

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von T. Domej, A. Donatsch, U. Haas, I. Meier, F. Uhlmann

Sébastien Moret

**Aktenschluss und Novenrecht
nach der Schweizerischen
Zivilprozessordnung**

Inhaltsübersicht

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXVII
Materialienverzeichnis	LVII
Einleitung	1
§ 1 Aktenschluss	3
A. Grundlagen	3
B. Aktenschluss und Vorbereitungsverfahren	54
C. Aktenschluss und Hauptverhandlung	77
D. Untersuchungsgrundsatz und Aktenschluss	88
E. Aktenschluss in den besonderen Verfahren	111
F. Zusammenfassung zu § 1	140
§ 2 Novenrecht	147
A. Grundfragen	147
B. Gegenstand der Noven	155
C. Echte Noven	198
D. Unechte Noven	215
E. Vorbringen ohne Verzug	262
F. Verfahren	274
G. Anerkennung von Tatsachenbehauptungen	276
H. Letzter Zeitpunkt für die Geltendmachung von Noven	279
I. Noven bei (Teil-)Verzicht auf die Hauptverhandlung	288
J. Novenrecht im Rechtsmittelverfahren	290
K. Zusammenfassung zu § 2	358
§ 3 Klageänderung und Widerklage	369
A. Klageänderung	369

Inhaltsübersicht

B.	Widerklage	388
C.	Zusammenfassung zu § 3	394
§ 4	Ergebnisse und Schlussbetrachtungen	397
A.	Ergebnisse	397
B.	Schlussbetrachtungen	406
	Stichwortverzeichnis	409

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsübersicht	V
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXVII
Materialienverzeichnis	LVII
Einleitung	1
§ 1 Aktenschluss	3
A. Grundlagen	3
I. Begriffsbestimmungen	3
1. Präklusion	3
2. Aktenschluss	4
3. Eventualmaxime	6
a) Unterscheidungen	6
b) Eigentliche oder strenge Eventualmaxime	6
c) Konzentrations- und Einschränkungsmaxime	7
d) Die Entwicklung der Eventualmaxime	7
aa) Vorläufer	8
bb) Reichskammergerichtsordnung	8
cc) Gemeines deutsches Prozessrecht	9
dd) Rezeption in den kantonalen Zivilprozessordnungen	10
e) Ausgewählte kantonale Zivilprozessordnungen	11
aa) Baselstädtische Zivilprozessordnung	11
bb) Zürcher Zivilprozessordnung	12
cc) Schaffhauser Zivilprozessordnung	13
dd) Luzerner Zivilprozessordnung	14
4. Fazit	15
II. Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung	16
1. Ordentliches Verfahren als Grundverfahren	16
2. Gang des Verfahrens	17
a) Schlichtungsverfahren	17
b) Schriftenwechsel	17

c)	Vorbereitung der Hauptverhandlung	18
d)	Hauptverhandlung	19
e)	Entscheid	19
f)	Rechtsmittelverfahren	20
3.	Fazit	21
III.	Recht auf einen zweiten unbeschränkten Vortrag	21
1.	Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz	21
2.	Behauptungsphase	22
a)	Das System	22
b)	Replik und Duplik	23
c)	Weitere unbeschränkte Vorträge	24
3.	Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren	25
a)	Vorentwurf der Expertenkommission	25
b)	Vernehmlassungsverfahren	25
c)	Entwurf des Bundesrates	27
d)	Parlamentarische Beratungen	28
aa)	Ständerat	28
bb)	Nationalrat	29
e)	Fazit	30
4.	Weitere Aspekte	30
a)	Terminologie	30
b)	Gleichwertigkeit von zweitem Schriftenwechsel, Instruktionsverhandlung und ersten Parteivorträgen der Hauptverhandlung	31
c)	Verhältnis zum allgemeinen Replikrecht	32
d)	Aktenschluss und Einreichung von Urkunden	32
aa)	«Vorbringen» von Urkunden	32
bb)	Folgen bei verspäteter Einreichung	34
cc)	Einreichung von Urkunden im summarischen Verfahren	34
IV.	Einheitlicher Aktenschluss	35
1.	Grundsatz	35
a)	Gesetzliche Ausgangslage	35
b)	Folgen	35
2.	Ausnahmen	36
a)	Rechtskraft vor dem Aktenschluss	36
aa)	Teil- oder Zwischenentscheid	36
bb)	Rechtskraft und Präklusion	37
cc)	Recht auf zweiten unbeschränkten Vortrag	37
b)	Abweichende gesetzliche Grundlage	38
V.	Spätes Vorbringen vor Aktenschluss	39

