

Nicolas Facincani / Reto Sutter / Seline Wissler

Bundesgericht definiert den «Beginn der Hauptverhandlung»

Die Novenschranke von Art. 229 Abs. 2 ZPO fällt vor den ersten Parteivorträgen

Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt neue Tatsachen und Beweismittel gültig in ein Zivilverfahren eingebracht werden können, ist von grosser prozessualer Bedeutung. Dieser Beitrag setzt sich mit dem Bundesgerichtsentscheid 4A_50/2021 vom 6. September 2021 auseinander, welcher den «Beginn der Hauptverhandlung» gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO erstmals begründet definiert und damit den genauen Zeitpunkt der Novenschranke festlegt.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Nicolas Facincani / Reto Sutter / Seline Wissler, Bundesgericht definiert den «Beginn der Hauptverhandlung», in: Jusletter 10. Januar 2022

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Urteil des Bundesgerichts vom 6. September 2021
3. Grundlagen des Novenrechts
 - 3.1. Noven
 - 3.2. Zweimaliges unbeschränktes Äusserungsrecht gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO
4. Novenschranke gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO
 - 4.1. Folgen des Eintritts
 - 4.2. Lehre – Divergierende Auffassungen bezüglich des «Beginns der Hauptverhandlung»
 - 4.2.1. Vorbringen der Noven in jeweils ersten Parteivorträgen möglich
 - 4.2.2. Aktenschluss nach Replik bzw. Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO
 - 4.2.3. Aktenschluss vor den ersten Parteivorträgen
 - 4.3. Obiter dictum des Bundesgerichts im Urteil BGE 144 III 67
 - 4.3.1. Kritik der Lehre am Bundesgericht
 - 4.3.2. Arbeitsgericht Zürich: Noven in der Hauptverhandlung
5. Präzisierung der Rechtsprechung im Bundesgerichtsentscheid 4A_50/2021 vom 6. September 2021
 - 5.1. Auslegung von Art. 229 Abs. 2 ZPO
 - 5.1.1. Wortlaut
 - 5.1.2. Entstehungsgeschichte
 - 5.1.3. Systematik
 - 5.1.4. Zweck der Bestimmung
 - 5.2. Gesamtwürdigung spricht für Novenschranke vor Parteivorträgen
6. Kritik
 - 6.1. Verkomplizierung des Verfahrens insbesondere für Laien
 - 6.2. Dient weder Waffengleichheit noch Entlastung der Gerichte
 - 6.3. Ungleiche Anwendung der Rechtsprechung je nach Art und Ablauf des Verfahrens
 - 6.3.1. Differenzierung zwischen mündlicher Hauptverhandlung und Schriftenwechsel
 - 6.3.2. Differenzierung zwischen vereinfachtem und ordentlichem Verfahren
 - 6.3.2.1. Faktisch keine Novenschranke bei Hauptverhandlung vor Arbeitsgerichten im vereinfachten Verfahren
 - 6.3.2.2. «Schriftliche Stellungnahme» gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO
7. Umsetzung in der Praxis
8. Fazit

1. Einleitung

[1] Die Eventualmaxime (Konzentrationsgrundsatz) sieht vor, dass die Parteien sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal vorbringen sollen, und dies auch für den Fall, dass sie mit ihrem Hauptbegehren nicht durchdringen.¹ Die Regelung ist im Hinblick auf eine zeitliche Beschränkung des Verfahrens unentbehrlich.² Durch eine späte Geltendmachung neuer Vorbringen wird nicht nur die Stellung der Gegenpartei, sondern auch eine zügige Verfahrensdurchführung durch das Gericht (Art. 124 Abs. 1 ZPO) erschwert. Dennoch müssen neue Tatsachen und

¹ Art. 19 Abs. 1 BZP; DANIEL WILLISEGGER in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, N 3. Siehe allgemein zur Eventualmaxime auch MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 181 ff.

² WILLISEGGER (Fn. 1), Art. 229 N 3.

Beweismittel unter bestimmten Voraussetzungen im Laufe des Verfahrens berücksichtigt werden können, um dem Prinzip der Wahrheitsfindung zu entsprechen.³

[2] In diesem Spannungsfeld zwischen Verfahrensstrenge und dem Streben nach materieller Wahrheit befindet sich das Novenrecht als absolute Kernfrage des Prozessrechtes.⁴ Und mit ihm Art. 229 Abs. 2 ZPO, gemäss welchem neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden können, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat. Was aber unter «zu Beginn der Hauptverhandlung» verstanden werden kann, war lange Zeit umstritten.⁵

2. Urteil des Bundesgerichts vom 6. September 2021

[3] In einem Entscheid vom 6. September 2021⁶ setzte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, bis zu welchem Zeitpunkt neue Tatsachen und Beweismittel im Rahmen von Art. 229 Abs. 2 ZPO unbeschränkt vorgebracht werden können. Dem Entscheid ging ein Diskurs zwischen den beiden Parteivertretern im Rahmen der Hauptverhandlung des, im ordentlichen Verfahren geführten und der Verhandlungsmaxime unterworfenen, Prozesses vor dem Arbeitsgericht Zürich voraus. Während der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners im Rahmen seiner mündlichen Replik versuchte, seine Plädoyernotizen zu verlesen, wurde er wiederholt vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin unterbrochen und aufgefordert, zuerst die Tatsachen vorzubringen. Dies führte in der Folge dazu, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners seine Notizen nicht vollständig vor den ersten Parteivorträgen verlesen konnte.⁷ Als das erstinstanzliche Gericht die vom Rechtsvertreter des Beschwerdegegners in seinem ersten Parteivortrag vorgebrachten (erstmaligen) Bestreitungen in seinem Entscheid berücksichtigte, beschränkte die Gegenpartei den Rechtsmittelweg mit der Begründung, der Entscheid würde sich auf Tatsachen stützen, welche unrechtmässig nach dem Falle der Novenschranke gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO in das Verfahren eingebracht worden seien.⁸

[4] Diese Ausgangslage bot dem Bundesgericht die Gelegenheit, sich vertieft mit der Formulierung «zu Beginn der Hauptverhandlung» auseinanderzusetzen.⁹ Dabei kam es zum Schluss, dass Noven gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO vor den ersten Parteivorträgen gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO in das Verfahren eingebracht werden müssen. Die (unbeschränkte) Äusserung zu Beginn der Hauptverhandlung ist dementsprechend von den Parteivorträgen gemäss Art. 228 ZPO zu unterscheiden.¹⁰ Demnach hielt das Bundesgericht die Rüge des Beschwerdeführers insofern als begründet, als dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners die Vorbringen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin erst in den Parteivorträgen und damit zu spät bestritt.¹¹ Neue Tatsachen und

³ Zum Ganzen CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2016, Art. 229 N 1.

⁴ BBl 2006 7221, S. 7340 f.

⁵ Vgl. nachfolgend Abschnitt 4.2.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.1, E. 2.3.4.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2 ff.

⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.6.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.4.

