «Dieser Kompromiss der Kommissionsmehrheit ermöglicht also durch drei von mir vorgestellte Ausnahmen, dass die Partei oder der Anwalt, welcher – aus welchen Gründen auch immer – Tatsachen vergessen hat, diese vor Beginn der Hauptverhandlung vorbringen kann. Es gibt also immer mindestens eine zweite Chance, und somit wird dem Zivilprozessrecht Genüge getan» (Übersetzung durch den Verfasser). Die dritte Ausnahme war eben die Möglichkeit, zu Beginn der Hauptverhandlung uneingeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, weil man keine Gelegenheit hatte, dies im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder einer Instruktionsverhandlung zu tun. Mit anderen Worten: *Der Kompromiss zielte auf die Garantie ab, auf jeden Fall ein zweites Mal Tatsachen und Beweismittel vorbringen zu können.*

Der durch diesen Kompromiss ausgeräumte Unterschied zwischen der bundesrätlichen und der ständerätlichen Version bestand im Wesentlichen darin, dass der bundesrätliche Entwurf die Möglichkeit vorsah, bis zum Ende der ersten Parteivorträge (unabhängig davon, ob es einen zweiten Schriftenwechsel oder eine Instruktionsverhandlung gab) uneingeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, während in der Version des Ständerats der Abschluss der Behauptungsphase in jedem Fall vor der Hauptverhandlung erfolgen musste. Der Kompromiss bestand also darin, dass eine zweite Äusserungsmöglichkeit garantiert wurde, indem die Möglichkeit eines Tatsachenvortrags zu Beginn der Hauptverhandlung gewährt wurde, falls kein zweiter Schriftenwechsel und auch keine Instruktionsverhandlung stattgefunden hatte. Es ist daher abwegig, mit dem Bundesgericht im Entscheid 4A_50/2021 E. 2.3.3.3 festzuhalten, dass es keinen Kompromiss mehr gegeben hätte, wenn der neue Text so zu verstehen wäre, dass bis zum Ende der ersten Parteivorträge uneingeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden können. Der Entwurf des Bundesrates erlaubte dies vielmehr in jedem Fall (d.h. auch dann, wenn die Parteien bereits vor

¹ BRUGGER DANIEL, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung, ZZZ 2019 22.

² LÜSCHER, AB NR 2008 1630.

der Hauptverhandlung von ihren beiden Äusserungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht hatten), während der verabschiedete Text (Art. 229 Abs. 2 ZPO) einen solchen uneingeschränkten Tatsachen- und Beweismittelvortrag nur dann zulässt, wenn zuvor kein doppelter Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung (mit mündlicher Replik/Duplik) stattgefunden hat. Die Behauptung, die in der Lehre vertretene Ansicht stehe im Widerspruch zur historischen Auslegung, ist folglich unzutreffend.

Was die Wortmeldung von LÜSCHER angeht, auf die sich das Bundesgericht zur Begründung seiner Lesart des Kompromisses beruft, so kann sie unseres Erachtens nicht als Grundlage für eine historische Interpretation dienen, da es sich dabei in Wirklichkeit um einen Lapsus³ handelt. HOFMANN/LÜSCHER⁴ halten in ihrem Werk im Übrigen fest, dass der Kompromiss, auf den sich der Nationalrat einigte, eine uneingeschränkte Vorbringensmöglichkeit zu Beginn der ersten Parteivorträge betraf, falls es keinen doppelten Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung gegeben hatte.

Damit erscheint uns der vom Bundesgericht verfolgte Ansatz nicht haltbar.

Überdies und entgegen dessen Behauptung (Erw. 2.3.3.4) zeigt die *systematische Auslegung* des Textes, dass im Entwurf des Bundesrates die ersten Parteivorträge als erste Handlung der Hauptverhandlung aufgefasst werden, da der ihnen entsprechende Art. 224 E-ZPO der erste des Kapitels ist, das der Hauptverhandlung gewidmet ist. Diese Struktur findet sich auch im verabschiedeten Text (Art. 228 ZPO) wieder. Während Art. 225 Abs. 1 E-ZPO das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel bis zum Ende der ersten Parteivorträge erlaubte, übernimmt Art. 229 ZPO diesen Grundsatz nicht, da er mit den restriktiven Annahmen der echten und unechten Noven beginnt (Abs. 1), um dann die Ausnahme eines uneingeschränkten Vortrags zu Beginn der Hauptverhandlung nur dann zuzulassen, wenn kein zweiter Schriftenwechsel oder keine Beweisaufnahme stattgefunden hat (Abs. 2). Die Struktur verrät somit, dass die Parlamentarier nicht die Schaffung einer neuen, die ersten Parteivorträge vorangehenden Phase in der Hauptverhandlung im Sinn hatten, ansonsten sie eine Phase vor den ersten Parteivorträgen in einem Artikel vor Art. 228 ZPO vorgesehen hätten. Ihre Absicht bestand lediglich darin, die Konstellationen zu begrenzen, in denen eine uneingeschränkte Vorbringensmöglichkeit in der ersten Phase der Hauptverhandlung besteht (und somit ein solches Vorbringen in dieser Phase zu verhindern, wenn bereits zwei uneingeschränkte Äusserungsmöglichkeiten geboten wurden). Das Bundesgericht hatte übrigens selbst Gelegenheit gehabt, festzustellen, dass die Hauptverhandlung in drei Phasen gegliedert ist: «Daraus lässt sich ableiten, dass die Beratungen nach Abschluss der Hauptverhandlung beginnen (Überschrift von Kapitel 3), die die folgenden verschiedenen

