



JEAN-DANIEL SCHMID / THOMAS HOFER

Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen und Problemstellung
 - A. Verhandlungsgrundsatz und Bestreitungslast
 - B. Ordentliches Verfahren und Zeitpunkt der Einbringung des Prozessstoffs
 - C. Problemstellung
- III. Obliegenheit zur Bestreitung mittels Ausübung des «Replikrechts»?
 - A. Ausgangslage
 - B. Analyse
 - 1. Sinn und Zweck
 - 2. Keine Normierung in der ZPO bzw. kein explizit vorgesehenes Instrument zur Stellungnahme
 - 3. Beachtlichkeit der aufgrund des «Replikrechts» erstatteten Stellungnahme und diesbezügliche Schlussfolgerung
 - 4. Anwendung von Art. 147 Abs. 3 ZPO?
 - C. Schlussfolgerung
- IV. Bestreitung und Bestreitungslast im Kontext der Novenregelung (Art. 229 ZPO)
 - A. Grundsätze und Ausgangstheze
 - 1. Eventualmaxime und Novenregelung (Art. 229 ZPO)
 - 2. Echte und unechte Noven (Art. 229 Abs. 1 ZPO)
 - 3. Zeitpunkt und Art und Weise des Einbringens von Noven sowie diesbezügliche Ausgangstheze
 - B. Analyse
 - 1. Legalitätsprinzip
 - 2. Entstehungsgeschichte
 - 3. Sinn und Zweck
 - 4. Systematik

- 5. Materielle Wahrheit
- 6. Gegenteilige Argumente?
- C. Schlussfolgerung
- V. Fazit

I. Einleitung

Die klagende Partei ist im erstinstanzlichen, dem ordentlichen Verfahren unterstehenden Zivilprozess regelmässig damit konfrontiert, dass die beklagte Partei in der schriftlichen Duplik neue Tatsachenbehauptungen aufstellt. Will die klagende Partei bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes vermeiden, dass diese Tatsachenbehauptungen infolge unterlassener Bestreitung dem Urteil zu Grunde gelegt werden, stellt sich die Frage, wann und wie sie diese neuen Tatsachenbehauptungen bestreiten muss. Mit anderen Worten wirft diese Konstellation die Frage auf, wann und wie die klagende Partei ihrer Bestreitungslast nachzukommen hat.¹

JEAN-DANIEL SCHMID, Dr. iur., Rechtsanwalt, epartners Rechtsanwälte AG, Zürich.

THOMAS HOFER, MLaw, Rechtsanwalt, Schwarzmann Brändli Rechtsanwälte, Zürich.

Der Beitrag wurde im Wesentlichen Anfang Mai 2017 fertiggestellt. Spätere Rechtsprechung bzw. Literatur konnte lediglich noch punktuell berücksichtigt werden. Alle im Beitrag genannten Internetseiten wurden letztmals am 4. Juni 2017 abgerufen. Gerne danken wir Dr. iur. Urs Egli, Rechtsanwalt, und Stefanie Kaufmann, BLaw, für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Etwaige Fehler liegen alleine in der Verantwortung der Autoren.

¹ Vgl. instruktiv zur Problematik das unter Anwendung des kantonalen Zivilprozessrechts ergangene Urteil des OGer ZH, LB090080, 25.3.2013, E. II.3., insbesondere E. II.3.e. Es wurde kein Rechtsmittel ergriffen (vgl. SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/RAHEL GOOD/DIANA MACHADO GOMES, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013/Le droit bancaire privé suisse 2012–2013, SZW 2013, 309 ff., 332 [Nr. 43]). Siehe zu diesem Urteil die diesbezügliche Besprechung und Berücksichtigung bei DOMINIK BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?, SJZ 2015, 513–521, 515 FN 32; RETO HUNSPERGER/JODOK WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, AJP 2013, 975 ff. (zit. Fallstricke des Replikrechts 2013), 981–983; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 2014, 369 ff., 375; PETER REETZ/LORENA FRANCESCHETTI, Das Replikrecht im Zivilprozess, HAVE 2014, 121 ff., 129 f.; CHRISTOPH REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Luzern, Zürich/St. Gallen 2017, N 120–122; ERNST F. SCHMID, 5 Jahre ZPO aus Sicht der Praxis – Wünsche für die nächsten fünf Jahre, in: Annette Dolge (Hrsg.), 5 Jahre ZPO, Zürich/Basel/Genf 2016, 21 ff., 37. Siehe im Einzelnen zu diesen Zu-

Der vorliegende Beitrag versucht, Ansätze zur Beantwortung dieser im Hinblick auf diese Konstellation² weitgehend ungeklärten Frage³ zu liefern. Zu diesem Zweck werden zuerst kurz die Grundlagen und die Problemstellung dargestellt. In diesem Rahmen zeigt sich, dass die Fragestellung im Hinblick auf die Ausübung des sogenannten «Replikrechts» (Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 2 BV) bzw. die Novenregelung (Art. 229 ZPO) zu analysieren sein wird (zum Ganzen Kapitel II.). Entsprechend wird danach zuerst auf das «Replikrecht» eingegangen (Kapitel III.). Sodann bildet die Diskussion der Novenregelung (Art. 229 ZPO) das Schwergewicht des Beitrags (Kapitel IV.). Zum Schluss folgt ein Fazit (Kapitel V.).

II. Grundlagen und Problemstellung

A. Verhandlungsgrundsatz und Bestreitungslast

Der Zivilprozess wird vom Verhandlungsgrundsatz geprägt:⁴ Die Sammlung und Darlegung des Prozessstoffs

sammenhängen, den entsprechenden Grundlagen und zum Stand der Rechtsprechung und Literatur unten II.

² Der Beitrag betrifft lediglich die bezeichnete Konstellation und Fragestellung. Mit anderen Worten wird unterstellt, dass das ordentliche Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) mit doppeltem Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) zur Anwendung gelangt und der Verhandlungsgrundsatz gilt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Ferner wird angenommen, dass die Tatsachenbehauptungen der beklagten Partei in der Duplik gänzlich neu sind und bislang entsprechend auch nicht – weder ausdrücklich noch implizit – bestritten wurden. Zudem wird unterstellt, dass das Gericht nicht von sich aus nach Erstattung der Duplik Frist zur Erstattung einer Stellungnahme zu den neuen Vorbringen in der Duplik unter Androhung von Säumnisfolgen (Art. 147 Abs. 3 ZPO) ansetzt. Schliesslich betrifft der Beitrag einzig die Frage der Bestreitung und der Bestreitungslast. Der Beitrag äussert sich demgegenüber nicht zu anderen Konstellationen und Fragestellungen (namentlich nicht zur Frage, wann und wie neue eigene Tatsachenbehauptungen durch die klagende Partei in das Verfahren einzubringen sind). Immerhin mögen die Überlegungen dieses Beitrags auch für andere, vergleichbare Situationen relevant sein (vgl. z.B. FN 51). Siehe zum Ganzen II.

³ Siehe zum Stand der Rechtsprechung und Literatur II.C., III.A. und IV.A. Wie noch zu zeigen sein wird, sind im Hinblick auf die Novenregelung (Art. 229 ZPO), welche schwergewichtig diskutiert wird, auch zahlreiche weitere Aspekte ungeklärt oder zumindest umstritten.

⁴ Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7223, 7240, 7275 und 7338, sowie statt vieler DANIEL GLASL, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Bd. 1, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Kommentar-Verfasser), Art. 55 ZPO N 3; CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Artikel 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 55 ZPO N 5, und im Allgemeinen statt vieler bereits WALTHER J. HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, N 146; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1984, 77.

ist damit in aller Regel⁵ die Sache der Parteien (Art. 55 Abs. 1 ZPO).⁶ Dem Gericht obliegt im Hinblick auf die Urteilsfindung demgegenüber zuerst die Feststellung des rechtlich relevanten Sachverhalts gestützt auf die behaupteten und, sofern erforderlich, bewiesenen⁷ Tatsachen der Parteien.⁸ Sodann hat es die Rechtssätze, welche vor dem Hintergrund der Rechtsbegehren der Parteien den massgeblichen Sachverhalt betreffen, zu identifizieren und anzuwenden (Art. 57 ZPO).⁹ Die Darlegung des Prozessstoffs, die Feststellung des rechtlich relevanten Sachverhalts durch das Gericht und die Identifikation und Anwendung der massgeblichen Rechtssätze sind

⁵ Anders verhält es sich im Anwendungsbereich des bloss ausnahmsweise anwendbaren Untersuchungsgrundsatzes. Gelangt dieser zur Anwendung, so hat das Gericht den Sachverhalt – in unterschiedlichem Ausmass – von Amtes wegen festzustellen (Art. 55 Abs. 2 ZPO). Siehe im Einzelnen hierzu statt vieler KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 55 N 14–19, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-Verfasser); THOMAS SUTTER-SOMM/CLAUDE SCHRANK, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO-Kommentar-Verfasser), Art. 55 N 59–76.

⁶ Statt vieler BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 1 f., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-Verfasser); BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 4; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 N 15 jeweils m.w.H.

⁷ Damit sich die Frage des Beweises überhaupt stellt, muss eine Tatsachenbehauptung grundsätzlich bestritten worden sein (siehe dazu die nachstehenden Ausführungen). Dies alleine genügt jedoch nicht. Die Tatsachenbehauptung muss darüber hinaus rechtserheblich sein (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO), d.h. den Verfahrensausgang zu beeinflussen vermögen (vgl. Botschaft ZPO [FN 4], 7311, und statt vieler BSK ZPO-GUYAN [FN 6], Art. 150 N 3; KUKO ZPO-SCHMID [FN 5], Art. 150 N 6). Dies wird nachfolgend unterstellt.

⁸ Gemeint ist damit die Feststellung des massgeblichen Sachverhalts für die Rechtsanwendung, gestützt auf die Parteivorbringen (Rechtsbegehren und Tatsachenbehauptungen) unter Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes und unter Berücksichtigung der (potentiell) massgeblichen Rechtssätze. Diese Feststellung des Sachverhalts als Element der Rechtsanwendung (vgl. mit ähnlichem Verständnis zum Ganzen MARKUS AFFENTRANGER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, Art. 57 N 2, und WALTER FELLMANN, Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, HAVE 2011, 13 ff., 21 f., sowie RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 57 N 2; vgl. ferner BGE 115 II 464 E. 1; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 156) ist nicht mit der Feststellung des Sachverhalts im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes (oben FN 5) zu verwechseln. Vgl. im Einzelnen auch die nachstehenden Ausführungen und FN 10.

⁹ Statt vieler BSK ZPO-GEHRI (FN 6), Art. 57 N 4; BK-HURNI (FN 4), Art. 57 ZPO N 4 und 11; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N 454–456.

dabei jedoch eng miteinander verknüpft und voneinander abhängig.¹⁰

Der Sachverhalt, der dem Urteil zu Grunde gelegt wird, ergibt sich unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes weitgehend aus dem Prozessverhalten der Parteien.¹¹ Damit ein Sachverhaltselement überhaupt Teil des vom Gericht in der Urteilsfindung zu berücksichtigenden Sachverhalts werden kann, muss es von den Parteien nämlich grundsätzlich¹² mittels entsprechender Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingeführt werden.¹³ Falls die andere Partei die Tatsachenbehauptung bestreitet, also die Richtigkeit der Tatsachenbehauptung in Abrede stellt,¹⁴ so wird diese Teil des massgeblichen Sachverhalts, sofern der Beweis gelingt.¹⁵ Mit anderen Worten erfolgt in diesem Fall eine Wahrheitsprüfung der Tatsachenbehauptung.¹⁶

Falls keine Bestreitung erfolgt, wird die Tatsachenbehauptung demgegenüber ohne weiteres als wahr unterstellt und dem Urteil zu Grunde gelegt.¹⁷ Die unbestrit-

ten gebliebene Tatsachenbehauptung muss in diesem Fall – gewisse Konstellationen vorbehalten¹⁸ – gerade nicht bewiesen werden, da lediglich streitige Tatsachen Beweisgegenstand sein können (Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁹ Die ZPO folgt daher insoweit der «formellen Wahrheit»:²⁰ Ob die in Frage stehende unbestrittene Behauptung tatsächlich wahr ist, ist regelmässig²¹ unbeachtlich.²² Die Bestreitung enthält folglich das (implizite) Begehren, die gegnerische Behauptung durch Beweiserhebung einer Wahrheitsprüfung zu unterziehen.²³ Diese Bestreitungslast, das heisst die prozessuale Obliegenheit, dass eine Tatsachenbehauptung bestritten werden muss, damit eine Wahrheitsprüfung erfolgt,²⁴ ist rein prozessrechtlicher Natur.²⁵ Sie ist nicht von der Parteirolle ab-

¹⁰ Siehe statt vieler zu diesem sprichwörtlichen «Hin-und-her-Wandern des Blicks» zwischen den (potentiell) massgeblichen Rechtssätzen und dem (potentiell) massgeblichen Sachverhalt im Hinblick auf Art. 57 ZPO bzw. den Verhandlungsgrundsatz statt vieler FELLMANN (FN 8), 21–23; DIKE-Kommentar-GLASL (FN 4), Art. 57 ZPO N 8; BK-HURNI (FN 4), Art. 57 ZPO N 7; HANS PETER WALTER, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bd. I/1, Bern 2012 (zit. BK-WALTER), Art. 8 ZGB N 12, sowie im Allgemeinen PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012, § 21 N 18–26; GULDENER (FN 8), 156 f.

¹¹ Vgl. statt vieler spezifisch zur ZPO BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 9 f.; DIKE-Kommentar-GLASL (FN 4), Art. 55 ZPO N 7 f. Vgl. zudem statt vieler im Allgemeinen GULDENER (FN 8), 159; MARTIN SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 2000, 685 ff., 686 f.

¹² Gewisse Tatsachen müssen weder behauptet noch bewiesen werden. Dies gilt namentlich für offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze (vgl. Art. 151 ZPO und statt vieler ZPO-Kommentar-HASENBÖHLER (FN 5), Art. 151 N 3c, 8 und 10 m.w.N.).

¹³ Statt vieler BSK ZPO-GEHRI (FN 6), Art. 55 N 3; DIKE-Kommentar-GLASL (FN 4), Art. 55 ZPO N 7; BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 9, 12 und 14. Vgl. ferner im Allgemeinen statt vieler GULDENER (FN 8), 159; HABSCHIED (FN 4), N 539.

¹⁴ Statt vieler BGE 141 III 433 E. 2.6 sowie JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern, Bern 1989 (zit. Diss.), 21; ZPO-Kommentar-HASENBÖHLER (FN 5), Art. 150 N 15; DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 150 ZPO N 88.

¹⁵ Vgl. statt vieler BRÖNNIMANN, Diss. (FN 14), 173 f.; FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Bd. I, Zürich 2015, N 1.10. Unterstellt wird dabei selbstredend, dass die entsprechend in Frage stehende Tatsache überhaupt rechtserheblich ist (siehe dazu oben FN 7).

¹⁶ Vgl. z.B. HASENBÖHLER (FN 15), N 1.10; ZPO-Kommentar-HASENBÖHLER (FN 5), Art. 150 N 14.

¹⁷ Statt vieler im Kontext der ZPO Botschaft ZPO (FN 4), 7311; KUKO ZPO-OBERHAMMER (FN 5), Art. 55 N 11; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/SCHRANK (FN 5), Art. 55 N 27. Vgl. ferner im Allgemeinen GULDENER (FN 8), 160; HABSCHIED (FN 4), N 541. Gleich verhält es sich, falls die Tatsachenbehauptung ausdrücklich oder konkludent anerkannt wird (sogenanntes «Zugeständnis»; statt vieler zum Ganzen RAOUL A. MEIER, Die

Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2015, N 226). Ob die Tatsachenbehauptung im Urteil überhaupt Beachtung findet, hängt selbstredend davon ab, dass das entsprechende Tatsachenelement in Bezug auf die anwendbaren Rechtssätze überhaupt relevant ist (dazu bereits oben FN 7 und FN 15).