Beweismittel müssen damit vor den ersten Parteivorträgen ins Verfahren eingebracht werden, damit sie als rechtzeitig vorgebracht gelten. Die Beschwerde wurde vorliegend jedoch mit der Begründung abgewiesen, dass das Verhalten des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers gegen Treu und Glauben verstosse. Durch die Unterbrechungen und Aufforderung zum Verlesen eines Tatsachenvortrages sei der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners daran gehindert worden, die neuen Tatsachen und Bestreitungen rechtzeitig in das Verfahren einzubringen. Zudem handle es sich, entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, bei den vom Rechtsvertreter des Beschwerdegegners getätigten Ausführungen in Tat und Wahrheit um Noven, welche ohne die Intervention der Gegenpartei im Sinne des Bundesgerichts rechtzeitig «zu Beginn der Hauptverhandlung» vorgebracht worden wären.¹²

3. Grundlagen des Novenrechts

3.1. Noven

[5] Unter dem Begriff des Novums werden neue Tatsachenbehauptungen sowie neue Beweismittel verstanden. Dabei umfassen diese neuen Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 229 ZPO sämtliche Vorbringen tatsächlicher Natur, welche bislang nicht in den Prozess eingeführt worden sind. Durch Vergleich mit den bisherigen Vorbringen und unter Auslegung nach dem Vertrauensprinzip bestimmt sich, ob das Vorbringen als neu zu qualifizieren ist.¹³

[6] Rechtliche Ausführungen sind hingegen keine Noven. Diese können während des ganzen Verfahrens vorgebracht werden, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO). Ebenso wenig fallen prozessuale Vorbringen in den Anwendungsbereich von Art. 229 ZPO. Gerichtsnotorische als auch offenkundige Tatsachen sind keine Noven.¹⁴ Nicht in Art. 229 ZPO erwähnt sind (materielle) Einreden. Einreden bezwecken, dass die entsprechende Frage (z.B. Verjährung oder Verrechnung) überhaupt zum Gegenstand des Prozesses gemacht wird. Einreden als solche enthalten jedoch keine Tatsachenvorbringen, weshalb sie nicht als Novum i.S.v. Art. 229 ZPO gelten. Dahingegen fallen die einredebegründenden Tatsachen unter das zivilprozessuale Novenrecht.¹⁵

[7] Die Zivilprozessordnung unterscheidet in Art. 229 Abs. 1 ZPO, nach dem Zeitpunkt deren Entstehung, zwei verschiedenen Arten von Noven, welche aber im Rahmen der Hauptverhandlung noch vorgebracht werden können:¹⁶ die (i) echten und die (ii) unechten Noven. Gemäss dem Zivilprozessrecht liegen echte Noven vor, wenn diese erst nach Abschluss des Schriftenwechsels

¹² Gemäss Bundesgericht genügt es, wenn die Noven analog der Form einer schriftlichen Replik in das Verfahren vorgebracht werden: «[...] 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. [...]», Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.5.2.

¹³ ERIC PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 229 N 3 m.w.H.

¹⁴ Art. 151 ZPO; WILLISEGGER (Fn. 1), Art. 229 N 12.

¹⁵ Zum Ganzen PAHUD (Fn. 13), Art. 229 N 4 f.

¹⁶ Art. 229 Abs. 1 ZPO ist relevant, sofern eine Instruktionsverhandlung oder ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden hat. Zum Fall, dass weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat, ist Art. 229 Abs. 2 ZPO einschlägig.

oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Un-echte Noven, die im Rahmen der Hauptverhandlung noch vorgebracht werden können, liegen hingegen vor, wenn sie bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruk-tionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher noch vorge-bracht werden können (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.2. Zweimaliges unbeschränktes Äusserungsrecht gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO

[8] Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dies setzt voraus, dass von den Parteien substantiierte Tatsachenbehauptungen in das Verfahren eingebracht und ihrerseits von der Gegenseite substantiiert bestritten werden können.¹⁷ Dabei kommt den Parteien das Recht zu, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen.¹⁸ Dieser Grundsatz wurde vom Bundesgericht sowohl für das ordentliche Verfahren¹⁹ als auch in sinngemässer Geltung für das vereinfachte Verfahren anerkannt.²⁰

[9] Die erste Äusserungsrunde findet im ordentlichen Verfahren im Rahmen des ersten Schrif-tenwechsels oder, im Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens gemäss Art. 245 Abs. 1 ZPO, im Rahmen der ersten mündlichen Verhandlung statt.²¹ Die Möglichkeit zur zweiten un-beschränkten Äusserung (um Tatsachen zu behaupten und zu bestreiten sowie ihre Beweismittel einzureichen) kommt den Parteien im ordentlichen Verfahren schliesslich im Rahmen des zwei-ten Schriftenwechsels, der Instruktionsverhandlung oder, wenn keines von beiden durchgeführt worden ist, zu Beginn der Hauptverhandlung gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO zu.²² Nach diesem Zeit-punkt wird für die zulässige Einbringung von Noven ein strengerer Massstab angesetzt.²³ Unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO können sie nur noch beschränkt in das Verfahren eingebracht werden.

[10] Begründet wird das (nur) zweimalige unbeschränkte Äusserungsrecht vom Bundesgericht mit einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf.²⁴ Würde die Möglich-keit bestehen, an einer Instruktions- oder Hauptverhandlung, welche auf einen doppelten Schrif-tenwechsel folgt oder nach einem einfachen Schriftenwechsel mit durchgeführter Instruktions-verhandlung, unbeschränkt Tatsachen in das Verfahren einzubringen, so «*wäre die Eventualmaxi-*

¹⁷ BGE 144 III 67, E. 2.1 m.w.H.

¹⁸ BGE 143 III 297, E. 6.6; 141 III 481, E. 3.2.4; 140 III 312 E. 6.3.2; LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N 4.

¹⁹ BGE 140 III 312, E. 6.3.2.

²⁰ Vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO sowie BGE 140 III 450, E. 3.2. Im summarischen Verfahren gemäss 248 ff. ZPO hingegen kommt den Parteien kein Anspruch darauf zu, sich zweimal unbeschränkt zur Sache zu äussern, da das Gericht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten kann. Der Aktenschluss tritt damit grundsätzlich bereits nach einmaliger Äusserung ein (Urteil des Bundesgerichts 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.2 mit Verweis auf LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N 17).

²¹ Wird im Rahmen des vereinfachten Verfahrens eine begründete Klage eingereicht, setzt das Gericht der beklagten Partei Frist zur Stellungnahme (Art. 245 Abs. 2 ZPO).

²² BGE 144 III 67, E. 2.1.

²³ LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N 5. BGE 140 III 312, E. 6.3.2.

²⁴ BGE 144 III 67, E. 2.1. Die Parteien haben aber nur zweimal das Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen; BGE 143 III 297, E. 6.6.

me in das Ermessen des Gerichts gestellt und eine Partei wüsste von vornherein nie, wann der Aktenschluss eintritt.»²⁵

4. Novenschanke gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO

4.1. Folgen des Eintritts

[11] Bringen die Parteien für den Fall, dass weder eine Instruktionsverhandlung noch ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden hat, Noven erst nach dem Beginn der Hauptverhandlung²⁶ in das Verfahren ein, ist die Novenschanke von Art. 229 Abs. 2 ZPO bereits eingetreten und damit das Novenrecht verwirkt. Die unabdingbare Rechtsfolge der Missachtung der Novenschanke liegt in einem Novenausschluss. Verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen oder Beweise dürfen vom Gericht im Rahmen der Entscheidungsfindung keine Berücksichtigung finden. Art. 229 Abs. 1 ZPO e contrario stipuliert ein entsprechender Anspruch der Gegenpartei auf Nichtberücksichtigung ausgeschlossener Vorbringen.²⁷

4.2. Lehre – Divergierende Auffassungen bezüglich des «Beginns der Hauptverhandlung»

[12] Die Auffassungen in der Lehre zur Bedeutung des Begriffs «zu Beginn der Hauptverhandlung» gingen weit auseinander.

