

## Aktenschluss nach doppeltem Schriftenwechsel

Art. 106 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO

**Nach einem doppelten Schriftenwechsel können neue Tatsachen und Beweismittel, unabhängig von darauffolgenden Instruktionsverhandlungen, nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden.** [18]

BGer 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014 (BGE 140 III 312)

Der Kläger hatte beim erstinstanzlichen Bezirksgericht beantragt, den Beklagten zu einer Leistung von CHF 30 000.00 zu verpflichten. Er hatte seine Klage damit begründet, dass er und der Beklagte einer Auftraggeberin aufgrund mangelhafter Sanierungsarbeiten Schadenersatz geschuldet hätten, welchen er in Folge alleine beglichen habe. Materiell hatte er seinen Anspruch somit auf einen internen Regress gegen den Beklagten als seinen Solidarschuldner gestützt.

Mit Urteil vom 17. April 2013 hatte das Bezirksgericht die Klage gutgeheissen.

Dagegen hatte der Beklagte Berufung erhoben mit dem Antrag auf Aufhebung des Urteils und Abweisung der Klage. Das Kantonsgericht hatte die Berufung gutgeheissen, weil es das Vorbringen des Klägers im Hinblick auf die Zahlung einer Mehrleistung an die Auftraggeberin weder als genügend substantiiert noch als bewiesen betrachtet hatte.

Mit in der Folge erhobener Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Kläger vor Bundesgericht, die Klage gutzuheissen, eventualiter den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. In seiner Beschwerde rügte er insbesondere, seine Eingabe – welche nach dem zweiten Schriftenwechsel, aber vor der letzten Instruktionsverhandlung erfolgt war – sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Die Vorinstanz hatte diese Eingabe als verspätet erachtet, weil sich der Kläger zweimal unbeschränkt hatte äussern können und seine Eingabe deshalb eigentliche Noven hätte enthalten müssen, um zulässig zu sein. Dagegen brachte der Kläger vor, der Gesetzeswortlaut sei diesbezüglich nicht klar; jedenfalls trete der «Aktenschluss» erst nach der letzten Instruktionsverhandlung ein.

Das Bundesgericht setzte sich in einem ersten Schritt ausführlich mit den Lehrmeinungen über den Zeitpunkt des Aktenschlusses auseinander. Es hielt fest, dass zumindest TAPPY gestützt auf den Wortlaut von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO die vom Kläger geltend gemachte Auslegung vertrete (TAPPY, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N 25 zu Art. 229 ZPO). Andere Autoren verstünden die Bestimmung dagegen restriktiver.

Den Materialien konnte das Bundesgericht nicht entnehmen, wann genau der Aktenschluss eintreten solle. Die Räte hatten lediglich zu Art. 229 Abs. 2 ZPO festgehalten, es

müsse sichergestellt werden, dass sich jede Partei in einem Zivilverfahren zweimal unbeschränkt äussern dürfe. Aus teleologischen Aspekten folgte das Bundesgericht, dass die unbeschränkte Möglichkeit von Vorbringen in einer Instruktionsverhandlung nach doppeltem Schriftenwechsel der Eventualmaxime zuwiderlaufen würde. Diese wäre damit ins Ermessen des Gerichts gestellt, was die Vorhersehbarkeit des Verfahrensablaufs für die Parteien massiv erschweren würde.

Angesichts dieser Bedenken entschied das Bundesgericht, dass der Aktenschluss, trotz nachfolgender Instruktionsverhandlung, nach einem doppeltem Schriftenwechsel eintrete. Es bestätigte daher den vorinstanzlichen Entscheid.

### Kommentar

Trotz der seit mehr als drei Jahren geltenden Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts divergieren die Verfahrensabläufe in den meisten Kantonen nach wie vor stark. Für die Parteien und ihre Vertreter ist es deshalb – insbesondere in ausserkantonalen Verfahren – von zentraler Bedeutung, zu wissen, wie sich das Gericht den weiteren Ablauf des Verfahrens vorstellt, und bis wann es dementsprechend möglich sein soll, sich unbeschränkt zu äussern. Unter diesem wichtigen Aspekt der Vorhersehbarkeit des Verfahrensablaufs ist der vorliegende Entscheid völlig richtig.

Es ist zwar durchaus sachgerecht, dass die ZPO dem Gericht bei der konkreten Verfahrensausgestaltung viel Ermessen zugesteht, doch kann diese Flexibilität nicht bedeuten, dass ihm anheimgestellt sein könnte, die Eventualmaxime mittels Instruktionsverhandlungen nach Ermessen zu handhaben.

Würde man die Eventualmaxime bedingungslos an die (letzte) Instruktionsverhandlung binden, so wäre der Prozessablauf bis zuletzt unklar, zumal eine Instruktionsverhandlung jederzeit angeordnet werden kann (Art. 226 Abs. 1 ZPO). Dies wäre meist auch für das entscheidende Gericht von Nachteil, welches kaum eine Instruktionsverhandlung anordnen würde, wenn es damit rechnen müsste, dass eine Partei ihre Versäumnisse dort nachholen wird. Somit dient der Entscheid nicht nur der Rechtssicherheit und der Waffengleichheit der Parteien, sondern auch den Interessen des Gerichts.