

## 6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

### 6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

#### BGer 4A\_50/2021: Tatsachenvortrag «zu Beginn der Hauptverhandlung»

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_50/2021 vom 6. September 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B., Zweiter Tatsachenvortrag gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO.



CINZIA CATELLI\*



PREDRAG SUNARIC\*\*

*Das Bundesgericht bestätigt seine in BGE 144 III 67 begründete Rechtsprechung, wonach «zu Beginn der Hauptverhandlung» i.S. von Art. 229 Abs. 2 ZPO einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO meint. Konkret haben die Parteien ihre neuen Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung im Rahmen eines in der ZPO nicht vorgesehenen «Tatsachenvortrags» ins Recht zu legen, wobei die genauen Konturen desselben weiterhin unklar bleiben.*

#### I. Sachverhalt

Dem Fall lag die folgende arbeitsrechtliche Streitigkeit zu Grunde: A. AG (Arbeitgeberin und Beschwerdeführerin) und B. (Arbeitnehmer und Beschwerdegegner) schlossen am 10. November 2017 einen Arbeitsvertrag ab, mit welchem B. rückwirkend ab dem 1. Juli 2017 als CEO der A. Gruppe angestellt wurde. Bereits am 26. November 2017 kündigte die A. AG den Arbeitsvertrag mit B. unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist per 31. Dezember 2018. Ein knappes Jahr später, genauer mit Schreiben vom 23. November 2018, kündigte die

A. AG das Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 337 OR fristlos. Dagegen reichte B. Klage beim Arbeitsgericht Zürich ein, wobei er unter anderem Lohn für den Monat Dezember 2018 sowie eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung in der Höhe von vier Monatslöhnen von der A. AG forderte.

Im erstinstanzlichen Verfahren wurden die Parteien nach erfolgtem erstem Schriftenwechsel zur Hauptverhandlung vorgeladen. Unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung beantragte der Rechtsvertreter der A. AG, dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 144 III 67) zunächst die Tatsachenvorbringen gehalten würden. Daraufhin erklärte der Rechtsvertreter des B., dass er keine Tatsachen vorzutragen habe, sondern sich «zu den Punkten der Gegenseite» äussern wolle. Nachdem der Rechtsvertreter der A. AG daraufhin erwidert hatte, die Replik sei kein Tatsachenvortrag und er darauf bestehe, dass als nächster Prozessschritt die Tatsachenvorträge gehalten würden, gab der Rechtsvertreter des B. an, er beschränke sich diesfalls «einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien». Dazu legte er seine Plädoyernotizen ins Recht und verlas diese ab Seite 2, wobei er nur wenig später seitens des Rechtsvertreters der A. AG erneut mit dem Verweis auf den fehlenden Charakter seiner Äusserungen als «Tatsachenvortrag» unterbrochen wurde. Dieser Intervention stimmte die erstinstanzliche Verfahrensleitung bei. Der Rechtsvertreter des B. beschränkte sich in der Folge auf die Behauptung, B. konkurrenzieren die A. AG auch nach erfolgter Kündigung nicht, wobei er entsprechende Beweise ins Recht legte. Seine Plädoyernotizen samt Stellungnahme zu den einzelnen Punkten der Klageantwort verlas er dagegen erst anlässlich seines ersten Parteivortrags vollumfänglich.

Mit Urteil vom 12. März 2020 hiess das Arbeitsgericht Zürich die Klage des B. teilweise gut, wogegen die A. AG Berufung einreichte, welche sie unter anderem damit begründete, die Vorinstanz hätte unter Verletzung von Art. 229 ZPO Tatsachenbehauptungen des B. berücksichtigt, welcher dieser erst *nach* seinem Tatsachenvortrag, nämlich im Rahmen seines ersten Parteivortrags gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO, aufgestellt habe. Mit Urteil vom 4. Dezember 2020 wies das Obergericht des Kantons Zürich die Berufung ab, wohingegen die A. AG Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht einreichte.

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Vor Bundesgericht war zunächst strittig, ob die Vorinstanz den Sachverhalt richtig festgestellt hatte, indem sie festhielt, der Rechtsvertreter des B. habe unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung seine Plädoyernotizen zum

\* CINZIA CATELLI, LL.M., Rechtsanwältin, Partner bei Bär & Karrer, Zürich.