4.2.1. Vorbringen der Noven in jeweils ersten Parteivorträgen möglich

[13] Der überwiegende Teil der Lehre war der Ansicht, dass Noven von den Parteien anlässlich der Hauptverhandlung je in den ersten Parteivorträgen gemäss Art. 228 ZPO vorgebracht werden können.²⁸ Darunter LEUENBERGER mit dem Hinweis, dass die Parteivorträge vor allem diesem Zweck dienen würden²⁹ sowie MEIER, gemäss welchem «[e]in von einem Parteivortrag isoliertes

²⁵ BGE 144 III 67, E. 2.1 unter Hinweis auf den BGE 140 III 312, E. 6.3.2.3, in welchem das Bundesgericht die Frage, ob nach einem zweifachen Schriftenwechsel der Aktenschluss eintritt, unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfindet, unter Verweis auf den Zweck von Art. 229 Abs. 2 (vgl. nachfolgend Abschnitt 5.1.4) bejahte.

²⁶ Für die Hauptverhandlung sieht das Gesetz den folgenden Ablauf vor: Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung stellen die Parteien ihre Anträge und begründen sie (Art. 228 Abs. 1 ZPO), danach gibt ihnen das Gericht zu Replik und Duplik (Art. 228 Abs. 2 ZPO).

²⁷ Zum Ganzen WILLISEGGER (Fn. 1), Art. 229 N 38.

²⁸ U.a. THOMAS ENGLER, in: GEHRI/JENT-SØRENSEN/SARBACH, OFK, ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2015, Art. 229 N 3a; ERICH KAUFMANN, Noven in der Hauptverhandlung (Art. 229 ZPO) – Was heisst «zu Beginn der Hauptverhandlung»?; in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2019, S. 83; LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N 12; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 229 N 7; ISSAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 344; SÉBASTIAN MORET, in: ZStV – Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, 2014, Band Nr. 177, N 45, welcher nach einer Auslegung der Wendung «zu Beginn der Hauptverhandlung» im Rahmen der sprachlich-grammatikalischen Auslegung zum Schluss kam, dass der Aktenschluss vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 Abs. 1 ZPO eintritt (MORET (Fn. 28), N 220), allerdings im Endergebnis insbesondere aufgrund der teleologischen Auslegung zum Schluss kam, dass der Aktenschluss unmittelbar vor der Replik bzw. Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO eintritt und sich damit Parteien sich in den ersten Parteivorträgen gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO noch unbeschränkt dazu äussern können (MORET (Fn. 28), N 244 f.); PAHUD (Fn. 13), Art. 229 N 21.

²⁹ LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N 12.

«Deponieren» von Noven vor den Plädoyers [...] keinen Sinn [macht].»³⁰ Eine Einbringung von Noven gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO im Rahmen der mündlichen Stellungnahmen zu den jeweiligen Parteivorträgen (Replik und Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO) ist gemäss dieser Ansicht demnach aber nicht mehr möglich.³¹

[14] Ebenfalls dieser Meinung schloss sich KLINGLER an, welcher diese jedoch insofern präzierte, als dass Noven nur zu Beginn der ersten Parteivorträge gültig vorgebracht werden können.³² Derselben Meinung war auch TAPPY, gemäss welchem nach Art. 229 Abs. 2 ZPO Noven auch noch «au début des premières plaidoiries» in das Verfahren eingebracht werden sollen.³³ Das zweimalige, unbeschränkte Äusserungsrecht erstreckt sich demnach nach dieser Ansicht nicht auf den ganzen ersten Parteivortrag von Art. 228 Abs. 1 ZPO.³⁴

4.2.2. Aktenschluss nach Replik bzw. Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO

[15] Ein anderer Teil der Lehre vertrat die Ansicht, dass Art. 229 Abs. 2 ZPO dahingehend zu verstehen sei, als dass der Aktenschluss nach der Replik bzw. Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO eintritt.³⁵ Diese Meinung vertrat auch KILLIAS mit der Begründung, dass jeder Partei zu Beginn der Hauptverhandlung grundsätzlich zwei Vorträge zustünden (vgl. Art. 228 ZPO). Entsprechend könnten auch Noven noch unbeschränkt in der mündlichen Replik bzw. Duplik in das Verfahren eingebracht werden.³⁶ Die Novenschranke tritt folglich gemäss dieser Ansicht erst nach Abschluss der Parteivorträge bzw. des Verhandlungsstadiums und mit Beginn der Beweisabnahme (Art. 231 ZPO) ein.³⁷

4.2.3. Aktenschluss vor den ersten Parteivorträgen

[16] Schliesslich sprachen sich auch verschiedene Autoren dafür aus, dass Noven vor den ersten Parteivorträgen in das Verfahren eingebracht werden müssen.³⁸ Besonders erwähnenswert ist an dieser Stelle MILANI, der nach einer ausführlichen Auslegung von Art. 229 Abs. 2 ZPO zum Schluss kam, dass der Aktenschluss, entgegen der überwiegenden Lehre, nicht mit den ersten Parteivorträgen gleichzusetzen sei, sondern der Verfahrensabschnitt vor diesen meine. Dies u.a. aufgrund der von ihm vertretenen, aus der grammatikalischen Auslegung ergebenden Ansicht, dass die Hauptverhandlung keineswegs mit den ersten Parteivorträgen beginne. Vielmehr würde vor den ersten Parteivorträgen u.a. eine Nennung der anwesenden bzw. abwesenden Personen erfolgen sowie der Verfahrensablauf skizzenhaft aufgezeichnet.³⁹

³⁰ MEIER (Fn. 28), S. 344.

³¹ MORET (Fn. 28), Art. 229 N 217.

³² RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 421.

³³ DENIS TAPPY, in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, Basel 2019, Art. 229 N 19.

³⁴ MORET (Fn. 28), Art. 229 N 219.

³⁵ U.a. LAURENT KILLIAS in: Berner Kommentar ZPO, Art. 229 N 19; WILLISEGGER (Fn. 1), Art. 229 N 4.

³⁶ KILLIAS (Fn. 35) Art. 229 N 19.

³⁷ WILLISEGGER (Fn. 1), Art. 229 N 38.

³⁸ U.a. und anstatt vieler DOMINIK MILANI, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, in: Jusletter 16. Mai 2011, N 45 ff.

³⁹ Zum Ganzen MILANI (Fn. 38), N 45 ff., wobei MILANI diese Ausführungen in Bezug auf das vereinfachte Verfahren machte.