¹⁸ Dem Gericht steht immerhin die Möglichkeit offen, von Amtes wegen Beweis zu erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Siehe dazu auch unten IV.B.5.

¹⁹ DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 150 ZPO N 44; BSK ZPO-GUYAN (FN 6), Art. 150 N 4.

²⁰ Bei Relevanz der «formellen Wahrheit» wird nicht auf den Sachverhalt abgestellt, wie er sich effektiv zugetragen hat, sondern – den dargelegten und darzulegenden Eigenheiten des Verhandlungsgrundsatzes folgend – darauf, was die Parteien übereinstimmend geltend machen (unbestrittene Behauptungen) bzw. was die Parteien beweisen können (bestrittene Behauptungen). Das Gegenstück zur «formellen Wahrheit» ist die «materielle Wahrheit», d.h. der sich effektiv zugetragene Sachverhalt (vgl. statt vieler ANDREAS LIENHARD, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, N 22 m.w.N.).

²¹ Siehe oben FN 18.

²² Statt vieler Botschaft ZPO (FN 4), 7311; DIKE-Kommentar-GLASL (FN 4), Art. 55 ZPO N 8; BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 10 und N 37; KUKO ZPO-OBERHAMMER (FN 5), Art. 55 N 11.

²³ HASENBÖHLER (FN 15), N 1.10; DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 150 ZPO N 88. Teilweise wird die Bestreitung derart verstanden, dass diese lediglich eine solche Aufforderung zur Wahrheitsprüfung beinhaltet (vgl. z.B. PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 3207, sowie GIAN SANDRO GENNA, Lebenssachverhalt oder Rechtsanwendung? – Ein interdisziplinärer Streifzug durch das Prozessrecht zwischen Streitgegenstand und «iura novit curia», recht 2008, 144 ff., 145). Wie es sich damit verhält, kann für die Zwecke dieses Beitrags offenbleiben.

²⁴ Vgl. in diesem Sinn z.B. BRÖNNIMANN, Diss. (FN 14), 33 f. und 173 f.; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungslast, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, Bern 2000 (zit. Behauptungslast), 47 ff., 61 f.; BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 37; MEIER (FN 17), N 18.

²⁵ Statt vieler BRÖNNIMANN, Diss. (FN 14), 174; MARK SCHWEIZER, Substanziieren – wozu?, SJZ 2012, 557 ff., 566; BK-WALTER (FN 10), Art. 8 ZGB N 198.

hängig,²⁶ trifft jedoch, was sich bereits aus ihrem Zweck ergibt, sachlogisch den Behauptungsgegner.²⁷

Die Bestreitung muss, damit sie von Bedeutung ist, rechtsgenügend sein. Dazu gehört neben der form- auch ihre fristgerechte Geltendmachung.²⁸ Namentlich muss die Bestreitung substantiiert bzw. detailliert erfolgen. Die bestreitende Partei hat demnach genau zu bezeichnen, welche Tatsachenbehauptung der Gegenpartei bestritten wird.²⁹ Eine Begründung für die Bestreitung ist demgegenüber regelmässig nicht erforderlich.³⁰ Unzureichend ist vor diesem Hintergrund die noch immer regelmässig anzutreffende, bloss pauschale Bestreitung. Sie führt dazu, dass die in Frage stehenden Tatsachenbehauptungen als nicht bestritten gelten.³¹ Immerhin ist es nach Ansicht der Doktrin zulässig wie ausreichend, wenn die Bestreitung dem Tatsachenvortrag der behauptenden Partei folgt und dabei «Absatz für Absatz» bestritten wird. Nicht erforderlich ist demnach die präzise Bezeichnung jeder einzelnen Tatsachenbehauptung, welche bestritten wird.³² Es ist ferner anerkannt, dass auch eine implizite Bestreitung den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung genügt.³³

B. Ordentliches Verfahren und Zeitpunkt der Einbringung des Prozessstoffs

Das ordentliche (gerichtliche) Verfahren wird durch die schriftliche Klage der klagenden Partei eingeleitet (Art. 220 ZPO). Die beklagte Partei muss sodann die schriftliche Klageantwort erstatten (Art. 222 ZPO).

Der weitere Verfahrensablauf hängt vom Ermessen des Gerichts ab (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO): Wenn es die Verhältnisse erfordern, kann ein zweiter Schriftenwechsel – Replik der klagenden Partei und Duplik der beklagten Partei³⁴ – angeordnet werden (Art. 225 ZPO). Dies ist gerade in komplexen Verhältnissen regelmässig der Fall.³⁵ Alternativ kann das Verfahren, allenfalls ergänzt durch eine oder mehrere Instruktionsverhandlungen (Art. 226 ZPO), mit der Hauptverhandlung (Art. 228–234 ZPO) fortgesetzt werden.³⁶ Weitere (Misch-)Formen sind denkbar.³⁷

Im Anwendungsbereich des ordentlichen Verfahrens haben die Parteien unabhängig von dessen konkreter Ausgestaltung zwei Mal die Möglichkeit, sich unbeschränkt zu äussern.³⁸ Mit anderen Worten ist es den Parteien überlassen, wann sie innerhalb dieses Rahmens ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, wozu gerade auch Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen gehören,³⁹ vorbringen möchten.⁴⁰ Sie können diese also auch sukzessive vorbringen.⁴¹

²⁶ Gemeint ist die Rolle als klagende bzw. beklagte Partei. Siehe statt vieler JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Artikel 150–352 ZPO, Artikel 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 150 ZPO N 16; DIKE-Kommentar-PAHUD (FN 4), Art. 222 ZPO N 10.

²⁷ Die Bestreitungslast trifft nach dem Vorgesagten diejenige Person, welche eine Tatsachenbehauptung der Gegenpartei der Wahrheitsprüfung unterstellen will. Vgl. zum Verhältnis zur Behauptungslast auch spezifisch BRÖNNIMANN, Diss. (FN 14), 173 f.; BRÖNNIMANN, Behauptungslast (FN 24), 59 und 61 f.

²⁸ Vgl. statt vieler JACQUES HALDY, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), CPC, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 55 N 4; DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 150 ZPO N 60 f.; KUKO ZPO-OBERHAMMER (FN 5), Art. 55 N 9 (jeweils für Tatsachenbehauptungen, was jedoch *mutatis mutandis* auch für die Bestreitung gilt; vgl. nämlich zur Eventualmaxime unten IV.A.).

²⁹ Vgl. für die Klageantwort Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Siehe zum Ganzen statt vieler BGE 141 III 433 E. 2.6 sowie BSK ZPO-GEHRI (FN 6), Art. 55 N 4; BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 39–41; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/SCHRANK (FN 5), Art. 55 N 27.

³⁰ Statt vieler (mit Hinweisen zu Ausnahmen) BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 43 f.; MEIER (FN 17), N 263–265 und N 275–291; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/SCHRANK (FN 5), Art. 55 N 27. A.M. z.B. FRANÇOIS CHAIX, L'apport des faits au procès, in: François Bohnet (Hrsg.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Neuenburg 2010, 115 ff., N 36; KUKO ZPO-OBERHAMMER (FN 5), Art. 55 N 12 a.E.

³¹ Vgl. zum Ganzen Botschaft ZPO (FN 4), 7311 und 7339, und statt vieler BGE 141 III 433 E. 2.6; MEIER (FN 17), N 254; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/SCHRANK (FN 5), Art. 55 N 27; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 222 N 21.

³² Vgl. statt vieler CHAIX (FN 30), N 35; FELLMANN (FN 8), 30 f.; BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 42; DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 150 ZPO N 78. Teilweise a.M. z.B. MEIER (FN 17), N 256.

³³ Statt vieler FELLMANN (FN 8), 31; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 222 N 21; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS

(FN 5), Art. 222 N 9. Weil der Umstand, dass eine Tatsachenbehauptung eben gerade nicht ausdrücklich bestritten wurde, auch als (konkludentes) Zugeständnis der Tatsachenbehauptung aufgefasst werden könnte, ist es jedoch ein Gebot der prozessualen Vorsicht, die gegnerischen Tatsachenbehauptungen stets ausdrücklich zu bestreiten (vgl. z.B. HASENBÖHLER [FN 15], N 1.10).

³⁴ Statt vieler zur üblichen Terminologie Botschaft ZPO (FN 4), 7340.

³⁵ Statt vieler KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS (FN 5), Art. 225 N 2; BK-KILLIAS (FN 26), Art. 225 ZPO N 6.

³⁶ Siehe zur Übersicht über die verschiedenen Varianten statt vieler ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 2–6 sowie daneben statt vieler BK-KILLIAS (FN 26), Art. 225 ZPO N 1.

³⁷ Beispielsweise kann nach Erstattung der Klageantwort eine Instruktionsverhandlung stattfinden (Art. 226 ZPO), an welche sodann ein doppelter Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) anknüpft (vgl. hierzu ZPO-Kommentar-LEUENBERGER [FN 5], Art. 225 N 5; BSK ZPO-WILLISEGGER [FN 6], Art. 226 N 5). Siehe ferner CHRISTOPH LEUENBERGER, Das ordentliche Verfahren, ZZZ 2007, 327 ff., 328.

³⁸ Siehe unten IV.A.

³⁹ Siehe unten IV.A.

⁴⁰ Vgl. RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2010, N 620 f.; SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014, N 101–120. Ebenso (in Bezug auf den zweifachen Schriftenwechsel) CHRISTOPH LEUENBERGER, Aktenschluss, Noven und Klageänderung, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 949 ff. (zit. Aktenschluss), 951. Siehe ferner auch OGer ZH, RB160036, 20.1.2017, E. 3.4.3., in: ZR 2017, Nr. 11.

⁴¹ Vgl. die Nachweise in FN 40.

Falls der Weg des doppelten Schriftenwechsels eingeschlagen wird, können die Parteien mithin in der Replik bzw. Duplik neuen Prozessstoff einbringen.⁴² Das Verfahren wird, falls die Parteien nicht gemeinsam darauf verzichten (Art. 233 ZPO), mit der Hauptverhandlung (Art. 228–234 ZPO) bzw. – allenfalls der Hauptverhandlung vorgelagert – mit einer oder mehreren Instruktionsverhandlungen (Art. 226 ZPO) fortgesetzt. In allen diesen Verhandlungen können Noven, also neue Angriffs- und Verteidigungsmittel,⁴³ lediglich noch im Rahmen von Art. 229 ZPO vorgebracht werden.⁴⁴

C. Problemstellung

Das Gericht legt dem Urteil denjenigen Sachverhalt zu Grunde, den es bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung festgestellt hat.⁴⁵ Für den Fall, dass die beklagte Partei in der Duplik neue Tatsachenbehauptungen aufstellt (sogenannte «Dupliknoven»⁴⁶), welche die klagende Partei bislang nicht – zumindest implizit – bestritten hat,⁴⁷ stellt sich vor obigem Hintergrund die Frage, wie die klagende Partei ihrer Bestreitungslast Genüge tun kann. Erfolgt bis zur Urteilsfällung keine ordnungsgemässe Bestreitung, wird die in der Duplik vorgebrachte neue Tatsachenbehauptung als wahr unterstellt und dem Urteil grundsätzlich⁴⁸ zu Grunde gelegt.⁴⁹ Dies kann sich

für die klagende Partei (offensichtlich) nachteilig auswirken.⁵⁰ Die Fragestellung, welche sich in anderen Konstellationen auch für die beklagte Partei stellen kann,⁵¹ aber nicht mit anderen, ähnlich gelagerten Fragen zu vermischen ist,⁵² erscheint daher ausserordentlich bedeutsam.⁵³

Die Frage wurde von der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, nicht abschliessend beantwortet. Die publizierte Rechtsprechung, welche die Problematik aufgreift, bezieht sich in aller Regel entweder nicht auf die ZPO⁵⁴, nicht auf das ordentliche Verfahren⁵⁵ bzw. nicht auf das erstinstanzliche Verfahren (sondern das Verfahren vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz⁵⁶

bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung festgestellt wurde (siehe die vorstehenden Ausführungen). Siehe ferner auch als Anwendungsfall das in FN 60 erstgenannte Urteil.

⁵⁰ Vgl. instruktiv zur Problematik das unter Anwendung des kantonalen Zivilprozessrechts ergangene Urteil OGer ZH, LB090080, 25.3.2013, E. II.3, insbesondere E. II.3.e. Siehe zu diesem Urteil ferner die Nachweise in FN 1 und FN 54.

⁵¹ Beispiel: Die klagende Partei erstattet nach Durchführung des doppelten Schriftenwechsels eine zulässige Stellungnahme (dazu im Allgemeinen auch III.A.), in welcher sie in zulässiger Art und Weise (neue) Tatsachen vorbringt, welche von der beklagten Partei bislang weder ausdrücklich noch implizit bestritten wurden. Die beklagte Partei sieht sich in dieser Konstellation faktisch mit der gleichen Problematik konfrontiert wie die klagende Partei im dem Beitrag unterstellten Sachverhalt, nämlich wann und wie eine etwaige Bestreitung zu erfolgen hat.

⁵² Siehe die Bemerkungen in FN 2.

⁵³ Insoweit erscheint es erstaunlich, dass nicht noch weitere Rechtsprechung ergangen ist, welche sich zur Problematik äussert. Über die Ursachen lässt sich nur spekulieren.

⁵⁴ Vgl. OGer ZH, LB090080, 25.3.2013, E. II.3, insbesondere E. II.3.e (unterlassene Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der Duplik durch die klagende Partei im erstinstanzlichen Verfahren; es gelangte das alte kantonale Prozessrecht zur Anwendung; dazu oben FN 1 und unten III.A.). Dieser Aspekt, d.h., dass nicht die ZPO zur Anwendung gelangt ist, wird bei HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 (FN 1), 981 f. ausser Acht gelassen.

⁵⁵ Vgl. OGer ZG, 22.10.2015, E. 3.1.3, in: GVPZG 2015, 29 ff. (unterlassene Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der Gesuchantwort durch die Gesuchstellerin im Rahmen des summarischen Verfahrens in der ersten Instanz). Vgl. ferner die Nachweise in FN 59.

⁵⁶ Vgl. BGer, 4A_747/2012, 5.4.2013, E. 3.3 (unterlassene Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der Berufungsantwort durch die Partei, welche Berufung erhoben hat, im Rahmen des Berufungsverfahrens vor der kantonalen Berufungsinstanz). Ebenso OGer ZG, 19.8.2015, E. 3.1, in: GVPZG 2015, 317 ff., E. 3.1. A.M. und damit für die Beachtlichkeit des erstgenannten Urteils für die in Frage stehende Konstellation ohne diesbezügliche Begründung ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2013 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2015, 242 ff. (zit. Zivilprozessrecht im internen Verhältnis), 248 f. Ebenfalls für die Beachtlichkeit RETO HUNSPERGER/JODOCK WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik, AJP 2017, 453 ff. (zit. Fallstricke des Replikrechts 2017), 454 f. Siehe zu dieser Rechtsprechung auch IV.A.3.

⁴² Offensichtlich mutwillig verzögertes Bestreiten kann aber unter Umständen als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Ebenso erscheint eine Berücksichtigung bei der Kostenverteilung denkbar (vgl. zu den entsprechenden theoretischen Grundlagen die Nachweise in FN 40).