\*\* PREDRAG SUNARIC, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Associate bei Bär & Karrer, Zürich.

ersten Mal vollumfänglich verlesen. Sich auf das Verhandlungsprotokoll des erstinstanzlichen Verfahrens abstützend erkannte das Bundesgericht eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG. Aus dem Verhandlungsprotokoll gehe – so das Bundesgericht – hervor, dass der Rechtsvertreter des B. zu Beginn der Hauptverhandlung seine Plädoyernotizen lediglich bis zur Randziffer 5 auf Seite 2 verlesen und anschliessend lediglich ein einziges Faktum vorgebracht habe. Vollumfänglich habe der Rechtsvertreter des B. seine Plädoyernotizen dagegen erst anlässlich seines ersten Parteivortrags verlesen, womit sich die Frage stellte, ob in diesem Zeitpunkt noch neue Tatsachen und Beweismittel uneingeschränkt vorgebracht werden durften oder ob diese einer Prüfung nach Art. 229 Abs. 1 ZPO hätten unterzogen werden müssen (E. 2.3.1).

Das Bundesgericht erinnert in der Folge zunächst daran, dass es in der Vergangenheit bereits wiederholt festgehalten habe, dass die in Art. 229 Abs. 2 ZPO enthaltene Formulierung, wonach im Falle, dass weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden habe, neue Tatsachen und Beweismittel «zu Beginn der Hauptverhandlung» uneingeschränkt vorgebracht werden könnten, dergestalt zu verstehen sei, dass neue Tatsachen und Beweismittel noch vor den ersten Parteivorträgen im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO vorzutragen seien. Zeitgleich räumte es aber ein, dass bislang noch keine vertiefte Auseinandersetzung mit Art. 229 Abs. 2 ZPO stattgefunden habe (E. 2.3.2).

Nach einer kurzen Wiedergabe der in der Lehre vortragenen Kritik zu der in BGE 144 III 67 begründeten Rechtsprechung (E. 2.3.2.1) folgt eine Auslegung nach den vier klassischen Auslegungselementen (E. 2.3.3). Das Bundesgericht kommt dabei zum Schluss, dass das sprachlich-grammatikalische Element dafür spreche, dass «zu Beginn der Hauptverhandlung» einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 Abs. 1 ZPO meine, zumal in Art. 229 Abs. 2 ZPO anders als in Art. 228 Abs. 1 ZPO nicht von «[n]ach der Eröffnung der Hauptverhandlung», sondern vielmehr spezifisch von «zu Beginn der Hauptverhandlung» die Rede sei (E. 2.3.3.2). In dieselbe Richtung deute das historische Auslegungselement. Der Entwurf zur ZPO sah mit Art. 225 Abs. 1 E-ZPO noch eine Regelung vor, welche es den Parteien erlaubte, «[...] bis und mit den ersten Parteivorträgen» neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Diese Regelung sei indessen nicht Gesetz geworden. Vielmehr einigten sich die Räte auf die heute geltende Formulierung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, welche unisono als Kompromisslösung zwischen einem Aktenschluss noch vor der Hauptverhandlung und der Möglichkeit, bis und mit den ersten Parteivorträgen unbeschränkt neue Tat-

sachen und Beweismittel vorzutragen, angesehen wurde (E. 2.3.3.3). Aus dem systematischen und dem teleologischen Element könnten dagegen keine Erkenntnisse betreffend das Verständnis von Art. 229 Abs. 2 ZPO gewonnen werden. Namentlich könne der Zweck der Bestimmung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, wonach sich beide Parteien zwei Mal unbeschränkt äussern können sollten, ungeachtet dessen erreicht werden, ob diese Äusserung in den ersten Parteivorträgen oder (separat) davor geschehe (E. 2.3.3.5).