4.3. Obiter dictum des Bundesgerichts im Urteil BGE 144 III 67

[17] Vor diesem Hintergrund legte das Bundesgericht in seinem Urteil vom 24. November 2017⁴⁰ die Novenschranke von Art. 229 Abs. 2 ZPO im Rahmen eines obiter dictums fest. Während es zuvor noch die Ansicht vertreten hatte, dass sich die Parteien im Rahmen der ersten Parteivorträge unbeschränkt äussern könnten,⁴¹ hielt es unter Verweis auf das zweimalige, unbeschränkte Äusserungsrecht fest, dass die zweite Äusserungsrunde «zu Beginn der Hauptverhandlung» vor den ersten Parteivorträgen stattfindet.⁴² Trotz ausbleibender weitergehender Ausführungen des Bundesgerichts wurde in der Folge in zahlreichen Entscheiden wiederholt, dass «zu Beginn der Hauptverhandlung» vor den ersten Parteivorträgen meint.⁴³ Auf eine eingehende Auseinandersetzung mit Art. 229 Abs. 2 ZPO wurde jedoch weiterhin verzichtet.⁴⁴

4.3.1. Kritik der Lehre am Bundesgericht

[18] Wie auch das Bundesgericht in seinem vorliegend besprochenen Entscheid 4A_50/2021 feststellen musste, wurde diese unbegründete, praxisrelevante Festsetzung der Novenschranke vor den Parteivorträgen gemäss Art. 228 ZPO in der Lehre eher kritisch aufgenommen.⁴⁵

[19] So äusserte sich etwa LEUENBERGER, der sich wie erwähnt für einen Aktenschluss am Ende des jeweils ersten Parteivortrages aussprach, dahingehend, dass bei einer schriftlichen Replik bzw. Duplik die Noven im Rahmen dieser Rechtsschriften und nicht in einer vorangehenden Eingabe vorgebracht würden. Insofern sei der BGE 144 III 67 als inkonsequent zu qualifizieren.⁴⁶

[20] Während SOGO/BAECHLER den Entscheid als wenig überzeugend kritisierten, ohne dies jedoch mit etwas anderem zu begründen als dem Hinweis, dass sie mit dem «Beginn der Hauptverhandlung» die Replik bzw. Duplik verstünden,⁴⁷ argumentierten etwa SOGO/NAEGELI, dass BGE 144 III 67 inhaltliche und formelle Fragen aufwerfe⁴⁸. Abgesehen davon, dass das Bundesgericht seine Entscheidung nicht begründete, kritisierten sie die Lösung als wenig praktikabel. Da sowohl die Gerichte als auch die Parteien die gesetzlich nicht vorgesehenen Tatsachenvorträge leicht übersehen könnten, schaffe die Lösung des Bundesgerichts eine erhebliche Fehlerquelle. Eine Aufgliederung in Tat- und Rechtsfragen auf zwei unterschiedliche Vorträge hielten sie oft für kaum möglich. Zudem, führten sie weiter aus, würde eine Hauptverhandlung, an welcher den Parteien bereits zwei Vorträge zur Verfügung stünden, durch dieses «Vorverfahren» unnötig aufgebläht.⁴⁹

⁴⁰ BGE 144 III 67.

⁴¹ BGE 140 III 312, E. 6.3.2.3.

⁴² BGE 144 III 67, E. 2.1.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.2 unter Verweis auf die entsprechenden Bundesgerichtsentscheide.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.2.

⁴⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.2.1 ff.

⁴⁶ CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 156/2020, S. 101.

⁴⁷ MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 03/2020 Fn. 20.

⁴⁸ MIGUEL SOGO/GEORG NAEGELI, in: Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2021, Art. 229 N 17a.

⁴⁹ Zum Ganzen SOGO/NAEGELI (Fn. 48), Art. 229 N 17a.

[21] Ausserdem wurde dahingehend Kritik geübt, dass die Rechtsprechung zu formalistisch sei. So machte BOHNET geltend, dass es mit der Unterscheidung zwischen jenen Vorbringen, welche bereits in das Verfahren eingebracht wurden und deshalb im Rahmen der ersten Parteivorträge aufgegriffen werden dürfen und jenen, welche noch nicht Eingang gefunden hätten, zu einer Verkomplizierung des Verfahrens komme.⁵⁰

[22] HEINZMANN hingegen begründete seine Kritik am Entscheid des Bundesgerichts mit dem Zweck der ersten Parteivorträge. Da die ersten Parteivorträge gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO den Parteien gerade ermöglichen sollen, sich zum Sachverhalt zu äussern, sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Behauptungsphase zeitlich vorgezogen werden solle. Dadurch würden die Parteivorträge zu einem grossen Teil ihrer Funktion beraubt, ohne dass Gründe der Prozessökonomie dafür sprächen.⁵¹ Damit geht HEINZMANN mit LEUENBERGER überein, der seine Ansicht, dass Noven in den je ersten Parteivorträgen gemäss Art. 228 ZPO geltend gemacht werden könnten, massgebend damit begründete, dass die Parteivorträge vorwiegend diesem Zweck dienen.⁵²

[23] BRUGGER hingegen fasste die Rechtsprechung des Bundesgerichts als bisher einziger Autor positiv auf.⁵³ Eine Trennung zwischen Tatsachenvortrag⁵⁴ und den ersten Parteivorträgen würde der Mündlichkeit der Verfahrens Rechnung tragen. So könnten sich die Parteien im Tatsachenvortrag auf das Vorbringen neuer Behauptungen, Beweismittel und Bestreitungen fokussieren. Ausserdem würde die Waffengleichheit verbessert, indem die Noven des Klägers klar ausgewiesen würden, was wiederum dem Beklagten die Reaktion darauf erleichterte.⁵⁵

[24] Denjenigen Ansichten, welche in der Aufteilung eine Verkomplizierung des Verfahrens erblickten, widerspricht BRUGGER mit der Begründung, dass, selbst wenn die Vorbereitung zur Hauptverhandlung aufwendiger sein könne, die Hauptverhandlung selbst sowohl für das Gericht als auch die Parteien vereinfacht werde.⁵⁶ Schliesslich könne auch eine allfällige Doppelspurigkeit des Verfahrens vermieden werden, indem das Gericht nur dann zur Hauptverhandlung mit der Möglichkeit von neuen Sachvorbringen vorlade, wenn an dieser nicht viele Noven zu erwarten seien.⁵⁷

4.3.2. Arbeitsgericht Zürich: Noven in der Hauptverhandlung

[25] Kritik an der Festsetzung der Novenschranke vor den ersten Parteivorträgen durch das Bundesgericht wurde nicht nur von Seiten der Lehre, sondern auch von Seiten der Praxis geäussert. So lehnte etwa KAUFMANN⁵⁸ in seinem Beitrag «Noven in der Hauptverhandlung (Art. 229 ZPO)

⁵⁰ FRANÇOIS BOHNET, Note zum Urteil 4A_338/2017 vom 24. November 2017, SZP 2018 S. 117.

⁵¹ MICHEL HEINZMANN, Newsletter ZPO Online vom 7. Februar 2018, Bemerkungen zum Urteil BGer 4A_338/2017.

⁵² Vgl. Abschnitt 4.2.1.