⁴³ Siehe unten IV.A. und FN 46.

⁴⁴ Siehe unten IV.A.

⁴⁵ Statt vieler BK-KILLIAS (FN 26), Art. 236 ZPO N 23; DIKE-Kommentar-KRIECH (FN 4), Art. 236 ZPO N 10.

⁴⁶ Der Begriff der «Dupliknoven» findet sich in der Rechtsprechung (vgl. z.B. BGer, 5A_658/2014, 6.5.2015, E. 6.1 f.) und in der Literatur (vgl. z.B. statt vieler MÜLLER [FN 1], 375) regelmässig. Mit «Noven» werden üblicherweise neue Angriffs- und Verteidigungsmittel bezeichnet, welche nach demjenigen Zeitpunkt erstmals vorgebracht werden, ab dem diese nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden können (vgl. z.B. KLINGLER [FN 40], N 206; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND [FN 6], § 10 N 49; BSK ZPO-WILLISEGGER [FN 6], Art. 229 N 12; vgl. zum Aspekt der Neuheit spezifisch z.B. BK-KILLIAS [FN 26], Art. 229 ZPO N 7). Dies ist bei der Duplik in der unterstellten Konstellation von vornherein nicht der Fall (oben II.B.). Entsprechend erweist sich der Begriff der «Dupliknoven» bei genauer Betrachtung als ungenau (vgl. z.B. JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, N 618). Im vorliegenden Beitrag wird dieser Begriff gleichwohl verwendet.

⁴⁷ Falls eine (ausdrückliche oder implizite) Bestreitung erfolgt ist, gilt die entsprechende Tatsachenbehauptung als bestritten. Die klagende Partei ist ihrer Bestreitungslast damit nachgekommen und die Fragestellung stellt sich sodann nicht (oben II.A.).

⁴⁸ Siehe zu den Ausnahmen die Bemerkungen in II.A. und FN 18.

⁴⁹ Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Bestreitung form- und fristgerecht erfolgen muss und dass das Gericht dem Urteil denjenigen Sachverhalt zu Grunde legt, der

bzw. dem Bundesgericht⁵⁷), nicht genau auf die unterstellte Konstellation⁵⁸ oder aber lässt die Frage im Ergebnis unbeantwortet.⁵⁹ Auf diese Rechtsprechung wird daher lediglich noch punktuell eingegangen. Die einzige erkennbare Ausnahme bildet ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom Dezember 2013.⁶⁰

Zwei voneinander auf den ersten Blick unabhängige Varianten⁶¹ kommen in Betracht, wie der Bestreitungs-

last in dieser Konstellation nachzukommen sein könnte. Diese werden teilweise auch von der Rechtsprechung und der Literatur vertreten:⁶² Die erste Variante besteht darin, dass die klagende Partei ihr «Replikrecht» gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 2 BV ausüben muss (dazu Kapitel III.). Als andere Variante steht das Einbringen von Noven⁶³ in den Formen und den Schranken nach Art. 229 ZPO im Vordergrund (dazu Kapitel IV.).⁶⁴

III. Obliegenheit zur Bestreitung mittels Ausübung des «Replikrechts»?

A. Ausgangslage

Gemäss jüngerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht den Parteien eines Zivilprozesses gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV ein generelles «Replikrecht» zu.⁶⁵ Dieses umfasst das unbedingte Recht, von allen beim Gericht eingereichten Eingaben Kenntnis zu erhalten und sich zu diesen äussern zu können.⁶⁶ Der Begriff hat entsprechend nichts mit der zweiten schriftlichen Stellungnahme der klagenden Par-

⁵⁷ Vgl. BGer, 4A_131/2013, 3.9.2013, E. 1 und E. 2.2 (unterlassene Bestreitung von Tatsachenbehauptungen eines Beschwerdegegners durch die beschwerdeführende Partei im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht).

⁵⁸ OGer ZH, LB150037, 25.2.2016, E. III.3a und E. III.3d.bb (mutmasslich unterlassene Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der Duplik durch die klagende Partei im erstinstanzlichen Verfahren; die Vorinstanz hat der klagenden Partei – unter Androhung von Säumnisfolgen im Unterlassungsfall [Art. 147 Abs. 3 ZPO] – eine Frist angesetzt, um sich zu den Dupliknoven zu äussern; für die Zwecke des Beitrags wird gerade nicht von einer solchen Fristansetzung ausgegangen [vgl. FN 2]). Das bezeichnete Urteil ist bei Abschluss dieses Beitrags noch nicht rechtskräftig.

⁵⁹ KGer GR, KSK 13 45, 20.9.2013, E. 3f; KGer GR, KSK 13 46, 20.9.2013, E. 3f (jeweils im Kontext des summarischen Verfahrens).

⁶⁰ HGer ZH, HG110266, 19.12.2013, E. 2.2, insbesondere E. 2.2.3 (unterlassene Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der Duplik durch die klagende Partei im erstinstanzlichen Verfahren bis zur Hauptverhandlung). Das Urteil findet, soweit erkennbar, weder in der (übrigen) Rechtsprechung, noch in der Literatur Berücksichtigung. Ferner ist anzumerken, dass sich den massgeblichen Erwägungen nur sehr rudimentäre Begründungen für die eingenommene Haltung entnehmen lassen. Dies gilt namentlich für die Frage, warum es sich bei Bestreitungen und der Bestreitungslast – gemäss der im Urteil vertretenen Auffassung – gleich verhalten soll, wie bei allen übrigen Noven. Auf das Urteil wird daher nachfolgend lediglich punktuell eingegangen. Mit dem vorgenannten Urteil vereinbar ist das Urteil HGer ZH, HG120126, 23.11.2015, Sachverhalt B.b. und E. 1.7, teilweise in: ZR 2016, Nr. 13, und ebenso das Urteil im Parallelverfahren (HGer ZH, HG120130, 23.11.2015, Sachverhalt B.b. und E. 1.7; jeweils neue Tatsachenbehauptungen in der Duplik; Antrag um Fristansetzung zwecks Ausübung des «Replikrechts» im Hinblick auf die Duplik durch die klagende Partei, welcher durch das Gericht mit Verweis auf die Parteivorträge in der Hauptverhandlung – und unter Hinweis auf die Novenregelung [Art. 229 ZPO] – abgewiesen wurde; Bestreitungen durch die klagende Partei erfolgten sodann in der Hauptverhandlung; siehe zu diesem Urteil die Bemerkungen bei SCHMID [FN 1], 40 f.). Auch diese Urteile finden, soweit erkennbar, in der (übrigen) Rechtsprechung und in der Literatur bloss beschränkte Resonanz. Ebenso ist die in Frage stehende Erwägung nicht eindeutig. Entsprechend werden diese Urteile nachstehend ebenso lediglich punktuell berücksichtigt.

⁶¹ Ob die genannten Varianten tatsächlich völlig unabhängig sind, muss für die Zwecke dieses Beitrags offenbleiben. Dies erscheint immerhin nicht völlig eindeutig: Sowohl im Hinblick auf die Ausübung des «Replikrechts» als auch im Hinblick auf die Geltendmachung von Noven «ohne Verzug» (Art. 229 Abs. 1 ZPO) wird z.B. das Vorgehen mittels unaufgeforderter Stellungnahme vorgeschlagen. Zudem wird von Teilen der Literatur in beiderlei Kontext eine sehr kurze (Reaktions-)Frist von zehn Tagen diskutiert. Schliesslich ist es anerkannt, dass die Eventualmaxime (und damit die Noven-

regelung) auch im Hinblick auf die Ausübung des «Replikrechts» zur Anwendung gelangt. Siehe zu diesen Aspekten jeweils III.A. und IV.A.3.

⁶² Siehe neben den vorstehenden Nachweisen unten III.A. und IV.A.

⁶³ Siehe zum Begriff FN 46 und unten IV.A.

⁶⁴ Weitere Ansatzpunkte sind vorstellbar, werden jedoch im vorliegenden Beitrag nicht eingehend thematisiert. Ein solcher Ansatzpunkt, welcher die Problematik allenfalls mildert, besteht darin, dass das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben kann, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Daneben böte allenfalls auch eine grosszügige Auslegung und Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) eine mögliche Lösung. Siehe zu diesen Aspekten auch unten IV.B.5.

⁶⁵ Siehe statt aller BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 484 E. 2.1 f.; 137 I 195 E. 2.3.1; 133 I 98 E. 2.1; 132 I 42 E. 3.3. Die Praxis des Bundesgerichts wurde massgeblich durch verschiedene die Schweiz betreffende Urteile des EGMR geprägt. Siehe zur Entwicklung der Rechtsprechung eingehend MARKUS LANTER, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, ZBl 2012, 167 ff., 169 f., sowie ROXANE SCHALLER/PASCAL MAHON, Le droit de réplique: un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne?, in: Francois Bohnet (Hrsg.), Le droit de réplique, Basel/Neuenburg 2013, 1 ff., 10–19. Dieses «Replikrecht» gilt selbstredend nicht nur im Kontext des Zivilprozesses. Siehe zum Anwendungsbereich insbesondere BGE 133 I 100 E. 4.6 sowie die Nachweise bei HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 (FN 1), 976 FN 5 f.

⁶⁶ Vgl. die in FN 65 aufgeführten Urteile sowie für eine Übersicht zum Inhalt des «Replikrechts» statt vieler GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 29 N 47.

tei, das heisst der Replik,⁶⁷ im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels zu tun.⁶⁸

Die Entstehung des «Replikrechts» setzt nicht voraus, dass die Eingabe nach Auffassung des Gerichts neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält und deswegen überhaupt einen Einfluss auf das Urteil haben könnte.⁶⁹ Es ist stattdessen einzig Sache der Partei zu beurteilen, ob eine Stellungnahme erforderlich ist.⁷⁰ Bei der Zustellung einer Eingabe ist das Gericht entsprechend nicht verpflichtet, ausdrücklich auf das «Replikrecht» hinzuweisen und zu dessen Wahrnehmung eine Frist anzusetzen. Es genügt, wenn eine Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt wird, sofern von der Partei erwartet werden kann, dass sie umgehend und unaufgefordert Stellung nimmt oder eine Fristansetzung für eine Stellungnahme beantragt.⁷¹ In der Praxis kommt es regelmässig vor, dass kantonale Gerichte bei der Zustellung einer neuen Eingabe von einer Fristansetzung zur Stellungnahme absehen.⁷² Wird keine Frist angesetzt, hat das Gericht mit dem Entscheid so lange zuzuwarten, bis ein Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen werden darf.⁷³ Nach einer allgemeinen Formulierung des Bundesgerichts darf jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht von einem solchen Verzicht ausgegangen werden.⁷⁴

⁶⁷ Siehe zur Terminologie bereits oben II.B.

⁶⁸ Vgl. zur Terminologie und zu dieser Unterscheidung auch z.B. HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 (FN 1), FN 1.

⁶⁹ Nach der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung musste eine Eingabe demgegenüber nur dann zugestellt werden, wenn sie nach Auffassung des Gerichts neue und erhebliche Gesichtspunkte enthielt, zu denen sich die Partei noch nicht äussern konnte. Siehe zum Ganzen statt vieler BGE 133 I 100 E. 4.3–4.6 mit Verweisen zur früheren Praxis und daneben statt vieler BK-HURNI (FN 4), Art. 53 ZPO N 40; REETZ/FRANCESCHETTI (FN 1), 121 f.

⁷⁰ Statt aller BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 484 E. 2.1; 133 I 100 E. 4.3. Siehe auch jüngst BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.3.1.

⁷¹ Dies ist namentlich bei anwaltlich vertretenen bzw. rechtskundigen Parteien der Fall. Vgl. zum Ganzen statt aller BGE 138 I 484 E. 2.4; BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.3.2; BGer, 4A_581/2013, 7.4.2014, E. 2.2; BAERISWYL (FN 1), 515; ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2014, 35 ff., 37.

⁷² Vgl. BAERISWYL (FN 1), 517; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17a.

⁷³ Vgl. z.B. BGer, 5A_296/2013, 9.7.2013, E. 3.1; BGer, 5D_112/2013, 14.4.2013, E. 2.

⁷⁴ Vgl. dazu statt vieler das kürzlich ergangene Urteil BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.3.3 f. mit ausführlicher Wiedergabe der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Parteien, die ihr «Replikrecht» ausüben möchten, sollten sicherstellen, dass ihre Eingabe spätestens am zehnten Tag seit Kenntnisnahme der Eingabe beim Gericht *eintrifft*, da die zehntägige Frist die Zeit der Übermittlung mitumfasst. Vgl. dazu auch ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2017, 32 ff., 33 sowie kritisch HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 459–461. Ob eine Stellungnahme aus der Perspektive des «Replikrechts» auch nach Ablauf der Frist zulässig und beachtlich ist, soweit die Erstattung vor Urteilsfällung erfolgt, gilt als umstritten (siehe dazu z.B. HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 [FN 1], 977; REETZ/FRANCE-

Die entsprechende Stellungnahme, mit welcher das «Replikrecht» gemäss den vorstehenden Grundsätzen ausgeübt wird, erfolgt regelmässig schriftlich und ausserhalb der in der ZPO vorgesehenen Äusserungsmöglichkeiten.⁷⁵ Obschon die ZPO diese Form der Stellungnahme nicht explizit behandelt,⁷⁶ ist eine solche, soweit sie den vorstehend bezeichneten Grundsätzen entspricht, ohne weiteres zulässig und vom Gericht entgegenzunehmen.⁷⁷ Ob die in einer solchen Stellungnahme geltend gemachten Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel vom Gericht jedoch berücksichtigt werden dürfen und müssen, ergibt sich demgegenüber nicht aus dem «Replikrecht», sondern aus den übrigen Bestimmungen und Grundsätzen der ZPO.⁷⁸ Das «Replikrecht» führt mit anderen Worten zumindest insoweit nicht zu einer Erweiterung der gesetzlichen Ordnung.⁷⁹

Teile der Rechtsprechung⁸⁰ und der Literatur⁸¹ vertreten für die in diesem Beitrag infrage stehende Konstellation die Ansicht, dass die klagende Partei ihr «Replikrecht» ausüben⁸² und dabei die massgeblichen

SCHETTI [FN 1], 127 f.; SCHMID [FN 1], 40; siehe ferner BGer, 5A_155/2013, 17.4.2013, E. 1.4 a.E.). Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags kann diese Frage offenbleiben.

⁷⁵ Siehe z.B. die Bemerkungen bei MÜLLER (FN 1), 375.

⁷⁶ BAERISWYL (FN 1), 516; MÜLLER (FN 1), 374 f. Ähnlich REUT (FN 1), N 118. Vgl. jedoch immerhin Botschaft ZPO (FN 4), 7274. Siehe daneben zur Rechtsgrundlage des «Replikrechts» – im Verhältnis zur ZPO – auch SCHALLER/MAHON (FN 65), 8 f. und 25.

⁷⁷ Vgl. z.B. BAERISWYL (FN 1), 514 f.; HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 (FN 1), 975–977.

⁷⁸ Vgl. statt aller BAERISWYL (FN 1), 519; HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 456; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17d; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 11.109; MÜLLER (FN 1), 374; REUT (FN 1), N 119; ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2015, 35 ff., 37 f. Siehe ferner Botschaft ZPO (FN 4), 7274. Siehe dazu auch unten III.B.3.

⁷⁹ Vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 229 N 54. Siehe dazu auch unten III.B.3.