In einer Gesamtwürdigung kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass neue Tatsachen (wozu auch Bestreitungen zählen) und Beweismittel gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO vor den ersten Parteivorträgen ins Verfahren eingebracht werden müssen. Diese «(unbeschränkte) Äusserung» zu Beginn der Hauptverhandlung gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO ist mithin von den in Art. 228 ZPO vorgesehenen ersten Parteivorträgen zu unterscheiden. «Jenen Autoren, die ein derartiges Vorgehen mangels Praktikabilität als Verkomplizierung des Verfahrens ablehnen, ist zwar dahingehend beizustimmen, dass eine solche Auftrennung bei den Parteien zu einem höheren Aufwand in der Vorbereitung der Verhandlung führt und der Zeitbedarf der Hauptverhandlung (marginal) steigen dürfte, doch werden diese Nachteile dadurch aufgewogen, dass die neuen Vorbringen für die Gegenpartei und für das Gericht so klar zu fassen sind, was sowohl das Gericht entlastet als auch der Waffengleichheit dient» (E. 2.3.3.6).

Da im vorliegenden Fall weder ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden habe, habe es den Parteien zu Beginn der Hauptverhandlung offengestanden, unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Aus dem Verhandlungsprotokoll des erstinstanzlichen Verfahrens gehe hervor, dass der Rechtsvertreter des B. zu Beginn der Hauptverhandlung keine (substantiierten) Bestreitungen zu den Vorbringen der A. AG in ihrer Klageantwort abgegeben habe. Daraus folgt an sich, dass die entsprechenden Vorbringen der A. AG als zugestanden zu gelten hätten, soweit die vom Rechtsvertreter des B. im Rahmen seines ersten Parteivortrags nach Art. 228 ZPO vorgebrachten Bestreitungen nicht als echte oder unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen wären (E. 2.3.4).

Vorliegend stelle sich aber die Frage, ob B. durch das Verhalten des Rechtsvertreters der A. AG und dessen Billigung durch die Erstinstanz nicht seines Rechts beraubt worden sei, rechtzeitig neue Tatsachen und Beweismittel einzubringen und insbesondere die Behauptungen, welche die A. AG in ihrer Klageantwort vorgetragen habe, zu bestreiten (E. 2.3.5). Das Bundesgericht prüfte zu diesem Zweck, was Inhalt der Plädoyernotizen des Rechtsvertre-

ters des B. war, und kam zum Schluss, dass auf Seite 2 der Plädoyernotizen zunächst vier Behauptungen aufgestellt worden seien. Danach würden unter dem Titel «Zu den einzelnen Punkten in der Klageantwort» unter Angabe der jeweiligen Randziffer in der Klageantwort Bemerkungen zur Klageantwort der A. AG folgen. Sowohl bei den vorerwähnten vier Behauptungen als auch bei den Bemerkungen zur Klageantwort handle es sich um neue Tatsachen und nicht um ein Plädoyer, das im Rahmen der ersten Parteivorträge zu halten gewesen wäre. Die Ausführungen des B. seien «sowohl in Bezug auf deren Inhalt als auch deren Form so gehalten, wie sie – im Falle eines zweiten Schriftwechsels – in einer schriftlichen Replik anzutreffen gewesen wären, wo Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei anerkannt oder bestritten werden». In Anbetracht dessen habe der Rechtsvertreter der A. AG gegen Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) verstossen, wenn er den Rechtsvertreter des B., obgleich dieser Tatsachen habe vortragen wollen, beim Verlesen unterbrochen und darauf beharrt habe, dass er die neuen Tatsachen und Beweismittel Punkt für Punkt vorbringen müsse, und damit bewirkt habe, dass dieser seine Notizen vor den ersten Parteivorträgen nicht vollständig habe verlesen können. Hätte dieser seine Notizen ungehindert verlesen können, wären die neuen Tatsachen und Beweismittel «zu Beginn der Hauptverhandlung» im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO in den Prozess eingeführt worden und hätten ohne Rücksicht auf Art. 229 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden müssen. Indem die Erstinstanz die (unberechtigten) Interventionen des Rechtsvertreters der A. AG geschützt habe, obschon sie das (Prozess-)Recht von Amtes wegen anzuwenden gehabt hätte (Art. 57 ZPO) und dessen Einhaltung im Rahmen ihrer Aufgabe, den Prozess zu leiten (Art. 124 Abs. 1 Satz 1 ZPO), hätte sicherstellen müssen, sei der B. seines Rechts beraubt worden, zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Da dem B. aus diesem treuwidrigen Verhalten kein Nachteil erwachsen dürfe, seien die im Rahmen der ersten Äusserung in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO vorgebrachten neuen Tatsachen uneingeschränkt, d.h. ohne Rücksicht auf die Novenschranke von Art. 229 Abs. 1 ZPO, zu berücksichtigen, wie es die Vorinstanz (im Ergebnis) zutreffend getan habe (E. 2.3.5.2).