1.	Die formellen Anforderungen an die Klage und Klageantwort nach Art. 221 ZPO	39
2.	Art. 221 ZPO als Ordnungsvorschrift	39
3.	Rückweisung von Klage oder Klageantwort zur Verbesserung	40
4.	Präklusion wegen Verstosses gegen Treu und Glauben?	41
5.	Auferlegung zusätzlicher Kosten bei spätem Vorbringen	42
	a) Bundeszivilprozessordnung	42
	b) Schweizerische Zivilprozessordnung	43
6.	Gesetzgeberisches Versäumnis?	44
	a) Verhinderung von Überraschungen	44
	b) De lege ferenda: Einführung der Präklusion bei mutwilligem oder grobfahrlässigem Zurückbehalten von Vorbringen?	45
7.	Fazit	45
VI.	Vergleich: Prozessförderungspflicht der Parteien in der deutschen Zivilprozessordnung	46
1.	Grundzüge des erstinstanzlichen Verfahrensablaufs	46
	a) Mündliches Vorverfahren und früher erster Termin	47
	b) Schriftliches Vorverfahren	47
	c) Haupttermin	48
2.	Prozessförderungspflicht	48
	a) Allgemeine Prozessförderungspflicht der Parteien	48
	b) Parteivortrag	48
	c) Vorbereitung der Verhandlung	49
	d) Schriftsatzfristen	49
	e) Rechtzeitigkeit im schriftlichen Verfahren	50
3.	Präklusion verspäteter Vorbringen	51
	a) Aktenschluss am Ende der mündlichen Verhandlung	51
	b) Besondere Präklusionsnormen	51
4.	Zwischenfazit	52
5.	Vergleich der deutschen und Schweizerischen Zivilprozessordnung	52
	a) Präklusionsbestimmungen	52
	b) Fristen mit Präklusionscharakter	53

B.	Aktenschluss und Vorbereitungsverfahren	54
I.	Instruktionsverhandlung und/oder zweiter Schriftenwechsel	54
1.	Anordnung	54
2.	Regelfall: Instruktionsverhandlung	54
3.	Zweiter Schriftenwechsel	56
a)	Anordnung im Ermessen des Gerichts	56
b)	Ausschliessliche Anordnung auf Antrag der Parteien?	57
c)	Auswirkungen auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses	58
4.	Zeitpunkt des Aktenschlusses	58
a)	Fehlen einer klaren gesetzlichen Grundlage	58
b)	Aktenschluss am Ende des Vorbereitungsverfahrens	59
II.	Besondere Fragen	61
1.	Problematik des Aktenschlusses am Ende der Instruktionsverhandlung	61
a)	«Vorgezogene» Hauptverhandlung	61
b)	Erfordernis der Unmittelbarkeit?	62
2.	Schriftliche Replik und mündliche Duplik an der Hauptverhandlung	64
3.	Zweiter Schriftenwechsel und nachträgliche Instruktionsverhandlung(en)	65
a)	Fragestellung	65
b)	Recht auf eine zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit	66
c)	Fehlende klare gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung	66
aa)	Gesetzeslage	66
bb)	Präklusion durch prozessleitende Verfügung?	67
d)	Fazit	68
4.	Aktenschluss in der Instruktionsverhandlung	68
5.	Instruktionsverhandlung unter Ausschluss ergänzender Tatsachen und Beweismittel	69
6.	Gerichtliche Aufhebung des Aktenschlusses am Ende des Vorbereitungsverfahrens	69
7.	Beschränkter zweiter Schriftenwechsel	70
a)	Voraussetzungen	70