⁸⁰ In diesem Sinn kann namentlich das Urteil OGer ZH, LB090080, 25.3.2013, E. II.3, insbesondere E. II.3.e (vgl. dazu auch FN 1 und FN 54) verstanden werden (ähnliches Verständnis bei HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 [FN 1], 981–983; MÜLLER [FN 1], 375; REETZ/FRANCESCHETTI [FN 1], 129 f.; REUT [FN 1], N 120; SCHMID [FN 1], 37 FN 67). In die gleiche Richtung geht das Urteil HGer ZH, HG110266, 19.12.2013, E. 2.2.3 (vgl. jedoch auch FN 60 und FN 147). Nicht völlig eindeutig ist demgegenüber das Urteil OGer ZH, LB150037, 25.2.2016, E. III.3(d)bb) a.E. (vgl. zum Kontext, welcher die Erwägung nicht völlig eindeutig macht, vorstehend FN 58).

⁸¹ Siehe namentlich (zumindest in diese Richtung) HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 (FN 1), 981–983; HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 453 f. und 462; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17c; LEUENBERGER, Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (FN 56), 248 f.; REETZ/FRANCESCHETTI (FN 1), 129 f.

⁸² Unbestrittenermassen steht der klagenden Partei das «Replikrecht» auch in Bezug auf die Duplik zu. Siehe dazu statt vieler FRANÇOIS BOHNET, Le droit de réplique en procédure civile, in: François Bohnet (Hrsg.), Le droit de réplique, Basel/Neu-

Bestreitungen geltend machen müsse. Andernfalls seien die entsprechend von der beklagten Partei in der Duplik vorgebrachten Behauptungen nicht bestritten. Diese These ist jedoch umstritten.⁸³ Nachfolgend wird die Richtigkeit dieser These im Rahmen einer kurzen Analyse untersucht.

B. Analyse

1. Sinn und Zweck

Das «Replikrecht» bezweckt, den Verfahrensparteien das rechtliche Gehör zu gewähren.⁸⁴ Mit anderen Worten soll es erlauben, dass sich die Verfahrensparteien namentlich zu allen Stellungnahmen der jeweils anderen Partei äussern können⁸⁵.

Vor diesem Hintergrund erscheint es weder naheliegend noch sachgerecht, an die unterlassene Ausübung dieser Berechtigung die nachteilige Folge der unterlassenen Bestreitung zu knüpfen. Dies spricht gegen die These, dass der Bestreitungslast vorliegend mittels Ausübung des «Replikrechts» nachgekommen werden muss.⁸⁶

2. Keine Normierung in der ZPO bzw. kein explizit vorgesehenes Instrument zur Stellungnahme

Die Rechtsgrundlage des «Replikrechts» findet sich in Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 2 BV.⁸⁷ Gestützt darauf hat die Rechtsprechung das «Replikrecht» durch verschiedene Urteile konkretisiert.⁸⁸ In der ZPO finden sich, wie bereits erwähnt, keine Bestimmungen, die das «Replikrecht» ausdrücklich adressieren.⁸⁹

Eine nachteilige Rechtsfolge infolge unterlassenen Bestreitung mittels Ausübung des «Replikrechts» kann der ZPO damit ebenfalls nicht – bzw. zumindest nicht in klarer und unmissverständlicher Form⁹⁰ – entnom-

men werden. Damit wäre diese nachteilige Rechtsfolge jedoch – gerade für Laien – nicht mehr voraussehbar. Die Voraussehbarkeit von Rechtsfolgen stellt ein Kernanliegen des Legalitätsprinzips dar und dient der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit.⁹¹ Gerade im Verfahrensrecht kommt der Voraussehbarkeit bzw. dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit regelmässig eine grössere Rolle zu als in anderen Rechtsgebieten.⁹² Im vorliegenden Kontext ist die Voraussehbarkeit zudem besonders bedeutsam, wenn berücksichtigt wird, welche – aus Sicht des Betroffenen – schwerwiegenden Konsequenzen eine unterlassene Bestreitung nach sich ziehen kann.⁹³

Kommt hinzu, dass Bestreitungen gemäss üblichem Verständnis in den Formen und Fristen des Verfahrensrechts geltend gemacht werden müssen.⁹⁴ Es erscheint zumindest nicht naheliegend, eine gestützt auf das «Replikrecht» erstattete Stellungnahme, welche durch die ZPO weder ausdrücklich adressiert noch vorgesehen ist,⁹⁵ als eine solche Geltendmachung zu qualifizieren und daraus vorliegend nachteilige Folgen an die unterlassene Ausübung des «Replikrechts» abzuleiten.

Auch diese Aspekte sprechen nach der hier vertretenen Auffassung massgeblich gegen die These, dass die Bestreitung in der unterstellten Konstellation mittels der Ausübung des «Replikrechts» erfolgen muss.

3. Beachtlichkeit der aufgrund des «Replikrechts» erstatteten Stellungnahme und diesbezügliche Schlussfolgerung

Das «Replikrecht» führt grundsätzlich nicht zu einer Erweiterung der gesetzlichen Ordnung.⁹⁶ Ob eine Stellungnahme, welche in Ausübung des «Replikrechts» erstattet wird, vom Gericht inhaltlich berücksichtigt werden darf und muss, hängt entsprechend nicht vom «Replikrecht» selbst ab. Massgeblich sind stattdessen der

enburg 2013, 151 ff., 162; BK-KILLIAS (FN 26), Art. 225 ZPO N 10; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17–17e.

⁸³ Gegen diese These namentlich BAERISWYL (FN 1), 515 f.; MÜLLER (FN 1), 374 f.; REUT (FN 1), N 120 f.; SCHMID (FN 1), 37; SCHMID (FN 78), 38.

⁸⁴ Siehe statt vieler BGE 139 I 189 E. 3.2; 137 I 195 E. 2.3.1. Vgl. auch LANTER (FN 65), 168; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 48, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015. Siehe im vorliegenden Kontext auch MÜLLER (FN 1), 375; REUT (FN 1), N 121.

⁸⁵ Vgl. die in FN 84 zitierte Rechtsprechung sowie BAERISWYL (FN 1), 515 f.; MÜLLER (FN 1), 374.

⁸⁶ Im Ergebnis ebenso zum Ganzen BAERISWYL (FN 1), 515 f.; MÜLLER (FN 1), 374 f.; REUT (FN 1), N 121; SCHMID (FN 1), 37.

⁸⁷ Siehe statt vieler BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 484 E. 2.2; 137 I 195 E. 2.3.1 und SCHALLER/MAHON (FN 65), 3–8.

⁸⁸ Siehe oben III.A.

⁸⁹ Siehe oben III.A. und FN 76.

⁹⁰ Ein Anknüpfungspunkt für eine solche negative Rechtsfolge liesse sich immerhin – je nach Auslegung – in der Novenre-

gelung (Art. 229 ZPO) erkennen. Für ein solches Verständnis besteht nach der hier vertretenen Auffassung jedoch keine Grundlage. Siehe zur Novenregelung und der diesbezüglichen Analyse unten IV.

⁹¹ Vgl. statt vieler GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. A., Zürich 2013, N 272; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 19 N 19.

⁹² Vgl. MÜLLER/UHLMANN (FN 91), N 272 und ebenso im vorliegenden Kontext REUT (FN 1), N 121. Siehe ferner IVO SCHWANDER, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen? (7 Thesen), ZZZ 2004, 3 ff., 4 und im Hinblick auf das Novenrecht VIKTOR RÜEGG, Das Interesse des Zivilrichters an einem liberalen Novenrecht, ZZZ 2004, 155 ff. (zit. Novenrecht), 163. Vgl. auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3. Siehe zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im Verfahrensrecht ausserdem nachstehend im Kontext der Novenregelung (Art. 229 ZPO) IV.B.1.

⁹³ Siehe insbesondere oben II.A. und II.C. Siehe auch REUT (FN 1), N 121.

⁹⁴ Vgl. FN 28.

⁹⁵ Siehe oben III.A.

⁹⁶ Siehe oben III.A.

Stand des Verfahrens und die diesbezügliche Ordnung des Prozessrechts, das heisst namentlich die Novenregelung gemäss Art. 229 ZPO.⁹⁷

An das «Replikrecht» selbst und dessen Ausübung wird somit in *positiver Hinsicht* keine dahingehende Rechtsfolge geknüpft, ob und inwiefern eine diesbezüglich erstattete Stellungnahme inhaltlich vom Gericht berücksichtigt werden darf und muss. Die Rechtsfolge richtet sich stattdessen einzig nach den übrigen Regeln des Prozessrechts.

Es ist naheliegend, von einem diesbezüglichen Gleichlauf der Rechtsfolge in *negativer Hinsicht* auszugehen: Mit anderen Worten dürfte auch in der umgekehrten Konstellation, um welche es vorliegend gerade geht, das heisst im Falle der unterlassenen Ausübung, keine eigenständige negative Rechtsfolge hieran geknüpft werden. Jedenfalls würde sich eine entsprechende negative Rechtsfolge nicht aus dem «Replikrecht» selbst ergeben.⁹⁸ Auch dieses Element spricht nach der hier vertretenen Auffassung gegen die These, dass die Bestreitung in der unterstellten Konstellation mittels der Ausübung des «Replikrechts» erfolgen muss.

4. Anwendung von Art. 147 Abs. 3 ZPO?

In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, Art. 147 Abs. 3 ZPO schliesse aus, dass die unterlassene Ausübung des «Replikrechts» nachteilige Folgen zeitigt. Gemäss Art. 147 Abs. 3 ZPO müssten Säumnisfolgen nämlich explizit angedroht werden.⁹⁹

Der Anwendungsbereich von Art. 147 ZPO beschränkt sich auf fristgebundene Prozesshandlungen und Termine.¹⁰⁰ Wenn keine Frist angesetzt wird (oder zu einem Termin vorgeladen wird), müssen auch keine Säumnisfolgen angedroht werden.¹⁰¹ Im Hinblick auf die Ausübung des «Replikrechts» wird eine Frist regelmässig lediglich dann überhaupt angesetzt, wenn eine Partei eine entsprechende Fristansetzung verlangt.¹⁰² Art. 147 Abs. 3 ZPO ist damit mangels Fristansetzung regelmässig von vornherein nicht einschlägig,¹⁰³ weshalb es sich für die Zwecke des vorliegenden Beitrags erübrigt, hierauf näher einzugehen.

⁹⁷ Siehe oben III.A., insbesondere FN 78.

⁹⁸ Vgl. jedoch FN 90.

⁹⁹ Siehe zu dieser These MÜLLER (FN 1), 374 f.; REUT (FN 1), N 121; SCHMID (FN 1), 37. Kritisch HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 454 f.

¹⁰⁰ Statt vieler BSK ZPO-GOZZI (FN 6), Art. 147 N 2; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY (FN 5), Art. 147 N 2.

¹⁰¹ Statt vieler SARAH SCHEIWILLER, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2016, N 13 und 60; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 17 N 11.

¹⁰² Vgl. BAERISWYL (FN 1), 517; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17a. Siehe zur Fristansetzung auch oben III.A.

¹⁰³ In der Praxis kann es sich auch durchaus anders verhalten. Siehe z.B. das Urteil OGer ZH, LB150037, 25.2.2016, E. III.3a und E. III.3d.bb (siehe dazu die Bemerkungen in FN 58).

C. Schlussfolgerung

Die Analyse verdeutlicht, dass gewichtige Aspekte gegen die Bejahung der aufgeworfenen Frage sprechen. Es ist nach der hier vertretenen Auffassung entsprechend davon auszugehen, dass Dupliknoven in der vorliegend in Frage stehenden Konstellation nicht mittels Ausübung des «Replikrechts» unter Verwirkungsfolge im Unterlassungsfall bestritten werden müssen.¹⁰⁴

IV. Bestreitung und Bestreitungslast im Kontext der Novenregelung (Art. 229 ZPO)

A. Grundsätze und Ausgangsthese

1. Eventualmaxime und Novenregelung (Art. 229 ZPO)

Die – in der ZPO nicht als solche ausdrücklich geregelte¹⁰⁵ – Eventualmaxime (auch Konzentrationsgrundsatz genannt¹⁰⁶) besagt, dass die Parteien alle Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zu einem gewissen Verfahrensabschnitt vorbringen müssen.¹⁰⁷ Die Eventualmaxime bezweckt entsprechend, dass der Sachverhalt von den Parteien konzentriert vorgebracht wird, womit eine Ordnung des Prozessstoffs (Ordnungsfunktion), eine beförderliche Behandlung (Prozessbeschleunigung) und die Vermeidung der Überrumpelung der Gegenpartei (Schutzfunktion) einhergehen sollen.¹⁰⁸ Sie be-

¹⁰⁴ Siehe zum Stand der Rechtsprechung und Literatur oben III.A.

¹⁰⁵ Die ZPO enthält keine generelle Regelung in Bezug auf die Eventualmaxime, namentlich nicht bei den Verfahrensgrundsätzen (Art. 52 ff. ZPO); stattdessen ist ihr Regelungsgegenstand in der ZPO verstreut (namentlich im Hinblick auf das ordentliche Verfahren in Art. 229 ZPO und im Hinblick auf das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren in Art. 317 ZPO und Art. 326 ZPO) (vgl. ähnlich KUKO ZPO-OBERHAMMER [FN 5], Vorbemerkungen vor Art. 52–58 N 2).

¹⁰⁶ Statt vieler mit Einzelheiten und einem geschichtlichen Überblick MORET (FN 40), N 7–32. Vgl. ferner zur geschichtlichen Entwicklung KLINGLER (FN 40), N 2–35.

¹⁰⁷ Statt vieler KLINGLER (FN 40), N 1; REUT (FN 1), N 44; SARBACH (FN 11), 713; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 10 N 37 f. Siehe für eine umfassende Aufarbeitung und Abgrenzung der Begrifflichkeiten – namentlich auch im Hinblick auf zugehörige Begriffe wie den «Aktenschluss» und die «Präklusion» – MORET (FN 40), N 1–10 und 32, wonach die Begriffe weitgehend deckungsgleich sind. Nachfolgend wird lediglich soweit erforderlich auf Unterschiede hingewiesen.

¹⁰⁸ Angelehnt an KLINGLER (FN 40), N 36–39. Vgl. ferner statt vieler (teilweise bloss mit Hinweisen auf einzelne dieser Zwecke) ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 399; REUT (FN 1), N 45 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 10 N 37 sowie aus der Perspektive des Gesetzgebers PETER HIGI, Von der Behauptungs- über die Beweislast zum Beweis, ZZZ 2006, 459 ff., 468. Siehe zu gewissen dieser Zwecke auch Botschaft ZPO (FN 4), 340 f. Inwiefern die Eventualmaxime diesen Zwecken überhaupt gerecht wird bzw. gerecht werden kann, muss aufgrund des

wirkt damit eine Verstärkung des Verhandlungsgrundsatzes.¹⁰⁹

Die Parteien haben im Rahmen des ordentlichen Verfahrens grundsätzlich zwei Mal Gelegenheit, unbeschränkt Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen.¹¹⁰ Nach zweimaliger Gelegenheit fällt nach verbreitetem Verständnis die sogenannte Novenschranke (vgl. auch Art. 229 Abs. 2 ZPO).¹¹¹ Ab ihrem Einsetzen kön-

nen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (Noven¹¹²) lediglich noch unter gewissen besonderen Voraussetzungen in das Verfahren eingebracht werden.¹¹³ Mit anderen Worten tritt bei unterlassener Erfüllung dieser Voraussetzungen eine Präklusionswirkung ein, das heisst, doch noch gemachte Vorbringen werden grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt.¹¹⁴ Dies wird vereinzelt als nicht zeitgemäss qualifiziert.¹¹⁵ Art. 229 Abs. 1 f. ZPO bilden die Grundlage für diesen Mechanismus.¹¹⁶

2. Echte und unechte Noven (Art. 229 Abs. 1 ZPO)

Art. 229 Abs. 1 ZPO unterscheidet zwischen echten Noven und unechten Noven. *Echte* Noven sind solche Tatsachen und Beweismittel, welche erst nach dem Einsetzen der Novenschranke entstanden sind (vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO).¹¹⁷ Diese dürfen, unter gewissen Vorausset-

Gegenstands dieses Beitrags offenbleiben; klar ist immerhin, dass die Zielerreichung durchaus in Frage gestellt wird (vgl. z.B. kritisch zum Zweck der Verfahrensbeschleunigung REUT [FN 1], N 46; VIKTOR RÜEGG, *Materielle Wahrheitsfindung und Erledigungsstrenge – mit kritischen Bemerkungen zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: Karl Spühler [Hrsg.], *Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel/Genf/München 2003, 63–73 [zit. *Wahrheitsfindung*], 65–67 und 72 f.). Namentlich in Bezug auf den Zweck der beförderlichen Behandlung ist mit THOMAS SUTTER-SOMM, *Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts*, ZZZ 2005, 1 ff., 18 darauf hinzuweisen, dass die Erreichung dieses Zwecks selbstredend auch massgeblich von anderen Umständen abhängt.