Das Bundesgericht verneinte damit im Ergebnis eine Verletzung von Art. 229 Abs. 2 ZPO (E. 2.4). In arbeitsrechtlicher Hinsicht prüfte das Bundesgericht in der Folge noch, ob die fristlose Kündigung aufgrund Konkurrenzierung oder anderweitiger Treupflichtverletzung der Beschwerdeführerin gerechtfertigt erfolgt sei, was es ebenfalls verneinte (E. 3). Entsprechend wies es die Beschwerde der A. AG vollumfänglich ab (E. 4).

### III. Anmerkungen

Vorab sei im Sinne einer Einordnung daran erinnert, dass, anders als was im besprochenen Urteil der Eindruck vermittelt wird, es nicht einer gefestigten, langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, wonach die Formulierung «zu Beginn der Hauptverhandlung» noch vor den ersten Parteivorträgen gemäss Art. 228 ZPO meint. Vielmehr hat das Bundesgericht in den letzten Jahren in dieser Hinsicht eine bemerkenswerte Entwicklung hinter sich gebracht: In BGE 140 III 312 vertrat es noch die Ansicht, dass sich die Parteien bei Fehlen eines zweiten Schriftwechsels bzw. einer Instruktionsverhandlung an der Hauptverhandlung im Rahmen der «ersten Parteivorträge» unbeschränkt äussern können.<sup>1</sup> Daran hielt es Ende März 2017 unter Verweis auf die als «*einhellig*» bezeichnete Lehre fest und erwog, dass gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel «in den ersten Parteivorträgen zu Beginn der Hauptverhandlung (Art. 228 Abs. 1 ZPO)» vorgebracht werden können.<sup>2</sup> Nur gerade acht Monate danach folgte mit BGE 144 III 67 die Kehrtwende: Das Bundesgericht vertrat neu und ohne Verweis auf die Lehre den Standpunkt, wonach «zu Beginn der Hauptverhandlung» vor den ersten Parteivorträgen gemäss Art. 228 ZPO meint.<sup>3</sup> Diese Auslegung wurde in den Folgejahren in einigen nicht publizierten Bundesgerichtsurteilen bestätigt.<sup>4</sup>

Das vorliegende Urteil ist zur Publikation vorgesehen, womit das Bundesgericht zum Ausdruck bringt, dass es dem Urteil grundsätzliche Bedeutung beimisst.<sup>5</sup> Es muss entsprechend damit gerechnet werden, dass es, zumindest auf absehbare Zeit hin, dabeibleibt, dass neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO vor den ersten Parteivorträgen, mithin im Rahmen eines in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehenen mündlichen Vortrags – der zuweilen in der Lehre als «*Tatsachenvortrag*» bezeichnet wird –, ins Verfahren eingebracht werden müssen.<sup>6</sup> Wie dieser Tatsachenvortrag genau auszusehen hat bzw. worin er sich von dem nach Art. 228 ZPO vorgesehenen ersten Parteivortrag unterscheidet, bleibt indessen auch im Nachgang an das besprochene Urteil unklar.

<sup>1</sup> BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3.

<sup>2</sup> BGer, 5A\_767/2015, 28.3.2017, E. 3.3.1.

<sup>3</sup> BGE 144 III 67 E. 2.1.

<sup>4</sup> Vgl. BGer, 4A\_50/2021, 6.9.2021, E. 2.3.2 m.w.Nachw.

<sup>5</sup> Art. 58 Abs. 1 BGerR.

<sup>6</sup> Vgl. DANIEL BRUGGER, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO), ZZZ 2019, 22 ff., 24, wonach sich die Hauptverhandlung gemäss Gesetz in drei Teile, nämlich in die ersten Parteivorträge (Art. 228 ZPO), die Beweisabnahme (Art. 231 ZPO) und die Schlussvorträge (Art. 232 ZPO), gliedert.