aa)	Schriftenwechsel zu materiellen Vorfragen	71
bb)	Schriftenwechsel zu Teilfragen	72
b)	Aktenschluss	72
aa)	In Bezug auf den Streitstoff, der im zweiten Schriftenwechsel nicht behandelt wurde	72
bb)	Rechtskraft und Aktenschluss	73
8.	Möglichkeit weiterer Schriftenwechsel	73
a)	Nach vollständigem zweiten Schriftenwechsel	73
b)	Nach beschränktem zweiten Schriftenwechsel	75
c)	Fazit	75
9.	Aktenschluss bei Verzicht auf die Hauptverhandlung	75
a)	Gänzlicher Verzicht und Teilverzicht	75
b)	Bei gänzlichem Verzicht	76
c)	Bei Teilverzicht	76
C.	Aktenschluss und Hauptverhandlung	77
I.	Unbeschränkter Vortrag an der Hauptverhandlung	77
II.	«Zu Beginn der Hauptverhandlung»	78
1.	Problematik	78
2.	Ansichten in der Literatur	78
a)	Aktenschluss nach Replik bzw. Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO	78
b)	Aktenschluss am Ende des jeweiligen ersten Parteivortrags gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO	79
c)	Aktenschluss vor Beginn der ersten Parteivorträge nach Art. 228 ZPO	79
d)	Aktenschluss nach Beginn des ersten Parteivortrags gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO	80
3.	Vergleich zwischen der deutschen, französischen und italienischen Fassung	80
a)	Französische Fassung	80
b)	Italienische Fassung	80
c)	Vergleich	81
4.	Gesetzgebungsverfahren	81
a)	Vorentwurf der Expertenkommission	81
b)	Entwurf des Bundesrats	82
c)	Parlamentarische Debatten	82
d)	Zwischenfazit	83
5.	Teleologische Auslegung	84

a)	Einleitung	84
b)	Vereinfachung des Verfahrens	84
c)	Grundsatz: zwei Parteivorträge	85
d)	Mündliches Verfahren	86
e)	Zwischenfazit	87
6.	Fazit	87
D.	Untersuchungsgrundsatz und Aktenschluss	88
I.	Untersuchungsgrundsatz	88
1.	Begriff	88
2.	Ausprägungen	89
a)	Umfang je nach Gegenstand	89
b)	Kategorisierungen	90
aa)	Unmittelbares öffentliches Interesse an der Sachverhaltsermittlung	90
(1)	Tragweite	90
(2)	Uneingeschränkter und eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz	91
(3)	Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	92
(4)	Abgrenzung zum grundsätzlichen öffentlichen Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung	93
bb)	Schutz der schwächeren Partei	93
cc)	Im Besonderen: Eherechtliche Verfahren und Verfahren bei eingetragener Partnerschaft	94
dd)	Angelegenheiten des Konkursrechts und freiwillige Gerichtsbarkeit	95
c)	Mitwirkungslast der Parteien	96
II.	Tragweite von Art. 229 Abs. 3 ZPO	97
1.	Der Ausnahme- und Auffangtatbestand	97
2.	«Abklären von Amtes wegen»	98
a)	Bedeutung	98
b)	Gesetzgebungsverfahren	98
aa)	Vorentwurf Expertenkommission	98
bb)	Entwurf des Bundesrats	99
cc)	Parlamentarische Debatten	100
c)	Fazit	101
3.	Im Besonderen: Untersuchungsgrundsatz zum Schutz der schwächeren Partei	102
a)	Interessenabwägung	102
b)	Grundsätzliche Vereinbarkeit	102

aa)	Voraussetzungen	102
bb)	Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Verfahrensrecht	103
cc)	Fazit	104
III.	Vorbringen «bis zur Urteilsberatung»	104
a)	Behauptungs- und Beweisphase	104
b)	Uneingeschränktes Äusserungsrecht	105
c)	«Bis zur Urteilsberatung»	105
aa)	Gesetzgebungsverfahren	105
bb)	Missglückter Wortlaut	106
cc)	Keine klare gesetzliche Grundlage	107
dd)	Urteilsberatung	107
ee)	Zirkulationsverfahren	109
ff)	Einzelgericht	110
d)	Fazit	110
E.	Aktenschluss in den besonderen Verfahren	111
I.	Sinngemässe Anwendung des ordentlichen Verfahrens	111
II.	Vereinfachtes Verfahren	111
1.	Grundzüge des Verfahrens	111
2.	Gesetzgebungsverfahren	112
a)	Vorentwurf der Expertenkommission und Entwurf des Bundesrats	112
b)	Parlamentarische Beratungen	113
c)	Zwischenfazit	114
3.	Vereinfachte (unbegründete) Klage	114
a)	Verfahrensablauf	114
aa)	Unmittelbare Vorladung zur Verhandlung	114
bb)	Verfahrensvarianten	115
b)	Aktenschluss bei sofortiger Vorladung zur (Haupt-) Verhandlung	116
aa)	Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO	116
bb)	Bei Durchführung eines einzigen Verhandlungstermins	117
cc)	Bei Durchführung mehrerer Verhandlungstermine	117
dd)	Gerichtliche Fragepflicht und unechte Noven bei mehreren Verhandlungsterminen	119
c)	Aktenschluss bei vorgängiger Durchführung eines Vorbereitungsverfahrens	119
4.	Begründete Klage	120