¹⁰⁹ RÜEGG, *Novenrecht* (FN 92), 157 f.

¹¹⁰ Statt aller ISAAK MEIER, *Die neue schweizerische ZPO*, ZZZ 2011/2012, 249 ff., 250; CHRISTOPH LEUENBERGER, *Das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen: ein Grundsatz und seine Anwendung*, SZP 1/2014, 81 ff. (zit. *Tatsachen und Beweise*), *passim*; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4; MORET (FN 40), N 91; MÜLLER (FN 1), 369; REUT (FN 1), N 242 (teilweise mit Präzisierungen und Analysen zu etwaigen Ausnahmen, auf welche für den Zweck des vorliegenden Beitrags nicht eingegangen werden muss). Vgl. in diesem Sinn auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 (und zu diesem Urteil im Allgemeinen CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2014 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis*, ZBJV 2016, 514–574, 540; RAMON MABILLARD, *5 Jahre ZPO aus der Sicht der Lehre – Forderungen für die Zukunft*, in: Annette Dolge [Hrsg.], *5 Jahre ZPO*, Zürich/Basel/Genf 2016, 1 ff., 9 f. und 17 f.; DENIS TAPPY, *Note sur le «droit à une deuxième chance» et la clôture de l'allégation*, JdT 2016 II, 259–262; kritisch aus Richtersicht PETER SCHUMACHER, *Der Richter als Freund und Helfer*, ZBJV 2015, 381 ff., 394; BGE 141 III 481 E. 3.2.4. Vorstehende Rechtsprechung und Literatur stellt in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 229 Abs. 1 ZPO zumeist auf den Begriff der «neue[n] Tatsachen» und «[neuen] Beweismittel» ab. Art. 229 Abs. 1 ZPO erfasst jedoch, wie noch zu zeigen sein wird (siehe IV.A.2.), sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel.

¹¹¹ Vgl. statt vieler im Allgemeinen ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4a; LEUENBERGER, *Tatsachen und Beweise* (FN 110), *passim*; MORET (FN 40), N 370; MÜLLER (FN 1), 369 und spezifisch für die Durchführung des zweifachen Schriftenwechsels BGE 140 III 312 Regeste und E. 6.3.2.3 (teilweise mit anderer Begrifflichkeit; der Begriff der «Novenschranke» findet sich z.B. bei BAERISWYL [FN 1], 514; BK-KILLIAS [FN 26], Art. 226 ZPO N 3; üblicher ist der Begriff «Aktenschluss», soweit dieser nicht abgelehnt wird, wie z.B. bei BSK ZPO-WILLISEGGER [FN 6], Art. 229 N 9; siehe zur Terminologie auch vorstehend FN 107). Dieses übliche Verständnis ist nicht unbestritten. Siehe für abweichende Auffassungen z.B. DANIEL FÜLLEMANN, *Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO*, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 863 ff., 865 f.

¹¹² Siehe zur Begrifflichkeit auch FN 46.

¹¹³ Siehe zu dieser grundsätzlichen Funktionsweise der Novenschranke statt vieler ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4 f.; MÜLLER (FN 1), 369. Siehe zur Erfassung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln IV.A.2.

¹¹⁴ Statt vieler ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4a; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS (FN 5), Art. 229 N 1; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 229 N 4.

¹¹⁵ Kritisch in Bezug auf eine solche Wirkung – insbesondere vor der ersten Instanz – REUT (FN 1), N 53; RÜEGG, *Wahrheitsfindung* (FN 108), 65–67; RÜEGG, *Novenrecht* (FN 92), 159, 166; IVO SCHWANDER, *Neue Tatsachen und neue Rechtslagen*, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 353 ff., 359–362 und 370; IVO SCHWANDER, «Wie könnte man zu besseren Gerichtsurteilen gelangen?», *plädoyer* 4/13, 71 ff., 73. Vgl. ferner auch die Überlegungen bei ISAAK MEIER, *Plädoyer für eine umfassende Zulassung von Noven im Rechtsmittelverfahren*, Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich 19/1994, 33 ff., insb. 35–38.

¹¹⁶ Vgl., wiederum statt vieler, die Nachweise in FN 114. Auf Art. 229 Abs. 2 ZPO wird aufgrund der Problemstellung – d.h. der Unterstellung eines doppelten Schriftenwechsels (oben I. und II.C.), welcher Art. 229 Abs. 2 ZPO vorliegend unanwendbar macht (statt vieler BK-KILLIAS [FN 26], Art. 229 ZPO N 19) – nicht eingegangen.

¹¹⁷ Statt vieler FÜLLEMANN (FN 111), 868–870; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4 f. und 5; MORET (FN 40), N 538. Vgl. als Anwendungsbeispiel BGer, 4A_439/2014, 16.2.2015, E. 5.3. Bei der zweiten in Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO genannten Variante, wonach alternativ auf den Zeitpunkt des Auffindens abzustellen ist, handelt es sich um ein redaktionelles Versehen (statt vieler KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS [FN 5], Art. 229 N 8; BSK ZPO-WILLISEGGER [FN 6], Art. 229 N 25). Dieses wird durch eine separate Revision korrigiert werden (vgl. Botschaft vom 29. Oktober 2014 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Gewerbsmässige Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren], BBl 2014 8669 ff., 8677; Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] [Gewerbsmässige Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren], Änderung vom 25. September 2015, Ziff. II.). Die Änderung ist zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts dieses Beitrags noch nicht in Kraft getreten.

zungen,¹¹⁸ auch nach Einsetzen der Novenschränke vorgebracht werden.¹¹⁹ *Unechte* Noven sind demgegenüber solche Tatsachen und Beweismittel, welche bereits vor dem Einsetzen der Novenschränke entstanden sind (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Ihr Einbringen ist nur dann überhaupt zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).¹²⁰ Diese Regelungen betreffen entgegen dem zu engen Wortlaut nicht bloss «neue Tatsachen und Beweismittel». Vielmehr werden davon sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel erfasst.¹²¹ Hierzu gehören insbesondere auch die Tatsachenbehauptung und die Bestreitung.¹²²

3. Zeitpunkt und Art und Weise des Einbringens von Noven sowie diesbezügliche Ausgangsthese

Die Differenzierung zwischen echten und unechten Noven sagt noch nichts darüber aus, in welchem Zeitpunkt nach Einsetzen der Novenschränke neue Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel vorzubringen sind.¹²³

Art. 229 Abs. 1 ZPO hält einleitend fest, dass neue Tatsachen und Beweismittel «*in der Hauptverhandlung*» nur noch berücksichtigt werden, wenn sie «*ohne Verzug vorgebracht werden*». Art. 229 ZPO befindet sich im Gesetz im Kapitel «Hauptverhandlung».

Diese Elemente legen nahe, dass Art. 229 ZPO so auszulegen ist, dass echte und unechte Noven, welche vor der Hauptverhandlung entstanden sind,¹²⁴ stets noch in der Hauptverhandlung in das Verfahren eingebracht werden können, soweit sie in der Hauptverhandlung ohne Verzug vorgebracht werden.¹²⁵ Ein Teil der Litera-

tur legt Art. 229 ZPO im Ergebnis entsprechend allgemein, das heisst grundsätzlich für sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel, aus.¹²⁶ «Ohne Verzug» besagt demnach, dass die Parteien echte und unechte Noven¹²⁷ nach Einsetzen der Novenschränke anlässlich der nächsten prozessualen Äusserungsmöglichkeit sofort vorbringen müssen.¹²⁸ Vorliegend ist dies, soweit auf den in der ZPO statuierten Verfahrensablauf samt entsprechender Äusserungsmöglichkeiten abgestellt wird,¹²⁹ regelmässig die Hauptverhandlung.¹³⁰ Demnach sind Noven im Falle der direkten Durchführung der Hauptverhandlung nach einem doppelten Schriftenwechsel im Rahmen des ersten Parteivortrags in der Hauptverhandlung einzubringen, damit der Voraussetzung des Einbringens ohne Verzug genüge getan wird.¹³¹

¹¹⁸ Siehe zur Frage des Zeitpunkts und der Art und Weise des Einbringens unten IV.A.3.

¹¹⁹ Siehe zu dieser Wirkungsweise, welche sich auch direkt aus dem Gesetzestext ergibt, die vorstehenden Ausführungen in IV.A.1.

¹²⁰ Siehe zum Ganzen statt vieler BK-KILLIAS (FN 26), Art. 229 ZPO N 14; KLINGLER (FN 40), N 217; MORET (FN 40), N 583 und N 600. Siehe zur zusätzlich zu beantwortenden Frage des Zeitpunkts und der Art und Weise des Einbringens unten IV.A.3.

¹²¹ Statt vieler zum Ganzen KLINGLER (FN 40), N 205–213; BK-KILLIAS (FN 26), Art. 229 ZPO N 7; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4a. Einzelheiten des Umfangs sind dabei wiederum umstritten.

¹²² Statt vieler DIKE-Kommentar-PAHUD (FN 4), Art. 229 ZPO N 3; MORET (FN 40), N 466–474; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 229 N 14.

¹²³ Vgl. statt vieler ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 9; MORET (FN 40), N 706; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 229 N 10, N 29 und N 34.

¹²⁴ Vgl. zur Problemstellung dieses Beitrags I. und II.C.

¹²⁵ Siehe spezifisch zu den bezeichneten Elementen, welche diesen Schluss nahelegen, FÜLLEMANN (FN 111), 871 f. Siehe ferner in Bezug auf den Wortlaut auch z.B. KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS (FN 5), Art. 229 N 10; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 9. Vgl. ferner das Urteil HGer ZH, HG110266, 19.12.2013, E. 2.1.1, wonach der Wortlaut «missverständlich» sei. Siehe zu abweichenden Auffassungen die nachstehenden Ausführungen.

¹²⁶ Vgl. so z.B. FÜLLEMANN (FN 111), 871 f.; MORET (FN 40), N 715 f. und N 727 und dort FN 601; DIKE-Kommentar-PAHUD (FN 4), Art. 229 ZPO N 11 und 16. In diese Richtung auch ANDREAS GALLI, Veränderungen im erstinstanzlichen Verfahren, ZZZ 2010, 81 ff., 133–135; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS (FN 5), Art. 229 N 10; BSK ZPO-SPÜHLER (FN 6), Art. 317 N 1. Siehe für den Stand der Literatur auch REUT (FN 1), N 158 m.w.N. Ein Teil der Literatur geht noch einen Schritt weiter und nimmt an, dass die Novenschränke frühestens an der Hauptverhandlung fallen kann (so z.B. BSK ZPO-WILLISEGGER [FN 6], Art. 229 N 9; DANIEL WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich/Basel/Genf 2012, 348). Dies führt vorliegend zum gleichen Ergebnis.

¹²⁷ Für unechte Noven ist selbstverständlich zusätzlich vorauszusetzen, dass sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (siehe dazu auch oben IV.A.3. und unten IV.B.6.).

¹²⁸ Siehe zu diesem Verständnis z.B. FÜLLEMANN (FN 111), 871; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS (FN 5), Art. 229 N 10; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 229 N 34. So im Ergebnis auch MORET (FN 40), N 729 f. und N 733 und wohl auch STEPHAN V. BERTI, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, N 228; ZPO-Kommentar-REETZ/HILBER (FN 5), Art. 317 N 21 und 47. Vgl. auch das Urteil HGer ZH, HG130158, 20.5.2016, E. 1.5.b (jedoch mit abweichendem Ergebnis; vgl. dazu die nachstehenden Ausführungen und FN 129). Siehe ferner auch das Urteil HGer ZH, HG120082, 23.1.2015, E. 1.2.5, welches eine ähnliche Überlegung hinsichtlich des Aspekts der nächsten prozessualen Äusserungsmöglichkeit andeutet, jedoch ebenfalls zu einem anderen (End-)Ergebnis gelangt, ohne dabei das Verhältnis zur Novenregelung (Art. 229 ZPO) eindeutig klargestellen.

¹²⁹ Zu einem anderen Ergebnis ist entsprechend zu gelangen, wenn die (gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene) Möglichkeit zur Erstattung einer «Noveneingabe» (vgl. dazu die nachstehenden Ausführungen) als solche nächste prozessuale Äusserungsmöglichkeit verstanden wird (vgl. in diesem Sinn z.B. HGer ZH, HG130158, 20.5.2016, E. 1.5.b f., welche daher im Ergebnis der übrigen Rechtsprechung des HGer ZH folgt; siehe dazu FN 133).

¹³⁰ Siehe oben II.B.

¹³¹ Vgl. statt aller FÜLLEMANN (FN 111), 871 f.; DIKE-Kommentar-PAHUD (FN 4), Art. 229 ZPO N 11 und N 16; MORET (FN 40), N 715 f. und N 727 und dort FN 601; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS (FN 5), Art. 229 N 10; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 6), Art. 229 N 9 und 34 f.