⁵³ CINZIA CATELLI/PREDRAG SUNARIC, Entscheidbesprechung BGer 4A_50/2021: Tatsachenvortrag «zu Beginn der Hauptverhandlung», AJP 11/2021, S. 1428 unter Verweis auf DANIEL BRUGGER, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO), ZZZ 45/2020, S. 26.

⁵⁴ BRUGGER (Fn. 53), S. 26, welcher die den Parteivorträgen zeitlich vorangehende Äusserung von Noven als «Tatsachenvortrag» bezeichnet.

⁵⁵ Zum Ganzen BRUGGER (Fn. 53), S. 27.

⁵⁶ Zum Ganzen BRUGGER (Fn. 53), S. 27 f.

⁵⁷ BRUGGER (Fn. 53), S. 28.

⁵⁸ Erich Kaufmann ist Richter am Arbeitsgericht Zürich.

– Was heisst «zu Beginn der Hauptverhandlung»?⁵⁹ einen gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene Tatsachenvortrag aus mehreren Gründen ab. Einerseits macht er geltend, dass ein Tatsachenvortrag nicht in der Zivilprozessordnung vorgesehen sei. Entsprechend gäbe es auch keine Veranlassung für die Gerichte, einen solchen zu erfinden.⁶⁰ Andererseits ist er der Ansicht, dass auch das Bundesgericht gemäss der Rechtsprechung in BGE 144 III 67 keinen solchen separaten Tatsachenvortrag fordere. Aus der Ausführung des Bundesgerichts, dass «zu Beginn der Hauptverhandlung» vor den ersten Parteivorträgen sei, verbiete sich ein entsprechender Schluss, da dies als blosses obiter dictum vom Bundesgericht unbegründet geblieben sei. So hatte sich das Bundesgericht zwar dahingehend geäussert, dass es diesbezüglich den früher erlassenen Entscheid BGE 140 III 312, E. 6.3.2.3 als unpräzis einstufen würde, jedoch nicht ausführte, weshalb.⁶¹

[26] Weiter sei ein solcher separater Tatsachenvortrag praxisfremd und kompliziert. Letzteres sei bereits deshalb so, weil Beweismittel den jeweiligen Behauptungen zugeordnet werden müssen (vgl. Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; Prinzip der Beweisverbindung). Dies habe zur Folge, dass auch in den Tatsachenvorträgen bei jedem Beweismittel einzeln auf Behauptungen Bezug genommen werden müsse, entweder auf die eigenen, die das Beweismittel zu stützen versuchen, oder auf die Behauptungen der Gegenpartei, welche damit widerlegt werden sollten. Entsprechend umfangreich könnten diese Tatsachenvorträge werden. Schliesslich müssen bei der Anwendung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht auch in den Parteivorträgen erneut die eigenen Behauptungen begründet und insofern auf die Behauptungen der Gegenpartei eingegangen werden, als begründet werden müsse, weshalb diese nicht richtig sein sollten.⁶² Dies hätte wiederum zur Folge, dass die Hauptverhandlung, in Übereinstimmung mit der dargestellten Lehrmeinung von SOGO/NAEGELI, unnötig aufgebläht würde.⁶³ Eine Durchführung einer solchen Hauptverhandlung sei insbesondere bei grösseren Prozessen demnach aus Zeitgründen nicht mehr möglich. Dies, obwohl die Zivilprozessordnung eine mündliche Hauptverhandlung als Normalfall und den zweiten Schriftenwechsel als Ausnahme betrachte.⁶⁴

[27] Abschliessend vertrat KAUFMANN unter Verweis auf und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes die Ansicht, dass Noven in den je ersten mündlichen Parteivorträgen vorgebracht werden müssten. Die Ansicht MILANIS, dass die Hauptverhandlung keineswegs mit den ersten Parteivorträgen beginne, lehnt er mit der Begründung ab, dass die Hauptverhandlung gemäss dem zivilprozessualen Konzept auch die Beweisabnahmen und Schlussvorträge umfasse. Demzufolge würden die ersten Parteivorträge sehr wohl «zu Beginn der Hauptverhandlung» stattfinden.⁶⁵ Der Auffassung, dass Noven auch noch im Rahmen der Replik bzw. Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO in das Verfahren eingebracht werden könn-

⁵⁹ KAUFMANN, (Fn. 28), S. 79 ff.

⁶⁰ KAUFMANN, (Fn. 28), S. 80.

⁶¹ BGE 144 III 67, E. 2.1 unter Hinweis auf den BGE 140 III 312, E. 6.3.2.3, in welchem das Bundesgericht die Frage nach dem Eintritt des Aktenschlusses nach einem zweifachen Schriftenwechsel bejahte, unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfindet (vgl. auch Fn. 24); KAUFMANN (Fn. 28), S. 80.

⁶² Zum Ganzen KAUFMANN (Fn. 28), S. 81 f.

⁶³ Vgl. Abschnitt 4.3.1.

⁶⁴ KAUFMANN (Fn. 28), S. 81 f., unter Verweis auf Art. 225 ZPO: «Erfordern es die Verhältnisse, so kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen.»

⁶⁵ Zum Ganzen KAUFMANN (Fn. 28), S. 83; zu MILANI vgl. Abschnitt 4.2.3.

ten, stellt er das zweimalige unbeschränkte Äusserungsrecht gegenüber, gegen welches verstossen würde.⁶⁶

5. Präzisierung der Rechtsprechung im Bundesgerichtsentscheid 4A_50/2021 vom 6. September 2021

[28] Im Entscheid 4A_50/2021 nahm das Bundesgericht nun die Möglichkeit wahr, sich vertieft mit der Formulierung «zu Beginn der Hauptverhandlung» von Art. 229 Abs. 2 ZPO auseinanderzusetzen, was weitgehend begrüsst wurde.⁶⁷

[29] Nach einer Darstellung der Lehrmeinungen für den Zeitraum vor und nach dem obiter dictum im Entscheid BGE 144 III 67 unterzog das Bundesgericht die Formulierung «zu Beginn der Hauptverhandlung» einer umfassenden Auslegung.

5.1. Auslegung von Art. 229 Abs. 2 ZPO

5.1.1. Wortlaut

[30] In Bezug auf die der deutschen Fassung von Art. 229 Abs. 2 ZPO zugrundeliegenden Wendung von «zu Beginn der Hauptverhandlung» hielt das Bundesgericht fest, dass der Gesetzgeber darin einen Moment zu verstehen scheine, welcher der «eentlichen» Hauptverhandlung zeitlich vorgelagert sei. Dieser Schluss ergebe sich nach einem Vergleich mit Art. 229 Abs. 1 ZPO («[i]n der Hauptverhandlung»). Auch sei ein anderer Zeitpunkt gemeint als jener, in welchem die ersten Parteivorträge gehalten würden (vgl. Art. 228 Abs. 1 ZPO «[n]ach der Eröffnung der Hauptverhandlung»).