a)	Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO	120
b)	Kritik	121
5.	Fazit	122
III.	Summarverfahren	123
1.	Grundzüge des Verfahrens	123
2.	Verfahrensablauf	124
3.	Aktenschluss und Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO	125
a)	Bei Durchführung eines einfachen Schriftenwechsels	125
b)	Bei Durchführung einer Verhandlung	126
aa)	Sofortige Vorladung zur Verhandlung	126
bb)	Nach durchgeführtem Schriftenwechsel	127
4.	Fazit	128
IV.	Familienrechtliche Verfahren	129
1.	Zur Terminologie	129
2.	Vereinfachtes und summarisches Verfahren	129
a)	Selbständige Unterhaltsklagen und Verwandtenunterstützungspflicht	129
b)	Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft	131
3.	Scheidungsverfahren	132
a)	Scheidung auf Klage	132
aa)	Klageeinreichung und Einigungsverhandlung	132
bb)	Verfahren nach der Einigungsverhandlung	133
cc)	Aktenschluss und Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO	134
b)	Genehmigung der Scheidungsvereinbarung (Art. 279 ZPO): Verhältnis zum Aktenschluss	135
c)	Scheidung auf gemeinsames Begehren	137
aa)	Mit vollständiger Einigung	137
bb)	Mit Teileinigung	138
4.	Fazit	139
F.	Zusammenfassung zu § 1	140
I.	Grundlagen	140
1.	Recht auf einen zweiten unbeschränkten Vortrag	140
2.	Einheitlicher Aktenschluss	140
3.	Spätes Vorbringen vor Aktenschluss	141
II.	Zeitpunkt des Aktenschlusses	141
1.	Aktenschluss und Vorbereitungsverfahren	141

2. Aktenschluss und Hauptverhandlung	142
III. Untersuchungsgrundsatz und Aktenschluss	143
1. Derogation des Aktenschlusses nach Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO	143
2. Letztmöglicher Zeitpunkt für die Geltendmachung von Vorbringen unter dem Untersuchungsgrundsatz	143
IV. Aktenschluss in den besonderen Verfahren.	144
1. Sinngemässe Anwendung der Regeln des ordentlichen Verfahrens	144
2. Vereinfachtes Verfahren	144
3. Summarverfahren	145
4. Familienrechtliche Verfahren	145
§ 2 Novenrecht	147
A. Grundfragen	147
I. Interessengegensätze	147
1. Rasche Prozess erledigung	147
2. Materielle Wahrheitsfindung	147
3. Persönlichkeitsbezogene Verfahrensrechte	148
4. Interessenausgleich	148
II. Formalisiertes Verfahren	149
III. Verhältnis zwischen Anspruch auf rechtliches Gehör und Präklusionsvorschriften	150
1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	150
2. Rechtslage in Deutschland	152
3. Vergleich	153
IV. Zwei Grundeinstellungen zum Novenrecht	153
V. Fazit	154
B. Gegenstand der Noven	155
I. Zeitlicher Geltungsbereich	155
1. Neuheit eines Vorbringens	155
2. Unterschiedliche Begriffsbestimmung in Bezug auf den Zeitpunkt	155
a) Vorbringen nach erstem Schriftenwechsel	155
b) Vorbringen nach Aktenschluss	157
II. Sachlicher Geltungsbereich der novenrechtlichen Einschränkungen: Allgemeiner Teil	157
1. Einleitung	157
2. Begriff der Angriffs- und Verteidigungsmittel	158
a) Verwendung	158