Ein anderer Teil der Literatur¹³² und Teile der Rechtsprechung¹³³ verstehen Art. 229 ZPO demgegenüber gegenteilig und legen grösseres Gewicht auf die Voraussetzung des Vorbringens «ohne Verzug». Nach dieser Auffassung müssen Noven innert kurzer Frist und damit allenfalls noch vor der Durchführung der Hauptverhandlung mittels einer – gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen¹³⁴ – «Noveneingabe» in das Verfahren eingebracht werden.¹³⁵ Als massgebliche Frist zur Erstattung der «Noveneingabe» wird regelmässig eine Zeitspanne von zehn Tagen ab Entdeckung des Novums

genannt.¹³⁶ Ohne auf die teilweise nicht völlig eindeutigen Einzelheiten einzugehen,¹³⁷ ist eine Einbringung erst in der Hauptverhandlung gemäss dieser Auslegung unter dem Blickwinkel dieser Tatbestandsvoraussetzung jedenfalls nur dann zulässig, wenn das Novum erst kurz vor der Hauptverhandlung entstanden bzw. aufgefunden worden ist.¹³⁸

Für die nachfolgende Analyse wird vor dem Hintergrund des Wortlauts («in der Hauptverhandlung» sowie «vorgebracht werden») und der systematischen Stellung von Art. 229 ZPO im Sinne einer Ausgangsthese der ersten Auslegungsvariante gefolgt. Dies bedeutet für den Gegenstand dieses Beitrags, dass von der Grundthese ausgegangen wird, dass das Geltendmachen von Bestreitungen zu Noven in der Duplik¹³⁹ im Rahmen des ersten Parteivortrags der klagenden Partei (Art. 228 Abs. 1 ZPO) ein Vorbringen «ohne Verzug» darstellt.¹⁴⁰ Entsprechend ist aus der unterlassenen Bestreitung bis zu diesem Zeitpunkt – namentlich auch der Unterlassung der Ausübung des «Replikrechts»¹⁴¹ – auch nicht auf eine (konkludente) Anerkennung zu schliessen.¹⁴² Es

¹³² Siehe statt aller BAERISWYL (FN 1), 520; CHAIX (FN 30), N 60; THOMAS ENGLER, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015, Art. 229 N 4; KLINGLER (FN 40), N 420 und N 484; MEIER (FN 17), N 80; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 4a und N 9; LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 950–956; LEUENBERGER, Tatsachen und Beweise (FN 110), 85; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 78), Art. 11.110; REUT (FN 1), N 160 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 21 N 10; SUTTER-SOMM (FN 9), N 374; THOMAS SUTTER-SOMM, Tafeln zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2017, Tafel 10d; DENIS TAPPY, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), CPC, Code de procédure civile commenté, Basel 2011 (zit. Bearbeiter, CPC), Art. 229 N 9 f. In diese Richtung auch KURT BOESCH/ANDREAS GÜNGERICH/RETO STRITTMATTER, Tafeln zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2015, N 15.11; HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 (FN 1), 983; NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, Précis de procédure civile, Genf/Zürich/Basel 2015, N 536; MEIER (FN 108), 345; JAKOB ZELLWEGER, Patentzivilprozessrecht, ZZZ 2013, 276 ff., 309; MICHAEL WIDMER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 229 N 13. Nicht eindeutig DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 229 N 4; ROLAND FANKHAUSER, Das Scheidungsverfahren nach neuer ZPO, Fam-Pra.ch 2010, 753 ff., 758 und dort FN 27. Siehe für den Stand der Literatur auch REUT (FN 1), N 157 m.w.N.

¹³³ So namentlich die Rechtsprechung des HGer ZH (siehe grundlegend HGer ZH, HG110011, 22.4.2013, E. III.3, in: ZR 2013, Nr. 35; siehe dazu ferner GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, 8. Kapitel: Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Alexander Brunner/Peter Nobel [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866–2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich/Basel/Genf 2016, 141 ff., 211 f.), des HGer AG (HGer AG, HOR.2012.23, 5.3.2014, E. 2.2, in: sic! 2014, 545 ff.) und des KGer BL (siehe KGer BL, 400 15 432, 15.3.2016, E. 3.2). Siehe ferner auch die Richtlinien des KGer SG zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung vom 1. Juli 2014 (Internet: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/weisungen_kreisschreiben [Abruf 4.6.2017]), Ziff. II./2.7, sowie Urteil BezGer Sion, SIO C2 13 60, 25.3.2013, E. 2, in: ZWR 2013, 240 ff. Vgl. zum Stand der Rechtsprechung auch REUT (FN 1), N 159.

¹³⁴ LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 956. In diese Richtung auch MORET (FN 40), N 710. Siehe ferner auch CHAIX (FN 30), N 59. Es verhält sich insoweit gleich wie bei der unaufgeforderten Stellungnahme im Kontext des «Replikrechts» (siehe dazu oben III.A. und III.B.2.).

¹³⁵ Siehe die vorstehenden Nachweise in FN 132 und FN 133.

¹³⁶ Siehe z.B. die Rechtsprechung des HGer ZH (vorstehend FN 133), des HGer AG (vorstehend FN 133), des KGer BL (vorstehend FN 133) und die Richtlinien des KGer SG (vorstehend FN 133). Siehe aus der Literatur statt vieler ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 229 N 9a; REUT (FN 1), N 159. Tendenziell grosszügiger demgegenüber z.B. HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 456 und 462; TAPPY, CPC (FN 132), Art. 229 N 9. Für eine kürzere Frist (5 Tage) demgegenüber SUTTER-SOMM (FN 132), Tafel 10d.

¹³⁷ Unklar ist namentlich das Verhältnis zum «Replikrecht», z.B. ob eine solche «Noveneingabe» den Regeln des «Replikrechts» unterliegt oder eigenständigen Regeln folgt (siehe z.B. HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 [FN 56], 455 f.; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER [FN 5], Art. 225 N 17b a.E.; LEUENBERGER, Zivilprozessrecht im internen Verhältnis [FN 56], 247 mit Herstellung eines Zusammenhangs; siehe ferner BSK ZPO-WILLISEGGER [FN 6], Art. 229 N 54, wonach die betreffende Frage im erstgenannten Sinn beantwortet wird).

¹³⁸ Vgl. z.B. ENGLER (FN 132), Art. 229 N 4; LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 956 f.

¹³⁹ Gleich verhielte es sich in anderen, vergleichbaren Konstellationen (dazu auch oben II.C.). Auf eine in Ausübung des «Replikrechts» (oder anderweitig) erstattete Stellungnahme der klagenden Partei mit (zulässigen) Noven müsste die beklagte Partei ihrerseits erst in der Hauptverhandlung reagieren und die entsprechenden neuen Behauptungen bestreiten.

¹⁴⁰ Gleiches Ergebnis spezifisch für den Gegenstand dieses Beitrags bei REUT (FN 1), N 122 (anders demgegenüber N 160 f.). Vgl. ferner (generell, d.h. nicht bloss für Bestreitungen) die Nachweise in FN 126. A.M. spezifisch für den Gegenstand des Beitrags ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17c (im Kontext des «Replikrechts»). Siehe zu weiteren abweichenden Auffassungen im Allgemeinen die vorstehenden Nachweise, insbesondere FN 132 und FN 133.

¹⁴¹ Siehe dazu oben III.

¹⁴² Gleiches Ergebnis für den Gegenstand dieses Beitrags bei MÜLLER (FN 1), 375; REUT (FN 1), N 122. A.M. spezifisch für Bestreitungen ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17c; LEUENBERGER, Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (FN 56), 249; REETZ/FRANCESCHETTI (FN 1), 129. Siehe ferner zum Stand der Rechtsprechung und Literatur in

verhält sich damit anders als im Rechtsmittelverfahren der Berufung, in Bezug auf welches die Rechtsprechung bereits eine andere Lösung vorgezeichnet hat.¹⁴³ Diese Rechtsprechung ist jedoch bereits vor dem Hintergrund des abweichenden Wortlauts¹⁴⁴ und der abweichenden systematischen Stellung¹⁴⁵ von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht auf das erstinstanzliche Verfahren übertragbar. Dies ergibt sich auch daraus, dass sich die Verfahren vor der ersten Instanz und der Berufungsinstanz massgeblich unterscheiden.¹⁴⁶ Wäre statt der Ausgangsthese die gegenteilige Ansicht richtig, so müsste auf Dupliknoven innert kurzer Frist mittels einer «Noveneingabe» reagiert und darin die entsprechenden neuen Tatsachenbehauptungen bestritten werden.¹⁴⁷

Nach der hier vertretenen Auffassung kann hierbei offen bleiben, ob es sich bei Bestreitungen zu Dupliknoven um echte Noven oder unechte Noven handelt. Handelt es sich um echte Noven, sind keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen und die Einbringung in der Hauptverhandlung ist nach dem Vorgesagten ohne weiteres zulässig. Sind sie demgegenüber den unechten

Noven zuzuordnen,¹⁴⁸ sind sie trotz Einbringen «ohne Verzug» nur dann beachtlich, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).¹⁴⁹ Soweit die Ausgangsthese zutrifft, soweit also das Vorbringen «ohne Verzug» vorliegend das Vorbringen im ersten Parteivortrag in der Hauptverhandlung bedeutet, ist dieses Vorgehen nach der hier vertretenen Auffassung zugleich in jedem Fall sorgfältig. Die Hauptverhandlung ist in der unterstellten Konstellation nämlich der nächste gesetzlich vorgesehene Verfahrensschritt und stellt die nächste ausdrücklich in der ZPO vorgesehene erstmalige Äusserungsmöglichkeit der klagenden Partei dar.¹⁵⁰ Mit anderen Worten sind diese beiden Kriterien in der vorliegenden Konstellation¹⁵¹ im Ergebnis gleichbedeutend und entsprechen-

Bezug auf das «Replikrecht» III.A. und zu abweichenden Auffassungen auch die nachstehenden Bemerkungen.

¹⁴³ Vorstehend FN 56.

¹⁴⁴ Art. 317 Abs. 1 ZPO enthält – anders als Art. 229 Abs. 1 ZPO – keine Bezugnahme zu einer Verhandlung, zumal es eine solche vor der Berufungsinstanz nicht zwingend gibt (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

¹⁴⁵ Art. 317 ZPO ist – anders als Art. 229 ZPO – systematisch nicht in die Bestimmungen zur Verhandlung eingebettet, zumal es eine solche vor der Berufungsinstanz nicht zwingend gibt (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

¹⁴⁶ Beispiel: Wie bereits erwähnt (oben FN 144 und FN 145) findet im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht in jedem Fall eine Verhandlung statt (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Entsprechend erschiene ein Anknüpfen an diese (nicht in jedem Fall bestehende) Äusserungsmöglichkeit im Berufungsverfahren von vornherein wenig sinnvoll (vgl. zu dieser Überlegung auch HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2013 [FN 1], 983, und unten IV.B.4; a.M. und insoweit für einen Gleichlauf der Auslegung von Art. 229 Abs. 1 ZPO und Art. 317 Abs. 1 ZPO ZPO-Kommentar-REETZ/HILBER [FN 5], Art. 317 N 21; ebenfalls a.M. was die gezogene Schlussfolgerung anbelangt HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 [FN 56], 455).

¹⁴⁷ Siehe für diese Lösung für den Gegenstand dieses Beitrags z.B. HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 462; ZPO-Kommentar-LEUENBERGER (FN 5), Art. 225 N 17c; LEUENBERGER, Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (FN 56), 249; REETZ/FRANCESCHETTI (FN 1), 129 (jeweils jedoch – vornehmlich – im Kontext des «Replikrechts») und HGer ZH, HG110266, 19.12.2013, E. 2.2.3 (wobei das Verhältnis zwischen «Replikrecht» und Novenregelung nicht völlig eindeutig ist). Gleich verhielte es sich in anderen, vergleichbaren Konstellationen (dazu auch oben II.C.). Auf eine in Ausübung des «Replikrechts» (oder anderweitig) erstattete Stellungnahme der klagenden Partei mit (zulässigen) Noven müsste die beklagte Partei ihrerseits grundsätzlich noch vor der Hauptverhandlung reagieren und die entsprechenden neuen Behauptungen bestreiten, es sei denn die Hauptverhandlung findet kurze Zeit (maximal zehn Tage) nach Erstattung der Stellungnahme statt.

¹⁴⁸ Vgl. in diese Richtung MORET (FN 40), N 692. Ebenso mutmasslich HGer ZH, HG110266, 19.12.2013, E. 2.2.3 (siehe dazu jedoch auch FN 147). Nicht eindeutig HGer ZH, HG120082, 23.1.2015, E. 1.2.7 a.E. Anders könnte es sich dann verhalten, wenn derartige Bestreitungen den sogenannten «Potestativ-Noven» zuzurechnen wären. Darunter sind Noven zu verstehen, deren Entstehung wesentlich vom Willen einer Partei abhängen und welche die Partei erst in einem Zeitpunkt entstehen lässt, nachdem Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden können. Siehe hierzu BGer, 4A_439/2014, 16.2.2015, E. 5.1–5.3, und (insbesondere zur verwendeten Begrifflichkeit) LORENZ DROESE, Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. AG gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_439/2014 vom 16.2.2015, SZPP 3/2015, 233 ff., 236 sowie kritisch REUT (FN 1), N 76–83. Schliesslich wird in der Literatur teilweise die Frage aufgeworfen, ob es sich Bestreitungen allenfalls – zumindest in gewissen Konstellationen – gar nicht um Noven handelt (vgl. dazu SCHMID [FN 1], 41).

¹⁴⁹ Oben IV.A.2. und FN 127. Es handelt sich dabei um eine separate Tatbestandsvoraussetzung, welche an und für sich nicht mit der Tatbestandsvoraussetzung des Vorbringens ohne Verzug identisch ist (vgl. statt vieler MORET [FN 40], N 724–726 m.w.N.).

¹⁵⁰ Oben II.B. Die grundsätzliche Berechtigung zur Erstattung einer Stellungnahme gestützt auf das «Replikrecht» ist gerade nicht als die nächste solche Äusserungsmöglichkeit zu qualifizieren (oben III.B.2.). Siehe zur (unterstellten) Überlegung, dass eine Einbringung von Noven durch die klagende Partei in Reaktion auf die Ausweitung des Prozessstoffs durch die beklagte Partei in der Duplik grundsätzlich keine Unsorgfalt impliziert z.B. BAERISWYL (FN 1), 519. Vgl. ferner auch die Überlegung bei KLINGLER (FN 40), N 442, und SCHMID (FN 1), 40. A.M. in Bezug auf das Ergebnis HGer ZH, HG110266, 19.12.2013, E. 2.2.3 (siehe dazu jedoch auch FN 147).

¹⁵¹ In anderen, nicht völlig identischen Konstellationen kann es sich anders verhalten: Zu denken ist einerseits an den Fall, in dem die in Frage stehenden Tatsachenbehauptungen, deren Bestreitung in Frage steht, bereits in der Klageantwort (auch) vorgebracht und sodann nicht bestritten wurde. In diesem Fall – in dem, zumindest bei Übereinstimmung der Tatsachenbehauptungen, streng genommen keine Dupliknoven vorliegen (vorstehend FN 46) – wäre es der klagenden Partei ohne weiteres zumutbar gewesen, die Tatsachenbehauptungen in der Replik zu bestreiten. Entsprechend würde eine Bestreitung erst in der Hauptverhandlung von vornherein nicht die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllen. Andererseits könnte an diejenige Konstellation zu denken sein, in der die klagende Partei nach der Duplik

de Bestreitungen unabhängig davon beachtlich, ob es sich dabei um echte oder unechte Noven handelt.