[31] Aus der französischen Fassung schloss das Bundesgericht eine Reihenfolge der Zeitpunkte nach Art. 229 Abs. 2 ZPO und Art. 228 Abs. 1 ZPO. So heisst es in Bezug auf das Einbringen von neuen Tatsachen und Beweismittel, dass diese «à l'ouverture des débats principaux» eingebracht werden könnten, während die ersten Parteivorträge «une fois les débats principaux ouverts» gehalten würden. Der Zeitpunkt der Einbringung von Noven gehe demjenigen der Parteivorträge vor.⁶⁸

⁶⁶ KAUFMANN (Fn. 28), S. 84. Gemäss Kaufmann gibt es am Arbeitsgericht Zürich keine Parteivorträge. Vielmehr hätten die Parteien am Arbeitsgericht Zürich in einer Hauptverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel ohne vorherige Instruktionsverhandlung die Noven im je ersten Parteivortrag i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO vorzubringen. Deshalb wurde am Arbeitsgericht Zürich in den Formularen für die Vorladung zur Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren (nach einem Schriftenwechsel, ohne Instruktionsverhandlung) der Hinweis angebracht, dass die Parteien Noven zu Beginn der Hauptverhandlung abschliessend zu nennen haben, mit dem Zusatz «im jeweils ersten Parteivortrag» ergänzt. Das Arbeitsgericht Zürich hat seine Vorladung nach dem vorliegend besprochenen Urteil des Bundesgerichts erneut angepasst (vgl. dazu Fn. 94).

⁶⁷ Vgl. FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, Aktenschluss in der Hauptverhandlung: Der Zug fährt ein paar Minuten früher vorbei, in: Newsletter ZPO Online 2021-N20, N 4, welche dem Urteil den Verdienst zuspricht, die Frage nach dem Zeitpunkt des Aktenschlusses eingehend zu prüfen.

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.2.

5.1.2. Entstehungsgeschichte

[32] Historisch gesehen entspricht Art. 229 Abs. 2 ZPO einer parlamentarischen Kompromisslösung.⁶⁹ Die Tatsache, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung der Novenschranke nach den ersten Parteivorträgen als zu weitgehend abgelehnt wurde, kann gemäss dem Bundesgericht zumindest jenen Stimmen in der Literatur entgegengehalten werden, welche Noven auch noch in der Replik bzw. Duplik zulassen wollten.⁷⁰ Schliesslich zog das Bundesgericht aus dem Votum LÜSCHER, welches Noven vor Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt ins Verfahren einbringen wollte, den Schluss, dass nach Ansicht der Kommissionen neue Tatsachen und Beweismittel in den ersten Parteivorträgen nur noch eingeschränkt zulässig sein sollten. Die historische Auslegung würde dafürsprechen, dass die Novenschranke bereits vor den ersten Parteivorträgen fällt.⁷¹

5.1.3. Systematik

[33] In Bezug auf die systematische Auslegung von Art. 229 Abs. 2 ZPO führte das Bundesgericht an, dass aus der Strukturierung der Bestimmung nichts herausgelesen werden könnte, welches für die Bestimmung der Novenschranke von Bedeutung sei.⁷²

5.1.4. Zweck der Bestimmung

[34] Im Rahmen der teleologischen Auslegung liess das Bundesgericht unter Verweis auf den Zweck der Bestimmung, die Sicherstellung des zweimaligen unbeschränkten Äusserungsrecht der Parteien,⁷³ verlauten, dass dieser unabhängig davon erfüllt werde, ob diese zweite Äusserung (separat) vor den Parteivorträgen stattfindet oder aber in denselben. Alle in der Literatur vorgeschlagenen Zeitpunkte der Novenschranke⁷⁴ entsprächen den Interessen der Verfahrensbeschleunigung und Kostenreduktion auf der einen, und der Wahrheitsfindung auf der anderen Seite, da alle in und nicht vor der Hauptverhandlung lägen und das Verfahren gleichermassen verzögerten. Anderweitige Zwecke der Bestimmung wie die Vereinfachung der Hauptverhandlung oder die Verbesserung der Waffengleichheit, wie sie in der Literatur vorgebracht würden, könnten gemäss dem Bundesgericht den Materialien nicht entnommen werden. Aus der teleologischen Auslegung erhelle gemäss Ansicht des Bundesgerichts demnach der genaue Zeitpunkt der Novenschranke nicht.⁷⁵

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.3 m.w.H. Die vom Bundesrat vorgeschlagene und vom Nationalrat getragene Lösung, dass die Parteien «bis und mit den ersten Parteivorträgen neu Tatsachen und Beweismittel vorbringen» können, wurde als zu weitgehend abgelehnt. Damit wäre die Novenschranke erst nach den ersten Parteivorträgen gefallen. Dahingegen wurde der Vorschlag des Ständerates, der Noven in der Hauptverhandlung nur unter gewissen Bedingungen überhaupt zulassen wollte, als zu restriktiv angesehen. In diesem Fall wäre der Fall der Novenschranke bereits vor der Hauptverhandlung geschehen. Mit der Einigung auf die geltende Formulierung schuf der Gesetzgeber damit auch einen Kompromiss zwischen dem Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung bzw. Kostenreduktion und dem Interesse an der uneingeschränkten Wahrheitsfindung.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.3; vorliegend KILLIAS (Fn. 35), Art. 229 N 19 und WILLISEGGER (Fn. 1), Art. 229 N 4, vgl. Abschnitt 4.2.2.

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.3 m.w.H.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.4.

⁷³ Vgl. Abschnitt 3.2.

⁷⁴ Vgl. Abschnitt 4.2.

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.5.

5.2. Gesamtwürdigung spricht für Novenschranke vor Parteivorträgen

[35] Unter Berücksichtigung der durchgeführten Auslegung von Art. 229 Abs. 2 ZPO und im Bewusstsein der zahlreichen Lehrmeinungen, welche sich in Zusammenhang mit dem obiter dictum in BGE 144 III 67 ausdrücklich gegen eine solche Zweiteilung in Tatsachenvortrag und Parteivortrag ausgesprochen haben, kam das Bundesgericht in einer Gesamtwürdigung zum Schluss, dass die Novenschranke vor den ersten Parteivorträgen falle.⁷⁶ In seiner Begründung nahm das Bundesgericht Stellung zu jenen ablehnenden Lehrmeinungen, welche in einer solchen Aufteilung aufgrund fehlender Praktikabilität eine Verkomplizierung des Verfahrens sehen.⁷⁷ Zwar geht das Bundesgericht mit ihnen dahingehend überein, dass diese Auftrennung zu einem höheren Aufwand bezüglich der Verhandlungsvorbereitung führe. Ebenso könne der Zeitbedarf der Hauptverhandlung (marginal) ansteigen. Diesen Positionen stellt es jedoch die Argumente der Waffengleichheit und der Entlastung des Gerichts entgegen. Beide sollen durch die Auftrennung von Noven und Parteivorträgen und der daraus folgenden klaren Fassbarkeit für die Gegenpartei als auch das Gericht ermöglicht werden.⁷⁸

6. Kritik

6.1. Verkomplizierung des Verfahrens insbesondere für Laien

[36] Es ist mit dem Bundesgericht übereinzustimmen, dass die neuen Vorbringen bei einer Aufteilung in Tatsachenvorbringen und Parteivorträgen für die Gegenpartei, insbesondere für Laien, klarer zu fassen sein dürfen.⁷⁹ Allerdings hat diese Aufteilung ebenfalls zur Folge, dass auch Laien Noven von den Parteivorträgen zu trennen haben, um diese vorweg in das Verfahren einbringen zu können.⁸⁰

[37] Neben den für Laien bereits nicht einfach nachvollziehbaren Regelungen des Zivilprozessrechts schafft das Bundesgericht mit einer solchen Aufteilung zwischen Art. 229 Abs. 2 ZPO und Art. 228 Abs. 1 ZPO eine weitere Hürde, den Gerichtsweg (erfolgreich) zu beschreiten. So kann ein Irrtum wie und wann neue Tatsachen in der Hauptverhandlung vorgebracht werden können, zum Novenausschluss führen.⁸¹ Diese strenge Rechtsfolge erscheint in Anbetracht der unklaren Grenzen zwischen Tatsachen- und Parteivorträgen als unverhältnismässig und nicht gerechtfertigt.⁸²

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.6.