b)	Definition	159
3.	Rechtserhebliche Behauptung	160
4.	Tat- und Rechtsfragen	161
5.	Begriff der Tatsache	162
a)	Im Allgemeinen	162
b)	Tatsachen nach Art. 8 ZGB	162
c)	Tatsachen nach Art. 99 Abs. 1 BGG	163
aa)	Keine feste Begriffsumschreibung	163
bb)	Einreden im zivilprozessualen Sinn	164
(1)	Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege	164
(2)	Bundesgericht	165
cc)	Nicht von Amtes wegen zu berücksichtigende Einreden	166
dd)	Von Amtes wegen zu berücksichtigende Einreden	167
d)	Tatsachen nach Art. 229 und 317 ZPO	168
aa)	Meinungen in der Literatur	168
(1)	Übernahme von Begriffsbestimmungen	168
(2)	Herrschende Ansicht	169
(3)	Differenzierte Haltung zu Einreden und Gestaltungsrechte	170
bb)	Rechtsprechung des Bundesgerichts	170
cc)	Gesetzesmaterialien	171
(1)	Vernehmlassungsverfahren	171
(2)	Parlamentarische Debatte	171
(3)	Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung	172
dd)	Zwischenfazit	173
ee)	Vorbringen zur Sache	173
III.	Sachlicher Geltungsbereich der novenrechtlichen Einschränkungen: Besonderer Teil	174
1.	Berücksichtigung des Wortlauts	174
2.	Tatsachenbehauptung, Bestreitung und Anerkennung	175
a)	Tatsachenbehauptung	175
b)	Bestreitung	175
c)	Anerkennung	176
d)	Fazit	177
3.	Einreden im zivilprozessualen Sinn	177
a)	Begriff	177

b)	Materielle Einreden	178
aa)	Einrede als Rechtsausübung	178
bb)	Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Verjährungseinrede als Tatsache	179
cc)	Analoge Anwendung von Art. 229 ZPO	180
dd)	Rückweisung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit und Sanktionierung der späten Erhebung	181
ee)	Fazit	181
c)	Einwendungen	182
aa)	Im Allgemeinen	182
bb)	Einwendungen als Tatsachenvorbringen	182
cc)	Einwendungen als Rechtsbehauptungen	183
dd)	Fazit	184
d)	Gestaltungsrechte	184
aa)	Im Allgemeinen	184
bb)	Gestaltungsrechte als Rechtsausübung	184
cc)	Fazit	185
4.	Übung und Ortsgebrauch	185
a)	Differenzierung	185
b)	Als Rechtsnorm	186
c)	Als Sachvorbringen	187
d)	Fazit	187
5.	Ausländisches Recht	188
6.	Handelsbräuche und Verkehrssitten	189
7.	Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen, Erfahrungssätze sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze	190
a)	Begriff	190
b)	Keine Tatsachen nach Art. 229 ZPO	191
c)	Fazit	192
8.	Mittelbar rechtserhebliche Tatsachen und Hilfstatsachen	192
a)	Mittelbar rechtserhebliche Tatsachen	192
b)	Hilfstatsachen	193
c)	Fazit	194
9.	Gesetzliche Vermutungen	194
10.	Präzisierung der Sachvorbringen	195
11.	Beweismittel	195
a)	Zulässige Beweismittel	195

b)	Zuordnung	196
c)	Beweiseinreden	197
C.	Echte Noven	198
I.	Weiterentwicklung des Sachverhalts	198
II.	Definition	199
1.	Lehre und Rechtsprechung	199
a)	Grundsatz	199
b)	Abweichende Definitionen	199
2.	Wortlaut von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO	200
a)	Echte Noven nach Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO	200
b)	Uneigentliche echte Noven	201
3.	Zwischenfazit	202
4.	Gesetzgebungsverfahren	203
a)	Vorentwurf der Expertenkommission	203
b)	Entwurf des Bundesrats	204
c)	Parlamentarische Beratungen	205
d)	Zwischenfazit	206
III.	Umgang mit dem Gesetzeswortlaut	207
1.	Korrektur	207
a)	Ergänzung mit dem Kriterium der zumutbaren Sorgfalt	207
b)	Reduktion des Wortlauts	207
2.	Wortgetreue Anwendung	208
a)	Kritik an der Korrektur des Wortlauts	208
b)	Konsequenzen aus der wortgetreuen Anwendung	209
3.	Sachliche Einschränkung uneigentlicher echter Noven	209
a)	Ausgangslage	209
b)	Nachträgliche Zulassung von Urkunden	210
aa)	Novenrecht im Vorentwurf der Expertenkommission	210
bb)	Vergleich zwischen Art. 215 Abs. 2 lit. c VE ZPO und Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO	211
c)	Unbeauptete, aber durch das Beweisverfahren erwiesene Tatsachen	211
aa)	Ausgangslage	211
bb)	Gesetzgebungsverfahren und kantonales Zivilprozessrecht	212
cc)	Schweizerische Zivilprozessordnung	212