³ LÜSCHER, AB NR 2008 1630. Im Übrigen handelt es sich hierbei nicht um die einzige Verwechslung: In seiner Stellungnahme zum selben Thema stellte AESCHBACHER den Vorschlag des Bundesrates als weiter gefasst dar als den des Ständerates (AB NR 2008 1629). Und selbst LÜSCHER formulierte in seiner ersten Stellungnahme die Dinge falsch: «Der Ständerat hat die Schraube angezogen, er war viel strenger, in dem Sinne, dass er, als er in einem ersten Schritt über den Entwurf abstimmt und in einem zweiten Schritt wieder darauf zurückkam, davon ausging, dass neue Tatsachen nur bis zum Ende der ersten Parteivorträge, d.h. beim ersten Schriftenwechsel, behauptet werden können» (Übersetzung durch den Verfasser).

⁴ Le Code de procédure civile, 2. Ausg. 2015, S. 212

Phasen umfasst: die ersten Plädoyers (Art. 228 ZPO), die Beweisabnahme (Art. 231 ZPO) – sofern die Beweise nicht schon vollständig im Rahmen einer Beweisaufnahme abgenommen wurden, die das Gericht nach Art. 226 ZPO bereits hätte anordnen können – und die Schlussvorträge (Art. 232 ZPO)» (BGE 138 III 788 E. 4.2, Übersetzung durch den Verfasser).

So erscheint es uns müssig, unter dem Gesichtspunkt der *wörtlichen Auslegung* byzantinische Unterscheidungen zwischen «nicht abgeschlossenem Eröffnungsprozess» und einer «Phase nach der Eröffnung» vorzunehmen, um zwischen dem Beginn der Hauptverhandlung und den ersten Parteivorträgen zu unterscheiden (E. 2.3.3.2). Zweifellos hat sich bei der Verabschiedung des Textes niemand für eine solche Differenzierung interessiert, da ein solcher Ansatz unseres Wissens in keinem der damals geltenden kantonalen Prozessordnungen zu finden ist.

Freilich könnte man uns entgegenhalten, dass der verabschiedete Text an Klarheit gewonnen hätte, wenn Art. 229 Abs. 2 ZPO den Wortlaut von Art. 225 Abs. 1 E-ZPO übernommen und die Möglichkeit, bis zum Ende der ersten Plädoyers frei neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, auf jene Fälle beschränkt hätte, in denen kein zweiter Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung mit mündlicher Replik/Duplik stattgefunden hat. Hier könnte man sich der in BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 geäusserten Meinung anschliessen, wonach die ZPO die zweite Möglichkeit zu uneingeschränktem Vortrag nur bei den ersten Wortmeldungen im Rahmen der ersten Parteivorträge (und nicht mehr in der Replik und Duplik i.S.v. Art. 228 Abs. 2 ZPO) einräumt. In jedem Fall kann der wörtlichen Auslegung des Textes angesichts seiner mangelnden Deutlichkeit kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden.

Bleibt noch die *teleologische Auslegung*, welche die Gunst einer klaren Mehrheit der Lehre genießt. Da der Zweck von Art. 229 Abs. 2 ZPO darin besteht, auch dann eine zweite Möglichkeit zu uneingeschränktem Vorbringen von Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln sicherzustellen, wenn kein zweiter Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung (mit Replik/Duplik) stattgefunden hat, muss diese Bestimmung so ausgelegt werden, dass sie dieses Ziel auch erreicht. Wenn die Rechtsprechung jedoch an Vorbringen zu Beginn der Hauptverhandlung überspitzte Anforderungen stellt, wird die Norm aus fragwürdigen Gründen der Waffengleichheit und der Verfahrensordnung ihrem Zweck entfremdet. Dass die bundesgerichtliche Lösung im erstinstanzlichen Verfahren kaum praktikabel ist, zeigt bereits der Schlagabtausch, den sich die Parteien im vorliegenden Fall über die richtige Interpretation der «neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung» (E. 2.1–2.3.1) geliefert haben.