In der Lehre ist mit einlässlicher Begründung bislang einzig BRUGGER der vom Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung vertretenen Auslegung zu Art. 229 Abs. 2 ZPO beigetreten. Derselbe Autor wird im Rahmen des hier besprochenen Urteils in E. 2.3.2.1.7 denn auch ausführlich zitiert. Gemäss BRUGGER tragen die Parteien im Tatsachenvortrag *«ausschliesslich»* ihre neuen Tatsachen und Beweismittel vor, was es den Parteien erlaube, *«vorab und losgelöst von weiteren Ausführungen neue Tatsachen und Beweismittel Punkt für Punkt mündlich ins Protokoll [zu] diktieren»*.<sup>7</sup> Zumindest einem solch formalistischen Ansatz hat das Bundesgericht im besprochenen Urteil indes eine Absage erteilt, indem es das Beharren des Rechtsvertreters der A. AG, wonach der Rechtsvertreter des B. seine neuen Tatsachen und Beweismittel *«Punkt für Punkt»* vorbringen müsse, im konkreten Fall gar als gegen Treu und Glauben verstossend taxierte.<sup>8</sup> Weiter ergibt sich aus dem besprochenen Urteil, dass der Tatsachenvortrag eines Klägers auch eine Stellungnahme auf das zuvor in der Klageantwort Ausgeführte enthalten dürfe, gleich wie dies bei einer schriftlichen Replik anzutreffen wäre.<sup>9</sup> Wo nun aber die Grenze zwischen einem Tatsachenvortrag und einem zu Beginn der Hauptverhandlung vorgetragenen verkappten Plädoyer bzw. Parteivortrag verläuft, wird sich erst noch weisen müssen, zumal aus dem besprochenen Urteil nicht hervorgeht, ob in den seitens des Bundesgerichts retrospektiv als gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO zulässig erachteten Plädoyernotizen des Rechtsvertreters des B. neben den neuen Tatsachenbehauptungen und Bemerkungen zur Klageantwort der A. AG auch noch weitere Ausführungen enthalten waren.

Das Bundesgericht hat den Parteien wie auch den Gerichten mit dem besprochenen Urteil nach Ansicht der Autoren einen Bärendienst erwiesen. Ohne Not zwingt es die Parteien bei einer mündlichen Verhandlung ohne vorgängigen zweiten Schriftenwechsel bzw. Instruktionsverhandlung, in zeitintensiver Arbeit ihre neuen Tatsachenvorbringen von den übrigen Ausführungen aufzutrennen, ohne zeitgleich klare Konturen aufzustellen, welche Ausführungen denn alles in den *«Tatsachenvortrag»* hineingehören und welche nicht. Die Gerichte stellt es vor die Herkulesaufgabe, im Rahmen ihrer Verfahrensleitung verkappte Parteivorträge zu Beginn der Hauptverhandlung zurückzuweisen, gleichzeitig aber unberechtigte Interventionen (wie im besprochenen Fall diejenige des Rechtsvertreters der A. AG) nicht zuzulassen. Endlose Streitigkeiten, welche Aussagen noch im Rahmen des Tatsachenvortrags und welche erst anlässlich des ersten Parteivortrags gemacht

werden dürfen, scheinen damit programmiert. Als einziger Ausweg erscheint die vermehrte Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels,<sup>10</sup> womit der Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens bedauernswerterweise weiter eingeschränkt wird.

<sup>7</sup> BRUGGER (FN 6), 26.

<sup>8</sup> BGer, 4A\_50/2021, 6.9.2021, E. 2.3.5.2.

<sup>9</sup> BGer, 4A\_50/2021, 6.9.2021, E. 2.3.5.2.

<sup>10</sup> Vgl. BRUGGER (FN 6), 28, der sich dafür ausspricht, zur Hauptverhandlung mit der Möglichkeit für neue Sachvorbringen im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO nur dann einzuladen, wenn an der Hauptverhandlung nicht viele neue Tatsachen und Beweismittel zu erwarten sind.