⁷⁷ Vgl. Abschnitt 4.3.1 für BOHNET und wohl auch für SOGO/NAEGELI, sowie Abschnitt 4.3.2 für KAUFMANN.

⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.6.

⁷⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.6.

⁸⁰ So auch BASTONS BULLETTI, die in Bezug auf die gewählte Lösung Unsicherheiten und eine Verkomplizierung des Verfahrens nicht nur für Laien, sondern auch Anwälte bejaht (BASTONS BULLETTI (Fn. 67)), N 8.

⁸¹ So auch BASTONS BULLETTI (Fn. 67), N 9.

⁸² Vgl. BASTONS BULLETTI (Fn. 67), N 9.

6.2. Dient weder Waffengleichheit noch Entlastung der Gerichte

[38] Wenn das Bundesgericht versucht, den Mehraufwand in der Vorbereitung zur Hauptverhandlung sowie die (marginal) länger dauernde Hauptverhandlung mit der Entlastung des Gerichts und der Waffengleichheit zu rechtfertigen⁸³, gelingt ihm das nicht. Es ist nicht klar, inwiefern ein separater Tatsachenvortrag zur Waffengleichheit beitragen soll. Schliesslich gilt, dass, wenn einer Partei nicht zugemutet werden kann, im Rahmen der Hauptverhandlung auf die Noven der Gegenpartei zu reagieren, diese zu unterbrechen oder zu verschieben ist.⁸⁴ Der Waffengleichheit würde damit bereits Genüge getan. Eine Aufteilung in Tatsachenvortrag und Parteivortrag ist nicht notwendig.

[39] Einer durch das Bundesgericht geltend gemachten (möglichen) Entlastung des Gerichts muss entgegengehalten werden, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gerichte vor die Aufgabe stellt, einerseits Vorbringen, welche im Rahmen der Parteivorträge vorzubringen wären, jedoch im Tatsachenvortrag eingebracht werden, zu erkennen und zurückzuweisen. Zeitgleich dürfen auch ungerechtfertigte Interventionen durch die Gegenpartei in der Regel nicht zugelassen werden.⁸⁵ Entsprechend haben die Gerichte auch ohne Intervention der jeweiligen Gegenpartei genaustens auf die Unterscheidung zwischen Noven und den restlichen Ausführungen zu achten, damit sie umgehend reagieren können, wobei dies aufgrund der fehlenden klaren Abgrenzung durch das Bundesgericht ein heikles Unterfangen sein wird. Streitigkeiten über den genauen Zeitpunkt des Einbringens von Noven oder über den berechtigten oder unberechtigten Ausschluss von Noven aus dem Verfahren scheinen bereits vorgezeichnet.⁸⁶ Dies hat insbesondere zu gelten, als die Noven bei einem verspäteten Einbringen in das Verfahren ausgeschlossen sind.

[40] Ob vor diesem Hintergrund eine Aufteilung der Vorbringen in einen Tatsachenvortrag und Parteivorträge tatsächlich zu einer Entlastung der Gerichte führt, ist zu bezweifeln. Vielmehr führt die Aufteilung zu Mehraufwand für alle am Gerichtsverfahren Beteiligten (Parteien und Gerichte). Das Bundesgericht trägt – ohne guten Grund – mit seiner Entscheidung zu einer Verkomplizierung des Verfahrens bei.

6.3. Ungleiche Anwendung der Rechtsprechung je nach Art und Ablauf des Verfahrens

6.3.1. Differenzierung zwischen mündlicher Hauptverhandlung und Schriftenwechsel

[41] Der ungleiche Anwendungsbereich je nach Ablauf des Verfahrens lässt sich jedenfalls nicht rechtfertigen. Während die Parteien unter Einhaltung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die erwähnte Aufteilung in Tatsachen- und Parteivortrag nur im mündlichen Verfahren machen müssen, können im schriftlichen Verfahren weiterhin Noven und andere Ausführungen gemischt in einer schriftlichen Eingabe eingebracht werden.⁸⁷

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.3.6.

⁸⁴ GASSER/RICKLI (Fn. 27), Art. 229 N 9. So auch KAUFMANN (Fn. 28), S. 82 welcher unter Verweis auf das rechtliche Gehör ausführt, dass eine solche Unterbrechung oder Vertragung allenfalls durchgeführt werden *muss*.

⁸⁵ So auch CATELLI/SUNARIC (Fn. 53), S. 1428.

⁸⁶ CATELLI/SUNARIC (Fn. 53), S. 1428.

⁸⁷ Gl. M. BASTONS BULLETTI und LEUENBERGER. Gemäss BASTONS BULLETTI (Fn. 67), ist die Prüfung der Frage nach dem Fall der Novenschranke durch das Bundesgericht nicht völlig überzeugend ausgefallen (BASTONS BULLETTI (Fn. 67),

6.3.2. Differenzierung zwischen vereinfachtem und ordentlichem Verfahren

[42] Eine ungleiche Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO findet denn auch in Bezug auf das vereinfachte bzw. ordentliche Verfahren statt.⁸⁸ Das vereinfachte Verfahren wird in den von Art. 247 Abs. 2 ZPO erwähnten Fällen vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Dies hat zur Folge, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Eine Aufteilung zwischen Tatsachen- und Parteivortrag hat in diesen Fällen entsprechend nicht stattzufinden. Dies betrifft namentlich Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO, darunter u.a. Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 (lit. a) sowie aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist (lit. c). Ausserdem findet die Aufteilung zwischen Tatsachen- und Parteivortrag auch keine Anwendung auf sämtliche Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht und den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO).

6.3.2.1. Faktisch keine Novenschranke bei Hauptverhandlung vor Arbeitsgerichten im vereinfachten Verfahren

[43] Auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten, die gemäss Art. 243 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und e ZPO dem vereinfachten Verfahren unterliegen, findet der Untersuchungsgrundsatz von Art. 247 Abs. 2 ZPO Anwendung. Dasselbe gilt für sämtliche übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000. Eine Novenschranke gibt es in diesen Verfahren faktisch nicht.⁸⁹

6.3.2.2. «Schriftliche Stellungnahme» gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO

[44] Eine Besonderheit in Bezug auf das vereinfachte Verfahren liegt in Art. 245 Abs. 2 ZPO. Dieser bestimmt in Bezug auf eine begründete Klage, dass das Gericht der beklagten Partei zunächst eine Frist zur Stellungnahme ansetzt. Sofern nicht die Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt, stellt sich nun im Hinblick auf Art. 229 Abs. 2 ZPO die Frage, ob mit einer Einreichung einer solchen schriftlichen Stellungnahme bereits eine Äusserungsrunde abgeschlossen ist oder nicht.