Nachfolgend wird anhand verschiedener Aspekte geprüft, ob Argumente bestehen, welche für bzw. gegen die Ausgangsthese sprechen. Diese Analyse beschränkt sich auf die Bestreitung in der unterstellten Konstellation und bezieht sich schwergewichtig auf die Auslegung des Begriffs «ohne Verzug». Die angedeutete Frage, ob es sich bei Bestreitungen um echte oder unechte Noven handelt und welcher Sorgfaltsmassstab gilt, wird dabei nur am Rande behandelt.¹⁵²

B. Analyse

1. Legalitätsprinzip

Aus dem Legalitätsprinzip wird das Bestimmtheitsgebot abgeleitet.¹⁵³ Ein Rechtssatz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.¹⁵⁴ Die Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen von Rechtssätzen stellt ein Kernanliegen des Legalitätsprinzips dar.¹⁵⁵ Bei schwerwiegenden Rechtsfolgen sind höhere Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes zu stellen.¹⁵⁶

Die durch Art. 229 ZPO geregelte Eventualmaxime ist für die Parteien offensichtlich von grosser Wichtigkeit: Wird eine Bestreitung zu spät vorgebracht, gilt die entsprechende Tatsachenbehauptung der Gegenpartei als unbestritten. Dies kann ohne weiteres zum Unterliegen führen.¹⁵⁷

Das Legalitätsprinzip wie auch die Bedeutung der Vorhersehbarkeit im Verfahrensrecht im Allgemeinen und im vorliegenden Kontext im Besonderen¹⁵⁸ spre-

chen für die Ausgangsthese.¹⁵⁹ Eine andere Auslegung von Art. 229 ZPO hätte im Wortlaut von Art. 229 ZPO eine klarere und deutlichere Grundlage erfordert.¹⁶⁰

2. Entstehungsgeschichte

Der Vorentwurf der ZPO («VE-ZPO»)¹⁶¹ sah in Art. 215 Abs. 1 f. vor, dass neue Tatsachen und Beweismittel in Replik und Duplik unbeschränkt zulässig sind. Später sollten sie nur noch unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt werden.¹⁶² Gemäss dem Begleitbericht¹⁶³ sollten alle Noven dabei «sofort» genannt werden. Was darunter genau zu verstehen ist, wurde nicht spezifiziert.¹⁶⁴ Auf die Hauptverhandlung selbst wurde jedenfalls keinen Bezug genommen.¹⁶⁵

Diese Fassung, welche eher gegen die Ausgangsthese gesprochen hätte, wurde in der Vernehmlassung verschiedentlich kritisiert¹⁶⁶ und im bundesrätlichen Entwurf («E-ZPO»)¹⁶⁷ aufgeweicht. Demnach sollten in den ersten Parteivorträgen in der Hauptverhandlung uneingeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können (Art. 225 Abs. 1 E-ZPO).¹⁶⁸ In

das «Replikrecht» effektiv ausübt, dabei jedoch Bestreitungen unterlässt (ähnlich hierzu im Ergebnis SCHMID [FN 1], 37). Siehe zu dieser Überlegung auch IV.B.6.

¹⁵² Ob die Analyse in Bezug auf andere Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel – d.h. namentlich das Vorbringen von neuen Behauptungen – die gleichen Ergebnisse zeitigt, muss offengelassen werden (siehe dazu auch die Vorbemerkungen in I. und FN 2).

¹⁵³ Siehe allgemein dazu statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 342–345; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 91), § 19 N 19–21.

¹⁵⁴ Statt vieler BGE 138 IV 13 E. 4.1; 119 IV 242 E. 1.c.

¹⁵⁵ Statt vieler BENJAMIN SCHINDLER/TOBIAS TSCHUMI, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 5 N 29 und N 33. Siehe zur Bedeutung der Voraussehbarkeit im Verfahrensrecht bereits oben III.B.2.

¹⁵⁶ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 153), N 344; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, § 45 N 11.

¹⁵⁷ Siehe zu diesen Zusammenhängen insbesondere oben II. und IV.A.

¹⁵⁸ Siehe zu dieser Überlegung bereits oben III.B.2.

¹⁵⁹ Das Argument des Legalitätsprinzips ist selbstredend bereits in der Ausgangsthese angelegt, zumal in diesem Zusammenhang bereits auf den Wortlaut abgestellt wurde (oben IV.A.3.). Ferner wird das Argument bereits im Zusammenhang mit dem «Replikrecht» vorgebracht (oben III.B.2.).

¹⁶⁰ Beispiel: «Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug, d.h. *spätestens innert zehn Tagen nach Auffindung*, vorgebracht werden und [...]». Ferner wäre es diesbezüglich auch angezeigt gewesen, Art. 229 ZPO systematisch anders zu platzieren, d.h. namentlich ausserhalb des Kapitels zur Hauptverhandlung (siehe dazu oben IV.A.3. und unten IV.B.4.). Dies war bei Art. 215 VE-ZPO (dazu unten IV.B.2.) noch der Fall.

¹⁶¹ Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003 (Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf> [Abruf 4.6.2017]).

¹⁶² Vgl. Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003 (Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf> [Abruf 4.6.2017]), (zit. Begleitbericht VE-ZPO), 106 und die Übersicht bei LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 951 f. Kritisch hierzu z.B. RÜEGG, Wahrheitsfindung (FN 108), 65–67; RÜEGG, Novenrecht (FN 92), 159. Siehe schliesslich eingehend KLINGLER (FN 40), N 301 f. und die Würdigung bei N 305–309.

¹⁶³ FN 162.

¹⁶⁴ Begleitbericht VE-ZPO (FN 162), 106, und ähnlich MORET (FN 40), N 708.

¹⁶⁵ Begleitbericht VE-ZPO (FN 162), 106.

¹⁶⁶ Siehe Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zusammenstellung der Vernehmlassungen, 2004 (Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf> [Abruf 4.6.2017]), (zit. Vernehmlassungsergebnisse VE-ZPO), 567–576.

¹⁶⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO), Entwurf, BBl 2006, 7413–7528.

¹⁶⁸ Botschaft ZPO (FN 4), 7340. Siehe ferner statt vieler TANJA DOMEJ, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung – Struktur und Charakteristika des Verfahrens, ZZPInt 2006,

der parlamentarischen Beratung wurde im Ständerat eine deutlich strengere Haltung vertreten. Dieser hat sich dafür ausgesprochen, dass die Novenschanke zu einem früheren Zeitpunkt und damit nicht erst nach den ersten Parteivorträgen fallen soll.¹⁶⁹ Der Nationalrat ist dem Ständerat schliesslich gefolgt.¹⁷⁰

Die vorliegende Kernfrage, das heisst, ob Bestreitungen (bzw. Noven generell) noch in der Hauptverhandlung vorgebracht werden dürfen, wird durch die Entstehungsgeschichte und die Materialien für die letztlich erlassene Fassung von Art. 229 ZPO nicht eindeutig geklärt. In der parlamentarischen Beratung kam jedenfalls das von Teilen der Rechtsprechung und Literatur thematisierte Instrument der «Noveneingabe»¹⁷¹ nur am Rande zur Sprache.¹⁷² Verschiedene Voten deuten zudem darauf hin, dass zulässige Noven entweder in jedem Fall – oder aber zumindest in gewissen Konstellationen – auch noch in der Hauptverhandlung vorgebracht werden dürfen.¹⁷³ Die Entstehungsgeschichte spricht damit nicht eindeutig für oder gegen die Ausgangsthese.¹⁷⁴

3. Sinn und Zweck

Die Eventualmaxime bezweckt nach dem Vorgesagten insbesondere, dass das Verfahren geordnet und beförderlich behandelt werden kann. Daneben stellt es die Waffengleichheit zwischen den Parteien sicher. In diesem Zusammenhang soll sie insbesondere verhindern, dass eine der Parteien ungebührlich taktiert.¹⁷⁵

Diese Zielsetzungen werden durch die mittels der Ausgangsthese vertretene Auslegung – anders als dies in anderen Konstellationen der Fall sein kann¹⁷⁶ – gerade nicht in Frage gestellt: Es ist namentlich nicht ersichtlich, inwiefern die Ermöglichung der Bestreitung in der Hauptverhandlung die geordnete und beförderliche Behandlung des Verfahrens substantiell in Frage stellen könnte. Es mag zwar sein, dass die Vorbereitung des Beweisverfahrens erschwert wird, wenn erst in der Hauptverhandlung klar wird, ob eine Behauptung in der Duplik als bestritten gilt. Denn dadurch kann bis zu diesem Zeitpunkt allenfalls unklar bleiben, was überhaupt zum Beweisgegenstand wird.¹⁷⁷ Das Gericht kann die Bestreitung jedoch ohne weiteres antizipieren, dürfte es doch den Normalfall darstellen, dass die Parteien die gegenseitigen Behauptungen integral bestreiten. Vor diesem Hintergrund ist das Risiko von substantiellen Verfahrensverzögerungen – wie auch das Risiko, dass die Ordnung des Prozessgegenstands in Frage gestellt wird – als gering zu qualifizieren. Entsprechend steht auch die Prozessökonomie der Ausgangsthese nicht entgegen.¹⁷⁸

239 ff., 259–262; LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 952, und die ausführliche Behandlung bei KLINGLER (FN 40), N 318 f. und N 321 sowie die Würdigung bei N 322–337. Vgl. auch Votum Blocher, AB 2007 S 529; Votum Lüscher, AB 2008 N 966; Votum Thanei, AB 2008 N 966; Votum Widmer-Schlumpf, AB 2008 N 966 sowie AB 2008 S 729.

¹⁶⁹ Vgl. insbesondere Votum Inderkum, AB 2007 S 529; Votum Blocher, AB 2007 S 529. Siehe allgemein zur ständerätlichen Beratung AB 2007 S 529 f.; AB 2008 S 728 f. Siehe statt vieler LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 952, und ausführlich KLINGLER (FN 40), N 346 f., N 351–353 und die Würdigung bei N 355–374.

¹⁷⁰ Siehe zur nationalrätlichen Beratung AB 2008 N 964–967; AB 2008 N 1631 und statt vieler LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 952.

¹⁷¹ Siehe oben IV.A.3.

¹⁷² Vgl. jedoch immerhin Votum Blocher, AB 2007 S 529 f.

¹⁷³ Vgl. Votum Widmer-Schlumpf, AB 2008 N 966 («Dem Ständerat ging das zu weit: Noven sollen gemäss Ständerat nur noch im Vorbereitungsverfahren unbeschränkt zulässig sein. Sobald es zur Hauptverhandlung kommt, wären ab Beginn der Verhandlung nur noch echte und entschuldbar unechte Noven zulässig») sowie AB 2008 S 729 («Wenn es zur Hauptverhandlung kommt, dürfen ab Beginn dieser Hauptverhandlung nur noch echte und entschuldbar unechte Noven zugelassen werden [...]. [S]ie bedeutet kein striktes Novenverbot, sodass es durchaus möglich ist, echte und entschuldbar unechte Noven auch noch in der Verhandlung vorzubringen»); Votum Thanei, AB 2008 N 966 («Der Ständerat hat dieses Konzept abgeändert, und zwar dahingehend, dass die novenrechtlichen Schranken mit dem Beginn der Hauptverhandlung greifen»). Teilweise ähnlich FÜLLEMANN (FN 111), 872 und dort FN 45.

¹⁷⁴ Vgl. mit Hinweisen zur begrenzten Ergiebigkeit der parlamentarischen Voten (und zum Gesetzgebungsverfahren insgesamt) zur Auslegung von Art. 229 ZPO in Bezug auf die aufgeworfenen Fragen FÜLLEMANN (FN 111), 872; MORET (FN 40), N 708. A.M. LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 951–953; REUT (FN 1), N 160.

¹⁷⁵ Siehe oben IV.A.1. und im vorliegenden Kontext statt vieler FÜLLEMANN (FN 111), 863 f. und zum Zweck der Vermeidung des ungebührlichen Taktierens Botschaft ZPO (FN 4), 7341.

¹⁷⁶ Falls nicht bloss Bestreitungen sondern (auch) neue Tatsachenbehauptungen in Frage sehen, kann es sich offensichtlich anders verhalten (vgl. dazu z.B. die Bemerkungen bei LEUENBERGER, Aktenschluss [FN 40], 954).

¹⁷⁷ Die Beweisabnahme (Art. 231 ZPO) setzt den Erlass der Beweisverfügung(en) voraus (Art. 154 ZPO). Dies wiederum bedingt – zumindest im idealtypischen Fall – dass klar ist, welche Tatsachenbehauptungen überhaupt bestritten sind. Zugleich ist festzuhalten, dass die Beweisverfügung auch schon in einem früheren Zeitpunkt erlassen und jederzeit abgeändert werden kann (vgl. zu alledem statt vieler KUKO ZPO-SCHMID [FN 5], Art. 154 N 1, 3a und 4; BK-BRÖNNIMANN [FN 26], Art. 154 ZPO N 4 f. und 9 f.).

¹⁷⁸ Ebenso im Ergebnis im Allgemeinen (und nicht nur für Bestreitungen im Besonderen) RÜEGG, Wahrheitsfindung (FN 108), 65, 67 und 72 f.; RÜEGG, Novenrecht (FN 92), 159. Vgl. ferner auch die Bemerkungen des Kantons Luzern im Kontext der Vernehmung zum VE-ZPO (Vernehmlassungsergebnisse VE-ZPO [FN 166], 565). Für diese Argumentation spricht auch die vom Urteil HGer ZH, HG120126, 23.11.2015, E. 1.7, teilweise in: ZR 2016, Nr. 13, und dem Urteil HGer ZH, HG120130, 23.11.2015, E. 1.7 (Parallelverfahren) eingenommene Haltung: Demnach können neue Tatsachenbehauptungen in der Duplik von der klagenden Partei in der Hauptverhandlung uneingeschränkt bestritten werden. Dies im Rahmen des «Replikrechts». Hintergrund dieser (im Urteil nicht weiter begründeten) Erwägung bildet der Umstand, dass die klagende Partei im Verfahren im Hinblick auf die neuen Tatsachenbehauptungen in der Duplik um Fristansetzung zur Ausübung des «Replikrechts» ersucht, das Gericht diesen Antrag jedoch mit Verweis auf die Haupt-

Gleich verhält es sich im Hinblick auf die Zielsetzung der Sicherstellung der Waffengleichheit der Parteien bzw. der Vermeidung des ungebührlichen Taktierens: Diese Problematik dürfte sich bei der blossen Bestreitung gerade nicht stellen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern diesbezüglich ein substantielles Risiko bestehen könnte.¹⁷⁹ Zudem widerspricht es nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn Dupliknoten erst in der Hauptverhandlung bestritten werden.¹⁸⁰

Es stellt sich umgekehrt die Frage, was aus der Perspektive der Eventualmaxime gewonnen wäre, wenn eine Obliegenheit zur Bestreitung innert kurzer Frist nach Erstattung der Duplik und vor der Hauptverhandlung bestünde. Abgesehen von leichten Vorteilen in Bezug auf die Vorbereitung des Beweisverfahrens sind jedenfalls keine relevanten Vorteile ersichtlich. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall.¹⁸¹

Im Ergebnis sprechen somit Sinn und Zweck der Eventualmaxime nicht gegen die Ausgangsthese.

4. Systematik

In systematischer Hinsicht wurde bereits auf die Stellung von Art. 229 ZPO hingewiesen, welche für die Ausgangsthese spricht.¹⁸²

verhandlung (und unter Hinweis auf die Novenregelung gemäss Art. 229 ZPO) abgelehnt hat. Die Erwägung dürfte so zu verstehen sein, dass dieses (abgewiesene) Gesuch bewirkt, dass anlässlich der Hauptverhandlung eine Bestreitung zulässig ist. Eindeutig ist dies jedoch nicht (siehe zum Ganzen auch FN 60 und SCHMID [FN 1], 40 f.). Ist die Erwägung im dargelegten Sinn zu verstehen, deutet dies darauf hin, dass in diesem Urteil die Auffassung vertreten wird, dass eine Bestreitung erst anlässlich der Hauptverhandlung mit der Prozessökonomie vereinbar ist. Da die Erwägung nicht eindeutig ist, wird darauf nachstehend nicht erneut eingegangen. Siehe zur gegenteiligen Argumentation (welche jedoch vornehmlich auf neue Tatsachenbehauptungen und nicht bloss Bestreitungen abzielt) statt vieler LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 954; REUT (FN 1), N 161 und die Bemerkungen in FN 176.

¹⁷⁹ Generell für dieses Ergebnis in Bezug auf Vorbringen in der Hauptverhandlung FÜLLEMANN (FN 111), 872. Siehe ferner (und noch weitergehend) HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts 2017 (FN 56), 462 f.

¹⁸⁰ Es ist damit insbesondere nicht mit derjenigen Konstellation zu vergleichen, in der neue Tatsachenbehauptungen wochen- bzw. monatelang zurückgehalten werden; in dieser Konstellation mag auch über eine Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben im Verfahren (Art. 52 ZPO) diskutiert werden (vgl. zu alledem statt vieler LEUENBERGER, Aktenschluss [FN 40], 955; REUT [FN 1], N 160).