4.	Fazit	213
D.	Unechte Noven	215
I.	Definition	215
II.	Zulassungsgründe	216
1.	Besondere Rechtfertigung	216
2.	Keine Verzögerung des Rechtsstreits	216
a)	Objektive Betrachtungsweise	216
b)	Beispiele	217
aa)	Deutsche Zivilprozessordnung	217
bb)	Zürcher Zivilprozessordnung	218
cc)	Vorentwurf der Expertenkommission	219
c)	Vergleich	219
d)	Schweizerische Zivilprozessordnung	220
3.	Entschuldbare Verspätung	222
a)	Verspätetes Vorbringen und Verfahrensverzögerung	222
b)	Trennung zwischen Behauptungs- und Beweisphase	223
c)	Sanktionierung unsorgfältigen oder unredlichen Prozessierens	223
aa)	Sanktionierung des Verhaltens	223
bb)	Sanktionierung des Risikos einer Verfahrensverzögerung	224
d)	Prozessuale Pflicht oder Last	225
aa)	Deutsche Zivilprozessordnung: prozessuale Pflicht	225
bb)	Schweizerisches Zivilprozessrecht: prozessuale Last	225
cc)	Vergleich	227
4.	Wesentlichkeit des Vorbringens	228
a)	Materielle Rechtslage	228
b)	Untersuchungsgrundsatz	228
c)	Eignung im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes	228
5.	Novenrecht und gerichtliche Fragepflicht	230
a)	Ausübung nach Aktenschluss	230
b)	Gegenstand der gerichtlichen Fragepflicht	230
c)	Zürcher Zivilprozessordnung und Vorentwurf der Expertenkommission	231
d)	Schweizerische Zivilprozessordnung	231

aa)	Grundsätzlich keine Ausübung nach dem Aktenschluss	231
bb)	Verhältnis zwischen Fragepflicht und Verhandlungsgrundsatz	232
cc)	Gerichtliche Fragepflicht und unsorgfältiges Prozessieren	234
dd)	Ausnahmen	234
(1)	Gerichtliche Fragepflicht und Beweisergebnis	234
(2)	Nachholung der gerichtlichen Fragepflicht?	236
ee)	Gerichtliche Fragepflicht in Bezug auf Prozessvoraussetzungen und Rechtsausübung	237
6.	Scheidungsverfahren: Besondere Hinweispflicht gemäss Art. 277 Abs. 2 ZPO	238
a)	Aufforderung, Urkunden nachzureichen	238
b)	Ergänzung des Verhandlungsgrundsatzes	238
c)	Verhältnis zur gerichtlichen Fragepflicht	239
d)	Gerichtliche Hinweispflicht und Novenrecht	239
aa)	Aufforderung vor Aktenschluss	239
bb)	Einreichung nach Aktenschluss	240
(1)	Das Problem	240
(2)	Zulässigkeit der Nachreichung nach Aktenschluss	242
cc)	Relativierungen in der Praxis	242
dd)	Bei nachträglicher Einreichung einer Scheidungsvereinbarung	243
III.	Der Zulassungsgrund der zumutbaren Sorgfalt nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO	244
1.	Grundlagen	244
a)	Einziger Zulassungsgrund	244
b)	Zum Begriff der Zumutbarkeit	244
2.	Die Ermittlung der Sorgfalt	245
a)	Objektiver oder subjektiver Verschuldensmassstab?	245
b)	Der Sorgfaltsbegriff im Privat- und Strafrecht	246
aa)	Privatrechtlicher Sorgfaltsbegriff	246
bb)	Strafrechtlicher Sorgfaltsbegriff	247
cc)	Vergleich mit dem Zivilprozess	248
(1)	Privatrechtlicher Sorgfaltsbegriff	248