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,⁵ kann sich die Unterscheidung zwischen neuen Tatsachen im eigentlichen Sinne und blossen Erinnerungen an bereits vorgetragene Tatsachen oder deren Detaillierung in Erwiderung auf Stellungnahmen der Gegenpartei mitunter als komplex erweisen. Wie LEUENBERGER (in Erw. 2.3.2.1.1. des besprochenen Entscheids zitiert) feststellt, unterscheiden die Parteien im Falle eines zweiten Schriftwechsels in ihrer Replik und Duplik nicht zwischen tatsächlich neuen und bereits bekannten Tatsachen. Daraus ergeben sich jedoch keine praktischen Schwierigkeiten. Stattdessen ist es

⁵ FRANÇOIS BOHNET, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile: principes et modalités, in: BOHNET/DUPONT, Dix ans de procédure civile suisse, Basel/Neuenburg 2020, S. 31 ff, N 72 ff, 75.

die umgekehrte Lösung, die die Verhandlung erschwert. Wenn in den ersten Parteivorträgen nichts «Neues» in Bezug auf Tatsachen und Beweise vorgebracht werden kann, beschränkt sich die Rolle der ersten Parteivorträge in der Praxis auf eine Wiederholung des bereits Gesagten und auf mögliche rechtliche Ausführungen. Vor vielen Gerichten stellt man jedoch fest, dass diese ersten Parteivorträge wenig Bedeutung haben, wenn es bereits einen zweiten Schriftenwechsel oder eine zweite Äusserungsmöglichkeit im Rahmen einer Instruktionsverhandlung gegeben hat. Nach dem Ansatz der überwiegenden Lehre spielen sie daher vorwiegend dann eine Rolle, wenn es gerade keinen zweiten Schriftenwechsel oder keine Instruktionsverhandlung gegeben hat.

Hat kein doppelter Schriftenwechsel und auch keine Instruktionsverhandlung stattgefunden, anlässlich derer neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden konnten, sollten die Gerichte angesichts der nunmehr deutlich bekräftigten Rechtsprechung und um weitere Schwierigkeiten zu vermeiden, zu Beginn der Hauptverhandlung und bevor sie den Parteien das Wort für ihre ersten Plädoyers erteilen, diese fragen, ob sie weitere Tatsachen und Beweismittel hinzufügen möchten. Die Parteien sollten sich auch möglichst flexibel mündlich äussern können, ohne dass ihnen gewisse Ausführungen mit der Begründung verweigert wird, es handle sich nur um die Wiederholung früherer Behauptungen. Bei dieser Gelegenheit sollte der Kläger auch zu neuen Tatsachen Stellung nehmen, die in der Klageantwort vorgebracht wurden, d.h. zu Behauptungen, die keine blosser Erwiderung auf die Behauptungen in der Klage darstellen.

Es fällt schwer, an dieser Stelle nicht die Botschaft zum Entwurf der Neuenburger ZPO zu zitieren, welche die Kantonsregierung dem Parlament am 15. November 1875 übermittelt hat. Der Gesetzesentwurf sollte das damals noch geltende, gewohnheitsrechtlich geprägte Verfahrensrecht ablösen. Dieses verlangte, dass die Parteien einerseits jene Tatsachen vortragen sollten, die ausschliesslich Bestreitungen der von der klagenden Partei vorgebrachten Behauptungen enthielten (sog. «*négative*»), und andererseits, in einem separaten Vortrag, nurmehr solche Tatsachen, die sich auf eigenständige Einwendungen der beklagten Partei beziehen und in der heutigen Begrifflichkeit somit als «neue Tatsachen» anzusprechen wären («*fins de non-recevoir*»). Die Kantonsregierung wies darauf hin, dass sich diese Unterscheidung als nicht praktikabel erwiesen und das erstinstanzliche Verfahren nur erschwert hatte: *«Hier ergibt sich häufig eine erheblich Störung des Verfahrensgangs. Die möglichen Einwendungen der Beklagten sind ein weites Feld. Wo endet es? Und wo beginnt die Bestreitung der vom Kläger erhobenen Behauptungen? Das ist Gegenstand endloser Auseinandersetzungen zwischen gewieften Praktikern und den Gerichten. In seiner Auseinandersetzungen mit den Bestreitungen des Beklagten kommt der Kläger recht häufig zum Schluss, dass diese Tatsachendarstellung oder jene in einer Bestreitung enthaltene Tatsache, dieses Beweismittel oder jenes, doch eigentlich eine eigenständige Einwendung des Beklagten sei, jeweils mit der Folge, dass die Parteienrollen diesbezüglich anders zu verteilen gewesen wären und er als Kläger das letzte Wort haben sollte»*.⁶

⁶ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet de code de procédure civile du 15 novembre 1875, in: Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel, les trois premiers titres avec rapports et procès-verbaux, La Chaux-de-Fonds 1879, S. 150