¹⁸¹ Vgl. mit Bedenken zur Wirkung von zu rigiden Novenregelungen im Allgemeinen RÜEGG, Novenrecht (FN 92), 158.

¹⁸² Siehe oben IV.A.3 sowie IV.B.1 und dort FN 160. A.M. im Hinblick auf Art. 229 Abs. 2 ZPO REUT (FN 1), N 161. Ebenfalls a.M. LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 953 f., wonach es der Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten hätte, wenn die Parteivorträge in der Hauptverhandlung mit dem Vorbringen «ohne Verzug» gemeint gewesen wären. Die gleiche Argumentation lässt sich selbstredend auch umgekehrt bemühen (vgl. zum Wortlaut von Art. 229 Abs. 1 ZPO und den diesbezüglichen Weiterungen oben IV.A.III.).

In die gleiche Richtung weist die Überlegung, dass die Bestreitungslast gemäss üblichem Verständnis in den Formen und Fristen des Verfahrensrechts ausgeübt werden muss.¹⁸³ Auch dies spricht für die Ausgangsthese, ist die Hauptverhandlung doch das nächste in der ZPO explizit vorgesehene Forum zur Vorbringung von Bestreitungen.¹⁸⁴ Es ist wiederum daran zu erinnern, dass die ZPO das Instrument der «Noveneingabe» nicht regelt.¹⁸⁵ Diese systematischen Überlegungen sprechen allesamt für die Ausgangsthese.

5. Materielle Wahrheit

Die Bestreitungslast steht aufgrund ihrer Wirkungsweise in einem Spannungsverhältnis zur Feststellung der «materiellen Wahrheit».¹⁸⁶ Gleiches gilt für die (strenge) Eventualmaxime.¹⁸⁷ Moderne Zivilprozessordnungen – wozu die ZPO gemäss der Zielsetzung des Gesetzgebers gehört¹⁸⁸ – versuchen, das Element der materiellen Wahrheit stärker zu gewichten.¹⁸⁹ Urteile, welche nicht mit der materiellen Wahrheit übereinstimmen, sollen dadurch vermieden werden.¹⁹⁰

In der ZPO wird der Feststellung der materiellen Wahrheit etwa dadurch ein gewisses Gewicht beigemessen, dass das Gericht von Amtes wegen Beweis abnehmen kann, wenn es an der Richtigkeit einer nicht streitigen

¹⁸³ Siehe zu dieser Überlegung im Kontext des «Replikrechts» bereits oben III.B.2.

¹⁸⁴ Siehe oben II.B. und – im Kontext des «Replikrechts», in dem die Argumentation bereits vorgebracht wurde – III.B.2. Es verhält sich damit insbesondere anders als in denjenigen Fällen, in welchen die Rechtsprechung die aufgeworfene Fragestellung in Bezug auf das Rechtsmittelverfahren der Berufung bereits andeutungsweise beantwortet hat (vgl. FN 56 und IV.A.3. und FN 146).

¹⁸⁵ Siehe oben IV.A.3. A.M. zu diesem Argument LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 956.

¹⁸⁶ Vgl. zur verwendeten Begrifflichkeit FN 20 und zur (damit zusammenhängenden) Wirkungsweise des Verhandlungsgrundsatzes oben II.A.

¹⁸⁷ Vgl. statt aller BK-KILLIAS (FN 26), Art. 229 ZPO N 3; MEIER (FN 108), 399; REUT (FN 1), N 53; RÜEGG, Wahrheitsfindung (FN 108), 64 f. und 67; RÜEGG, Novenrecht (FN 92), 156–159.

¹⁸⁸ Es darf unterstellt werden, dass der Gesetzgeber den Erlass einer modernen Verfahrensordnung angestrebt hat, auch wenn dies in den Materialien nur punktuell zum Ausdruck gebracht wird (siehe z.B. Begleitbericht VE-ZPO [FN 162], 28, 71, 91 f. und 134; Botschaft ZPO [FN 4], 7267 und 7380; Votum Blocher, AB 2007 S 502; Votum Widmer-Schlumpf, AB 2008 N 638; vgl. jedoch auch die Bemerkungen bei SUTTER-SOMM [FN 108], 12 f. und 22 und zu den Leitlinien der VE-ZPO Begleitbericht VE-ZPO [FN 162], 10). Ob der Gesetzgeber das Ziel erreicht hat, muss dahingestellt bleiben (kritisch hierzu FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile suisse: plaidoyer pour un retour vers le futur, in: Piermarco Zen-Ruffinen [Hrsg.], Le temps et le droit, Basel 2008, 1 ff., insb. 5–15).

¹⁸⁹ Vgl. in diese Richtung auch MORET (FN 40), N 599 m.w.N.

¹⁹⁰ Vgl. zur Bedeutung dieses Anliegens im Allgemeinen SCHWANDER (FN 92), 11 und im Kontext der Novenregelung RÜEGG, Wahrheitsfindung (FN 108), 64 f.; RÜEGG, Novenrecht (FN 92), 156–159; THOMAS SUTTER-SOMM, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick, BJM 2003, 185 ff., 192 f.

Tatsache erhebliche Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO).¹⁹¹ Auch die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) dient unter anderem der Sicherstellung der Übereinstimmung des Urteils mit der materiellen Wahrheit.¹⁹² Beide Elemente sind im vorliegenden Kontext jedoch in aller Regel wahrscheinlich gerade nicht nützlich:¹⁹³ Die Beweisabnahme von Amtes wegen erfordert das Vorliegen erheblicher Zweifel an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Blosser Zweifel alleine sind nicht ausreichend.¹⁹⁴ Entsprechend dürfte die Beweisabnahme von Amtes wegen im Allgemeinen regelmässig nicht zur Anwendung gelangen.¹⁹⁵ Die gerichtliche Fragepflicht gelangt nur dann zum Zug, wenn eine Partei überhaupt ein Vorbringen macht, in Bezug auf welches eine Frage gestellt werden kann.¹⁹⁶ Dies gilt auch für Bestreitungen.¹⁹⁷ Bei blosser Unterlassung – und lediglich dann könnte die gerichtliche Fragepflicht vorliegend hilfreich sein¹⁹⁸ – scheidet die Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht demgegenüber aus.¹⁹⁹

Die Ausgangsthese ist offensichtlich besser mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit vereinbar. Die Vermutung liegt nahe, dass die Alternative das Risiko, dass

eine Bestreitung unterlassen wird – namentlich bei Anwendbarkeit einer (zu) kurzen Frist²⁰⁰ – gerade bei Laien offensichtlich erhöhen würde. Das Risiko von Urteilen, welche nicht mit der materiellen Wahrheit vereinbar sind, würde dadurch vermutungsweise massgeblich erhöht.²⁰¹ Diese Erhöhung des Risikos wird nach dem Vorgesagten gerade nicht durch andere Elemente (gerichtliche Fragepflicht, Beweisabnahme von Amtes wegen) vermindert. Sollen die Fällung von Urteilen, welche möglichst auf dem tatsächlichen Sachverhalt basieren, und damit die Verwirklichung des Prinzips der materiellen Wahrheit gefördert werden, ist die Auslegung gemäss der Ausgangsthese vorzuziehen.

6. Gegenteilige Argumente?

Gegen die mittels der Ausgangsthese vertretene Auslegung wird in der Literatur geltend gemacht, dass Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO betreffend unechte Noven aufgrund der separat zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzung der Beachtung der zumutbaren Sorgfalt²⁰² bei Anwendung der Auslegung gemäss der Ausgangsthese in aller Regel keinen Anwendungsbereich mehr hat.²⁰³ Diese Überlegung ist in Bezug auf das Vorbringen von Bestreitungen in der Hauptverhandlungen unrichtig: Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein solches Vorgehen sorgfältig und entsprechend kommt Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zur Anwendung, falls es sich dabei überhaupt um unechte Noven handeln sollte.²⁰⁴ Ebenso sind Konstellationen denkbar, in welchen bei Anwendung der Auslegung gemäss Ausgangsthese ein früheres Vorbringen möglich und zumutbar gewesen wäre. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn Tatsachenbehauptungen bereits in der Klageantwort (erstmalig) vorgebracht und sodann in der Replik nicht bestritten wurden.²⁰⁵ Entsprechend hat die in Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO enthaltene separate Tatbestandsvoraussetzung der Beachtung der zumutbaren Sorgfalt selbst bei Anwendbarkeit der Ausgangsthese einen eigenständigen Anwendungsbereich.

Es mag schliesslich die Frage aufgeworfen werden, ob relevante Interessen bestehen, welche gegen die Auslegung gemäss der Ausgangsthese sprechen. Solche sind

¹⁹¹ Statt vieler BSK ZPO-GUYAN (FN 6), Art. 153 N 10; ZPO-Kommentar-HASENBÖHLER (FN 5), Art. 153 N 9; DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 153 ZPO N 9. Siehe auch BGer, 5A_125/2016, 27.7.2016, E. 4.3, und BGer, 4A_375/2016, 8.2.2017, E. 5.3.3 f. Weniger deutlich Botschaft ZPO (FN 4), 7313.

¹⁹² Vgl. statt vieler KUKO ZPO-OBERHAMMER (FN 5), Art. 56 N 3; BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 47 und Art. 56 N 5. Vgl. ferner bereits GULDENER (FN 8), 165 f.

¹⁹³ Vgl. zur grundsätzlich denkbaren Anwendbarkeit der Beweisabnahme von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) in der vorliegenden Konstellation z.B. andeutungsweise BK-HURNI (FN 4), Art. 55 ZPO N 47; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/SCHRAK (FN 5), Art. 55 N 57.

¹⁹⁴ Statt vieler DIKE-Kommentar-LEU (FN 4), Art. 153 ZPO N 25; BSK ZPO-GUYAN (FN 6), Art. 153 N 11.

¹⁹⁵ Vgl. zum Ausnahmecharakter der Beweisabnahme von Amtes wegen auch MEIER (FN 17), N 297 und N 299 m.w.N. Zurückhaltender im Allgemeinen BK-BRÖNNIMANN (FN 26), Art. 153 ZPO N 8.

¹⁹⁶ BGer, 4A_444/2013, 5.2.2014, E. 6.3.3 und statt vieler BK-HURNI (FN 4), Art. 56 ZPO N 9; CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2013, N 184; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/GRIEDER (FN 5), Art. 56 N 19.

¹⁹⁷ Vgl. statt vieler BK-HURNI (FN 4), Art. 56 ZPO N 10; MORDASINI-ROHNER (FN 196), N 193; SCHUMACHER (FN 110), 390.

¹⁹⁸ Siehe zur Problemstellung oben II.

¹⁹⁹ Siehe die Nachweise in FN 196. Zudem dürften weitere Aspekte gegen die Nützlichkeit der gerichtlichen Fragepflicht im vorliegenden Kontext sprechen: Ein Teil der Literatur geht nämlich davon aus, dass die gerichtliche Fragepflicht einer zeitlichen Limitierung untersteht, d.h. die Eventualmaxime und die Novenschranke zur Anwendung gelangen (vgl. statt vieler z.B. BK-HURNI [FN 4], Art. 56 ZPO N 42–44; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/GRIEDER [FN 5], Art. 56 N 36; a.M. z.B. KUKO ZPO-OBERHAMMER [FN 5], Art. 56 N 12). Mit anderen Worten würde die gerichtliche Fragepflicht dann, wenn die Eventualmaxime eine Bestreitung in der Hauptverhandlung – entgegen der Ausgangsthese – verunmöglichen sollte, nicht zur Anwendung gelangen.

²⁰⁰ Siehe zur von einem Teil der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht, wonach das Vorbringen ohne Verzug (Art. 229 Abs. 1 ZPO) ein Vorbringen (und damit eine Bestreitung) innert zehn Tagen erfordert, oben IV.A.3.

²⁰¹ Siehe allgemein zum Zusammenhang zwischen der (strengen) Eventualmaxime – was vorliegend letztlich in Frage steht – und dem Risiko einer Zunahme von Urteilen, welche nicht mit der materiellen Wahrheit in Einklang zu bringen sind, RÜEGG, Wahrheitsfindung (FN 108), 70.

²⁰² Siehe IV.A.3.

²⁰³ Vgl. LEUENBERGER, Aktenschluss (FN 40), 953 f., mit der in allgemeiner Form geäusserten Überlegung, dass für den Fall, dass das Vorbringen «ohne Verzug» das Vorbringen zu Beginn der Hauptverhandlung betrifft, regelmässig die Tatbestandsvoraussetzung betreffend die Beachtung der zumutbaren Sorgfalt (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO) nicht erfüllt ist.

²⁰⁴ Siehe zum Ganzen oben IV.A.3.

²⁰⁵ Siehe dazu mit Präzisierungen bereits FN 151.

jedenfalls nicht in relevantem Umfang auszumachen.²⁰⁶ Zwar mag die beklagte Partei ein Interesse daran haben, dass eine Bestreitung nicht mehr in der Hauptverhandlung erfolgen kann. Dieses Interesse ist jedoch regelmässig von vernachlässigbarer Grösse wenn bedacht wird, dass die beklagte Partei doch regelmässig frei wählen kann, ob sie ihre Behauptungen in der Klageantwort oder erst in der Duplik aufstellt. Mit dieser Freiheit geht nach der hier vertretenen Auffassung einher, dass die andere Partei eine Bestreitung erst in der Hauptverhandlung vornehmen muss, soweit die beklagte Partei ihre Tatsachenbehauptungen erst in der Duplik vorbringt.

C. Schlussfolgerung

Nach dem Vorgesagten wird die Ausgangsthese nicht massgeblich durch andere Überlegungen in Frage gestellt. Zwar mag die Entstehungsgeschichte je nach Verständnis gegen die Ausgangsthese sprechen. Andere Aspekte – namentlich das Legalitätsprinzip, die Systematik und die materielle Wahrheit – sind nach der hier vertretenen Auffassung jedoch eindeutig als gewichtiger zu qualifizieren. Es ist deshalb an der Ausgangsthese festzuhalten.

V. Fazit

Unseres Erachtens bestehen gute Gründe für die These, dass Dupliknoven in der beschriebenen Konstellation erst im Rahmen des ersten Parteivortrags in der Hauptverhandlung bestritten werden müssen, um der Bestreitungslast rechtswirksam nachzukommen. Entsprechend ist es weder erforderlich, das «Replikrecht» auszuüben, noch innert kurzer Frist eine «Noveneingabe» zu erstatten.

Angesichts der Rechtsunsicherheit und der damit einhergehenden Gefahr, dass sich ein Gericht auf den gegenteiligen Standpunkt stellt, ist es in der Praxis dennoch empfehlenswert, das «Replikrecht» auszuüben bzw. innert kurzer Frist eine separate «Noveneingabe» zu erstatten und darin die Dupliknoven zu bestreiten. Es wäre vor diesem Hintergrund wünschenswert, wenn diese Rechtsunsicherheit, sei es durch das Bundesgericht oder den Gesetzgeber, beseitigt würde.

²⁰⁶ Vgl. auch im Allgemeinen SCHWANDER (FN 115), 359–362 und 370, und SCHWANDER (FN 115), 73, wobei mit guten Argumenten vorgebracht wird, dass eine Präklusionswirkung im Allgemeinen nicht gerechtfertigt ist. Ebenso im Ergebnis RÜEGG, Wahrheitsfindung (FN 108), 65–67; RÜEGG, Novenrecht (FN 92), 159 und 166.