[45] In der Praxis handhaben die Gerichte dies unterschiedlich.⁹⁰ So legen einige Gerichte diese Bestimmung dahingehend aus, dass die Stellungnahme keine Klageantwort ist, wonach den Par-

N 4), wobei sie insbesondere auch die Anwendung der Rechtsprechung nur bei Aktenschluss in der Hauptverhandlung kritisiert, BASTONS BULLETTI (Fn. 67), N 7; LEUENBERGER (Fn. 44), S. 101 in Bezug auf das obiter dictum in BGE 144 III 67. In diesem Kontext kann auch auf die Ausführungen von CATELLI/SUNARIC verwiesen werden, gemäss welchen das Bundesgericht die Parteien «ohne Not» und «ohne zeitgleich klare Konturen aufzustellen» bei einer mündlichen Verhandlung unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2 ZPO zu einer Aufteilung ihrer Vorträge zwingt. Als Ausweg scheint sich eine vermehrte Durchführung im rein schriftlichen Verfahren anzubieten, was richtigerweise als bedauernde Einschränkung der Mündlichkeit des Verfahrens angesehen wird, CATELLI/SUNARIC (Fn. 53), S. 1428.

⁸⁸ Im summarischen Verfahren besteht grundsätzlich ein einmaliges Äusserungsrecht, vgl. Fn. 20.

⁸⁹ KAUFMANN (Fn. 28), S. 79.

⁹⁰ So die Erfahrung der Autoren dieses Beitrages.

teien demnach im Rahmen der mündlichen Verhandlung noch je zwei unbeschränkte Parteivorträge zustehen. Andere Gerichte hingegen sehen in Art. 245 Abs. 2 den ersten Schriftenwechsel und damit die erste Äusserungsrunde. In diesem Fall hätten die Noven an der Hauptverhandlung, sofern bei dem Verfahren nicht die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt, entsprechend Art. 229 Abs. 2 ZPO zu Beginn und damit vor den Parteivorträgen eingebracht zu werden.

[46] U.E. dürfen im Rahmen des vereinfachten Verfahrens, auch wenn eine begründete Klage eingeleitet wurde, anlässlich des ersten Parteivortrags in der Hauptverhandlung unbeschränkt Noven vorgebracht werden.

7. Umsetzung in der Praxis

[47] Das Bundesgericht lässt offen, wie eine Umsetzung seiner Rechtsprechung auszusehen hat.⁹¹ Um sich nicht der Gefahr des verspäteten Einbringens von Noven und damit dem Novenausschluss auszusetzen, ist es ratsam, im Hinblick auf die Hauptverhandlung zwei Vorträge vorzubereiten, ein Tatsachenvortrag, welcher neue Behauptungen, Bestreitungen und Beweismittel enthält,⁹² sowie (sofern notwendig) einen Parteivortrag, in welchem allfällige rechtliche oder sonstige und übrige Ausführungen enthalten sind. Um bei Unsicherheiten in Bezug auf die Qualifikation der Ausführung auf der sicheren Seite zu sein, muss man die Ausführungen wohl jedenfalls im Rahmen des Tatsachenvortrags in das Verfahren einbringen. Auch wenn es dadurch zu allfälligen Überschneidungen oder Verweise innerhalb der beiden Vorträge und dadurch zu einer zeitlichen Ausweitung des Verfahrens kommen kann, vermeiden die Parteien so das Risiko des Ausschlusses von Noven aus dem Verfahren.⁹³

[48] Um die klare Aufteilung in Tatsachen- und Parteivortrag zu unterstreichen, bietet es sich zudem an, die beiden Vorträge in jeweils zwei unterschiedlichen Dokumenten vorzubereiten und vor dem jeweiligen Vortrag klar darauf hinzuweisen, ob es sich nun um den Tatsachen- oder Parteivortrag handelt.⁹⁴

[49] Dabei muss es unseres Erachtens für den Kläger jedenfalls möglich sein, Bestreitungen zu allfälligen Noven, welche die beklagte Partei in ihrer zweiten Äusserungsrunde, sprich an der Hauptverhandlung *vor* ihren Parteivorträgen vorbringt, im Parteivortrag selber geltend zu machen. Müssten auch da wiederum die Bestreitungen vor den eigentlichen Parteivorträgen in das

⁹¹ Gemäss der Meinung von CATELLI/SUNARIC ist davon auszugehen, dass es zumindest auf absehbare Zeit bei der Novenschranke vor den ersten Parteivorträgen bleiben wird, CATELLI/SUNARIC (Fn. 53), S. 1427. Gemäss ihnen ist immerhin klar, dass das Bundesgericht einen allzu formalistischen Ansatz ablehnt. So lehnt das Bundesgericht die Notwendigkeit des Vorbringens von Noven «Punkt für Punkt» und losgelöst von weiteren Ausführungen als Verstoß gegen Treu und Glauben ab, Catelli/Sunaric (Fn. 53), S. 1428.

⁹² Dies ungeachtet des bundesgerichtlichen Hinweises, dass im konkreten Fall die Noven im Rahmen des Plädoyers analog einer schriftlichen Replik vorgebracht worden wären, Urteil des Bundesgerichts 4A_50/2021 vom 6. September 2021, E. 2.3.5.2.

⁹³ Gl. M. BASTONS BULLETTI (Fn. 67), N 6 und N 10.

⁹⁴ Das Arbeitsgericht Zürich hat seine Vorladung angepasst. Diese enthält den folgenden Hinweis: «Dem Gericht liegen die schriftliche Klagebegründung und Klageantwort und damit die ersten uneingeschränkten Parteivorbringen vor. Zu Beginn der Hauptverhandlung wird den Parteien Gelegenheit zur mündlichen Erstattung der zweiten uneingeschränkten Parteivorbringen gegeben (analog einer schriftlichen Replik bzw. Duplik) [...]. Neue Tatsachen und Beweismittel können später nicht mehr vorgebracht werden (Art. 229 ZPO vorbehalten). Im Anschluss haben die Parteien das Recht auf die Parteivorträge gemäss Art. 228 ZPO [...].»

Verfahren eingebracht werden, würde dies zu einer weiteren Verkomplizierung des Verfahrens führen, welche nicht im Sinne der Verfahrensbeschleunigung sein kann.

8. Fazit

[50] Es wird sich zeigen, wie die Gerichte und insbesondere auch die Prozessvertreter sich mit dem Zeitpunkt des Aktenschlusses im mündlichen Verfahren ohne Instruktionsverhandlung arrangieren werden und ob das Bundesgericht mit seiner Entscheidung dem Zivilprozessrecht einen Dienst erwiesen hat. Nach der obigen Analyse führt die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Art. 229 Abs. 2 ZPO wohl eher (unnötigerweise) zu Unsicherheiten und einem Mehraufwand auf Seiten der Parteien und der Gerichte.

NICOLAS FACINCANI, lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

RETO SUTTER, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

SELINE WISSLER, MLaw.