	(2) Strafrechtlicher Sorgfaltsbegriff	248
	c) Objektive oder subjektive Unmöglichkeit	249
3.	Nicht vertretene Parteien	250
	a) Offener Wortlaut	250
	aa) Keine konkretisierende Vorschrift	250
	bb) Konkretisierung durch die Rechtsprechung	250
	b) Problematik des objektiven Sorgfaltsmassstabs	251
	c) Problematik des subjektiven Sorgfaltsmassstabs	251
	aa) Umstände des Einzelfalls und persönliche Verhältnisse	251
	bb) Prozessuale Gleichbehandlung	252
	d) Ermessensentscheid	253
4.	Anwaltlich vertretene Partei	254
	a) Stellung der anwaltlichen Rechtsvertretung	254
	b) Sorgfaltsmassstab	255
	aa) Objektiver Sorgfaltsmassstab	255
	bb) Objektive Durchschnittsfigur	256
5.	Vertretung durch eine Vertrauensperson	256
	a) Zulässigkeit	256
	b) Sorgfaltsmassstab	257
6.	Weitere Aspekte	257
	a) Beispiele	257
	b) Verhältnis zu den echten Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO (sog. uneigentliche echte Noven)	258
	c) Unbezifferte Forderungsklagen	259
	d) Vorrang der Wiederherstellung	260
	e) Streitgenossen und Nebenparteien	260
7.	Fazit	261
E.	Vorbringen ohne Verzug	262
	I. Zeitliche Einschränkung der Vorbringen	262
	II. Gesetzgebungsverfahren	263
	III. Form der Geltendmachung	263
	1. Schriftliche Noveneingabe	263
	2. Instruktionsverhandlung	264
	a) Grundsatz des mündlichen Vortrags	264
	b) Ankündigung	265

aa)	Noven, die während der Hauptverhandlung entstanden oder entdeckt wurden oder deren Hinderungsgrund für die Geltendmachung während der Hauptverhandlung weggefallen ist	265
bb)	Noven zwischen Aktenschluss und Hauptverhandlung	265
3.	Ausnahme: Schriftliches Verfahren	266
IV.	Zeitpunkt der Geltendmachung	267
1.	Kriterien	267
a)	Sorgfältiges Prozessieren	267
b)	Grundsatz von Treu und Glauben	267
c)	Massgeblicher Zeitpunkt	268
aa)	Echte Noven	268
bb)	Unechte Noven	269
d)	Frist von zehn Tagen als Regel	270
2.	Unverzügliches Vorbringen an der Hauptverhandlung	271
a)	Ankündigung des Novenvortrags	271
b)	Novenvortrag zu Beginn der Hauptverhandlung	271
c)	Novenvortrag und Beweisverhandlung	272
V.	Fazit	272
1.	Form der Geltendmachung	272
2.	Rechtzeitigkeit der Geltendmachung	273
F.	Verfahren	274
I.	Beweislast und Beweismass	274
II.	Entscheid	275
G.	Anerkennung von Tatsachenbehauptungen	276
I.	Anerkennung	276
II.	Anerkennung nach Aktenschluss	277
III.	Keine erheblichen Zweifel an deren Richtigkeit	277
IV.	Folgen der Berücksichtigung	278
V.	Fazit	279
H.	Letzter Zeitpunkt für die Geltendmachung von Noven	279
I.	Fehlen einer klaren Regelung	279
1.	Wortlaut von Art. 229 Abs. 1 ZPO	279
2.	Gesetzgebungsverfahren	280
a)	Vorentwurf der Expertenkommission und Entwurf des Bundesrats	280

b) Parlamentarische Beratungen	281
II. Auslegung	283
1. Grammatikalische und systematische Auslegung	283
2. Teleologische Auslegung	283
a) Einleitung	283
b) Unterscheidung nach dem Entstehungszeitpunkt	284
aa) Vor Ende der Hauptverhandlung entstandene Noven	284
bb) Nach Ende der Hauptverhandlung entstandene Noven	284
III. Im Einzelnen	285
1. Schlussvorträge (Art. 232 ZPO)	285
2. Unechte Noven	285
3. Echte Noven	287
a) Welche vor dem Ende der Hauptverhandlung entstanden sind	287
b) Welche nach der Hauptverhandlung entstanden sind	287
IV. Fazit	288
I. Noven bei (Teil-)Verzicht auf die Hauptverhandlung	288
I. Bei vollständigem Verzicht	288
II. Bei Teilverzicht	290
J. Novenrecht im Rechtsmittelverfahren	290
I. Einleitung	290
II. Novenrecht in der Berufung	291
1. Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung	291
a) Grundzüge	291
b) Verfahren	292
c) Überprüfungsfunktion	292
2. Noven als alleiniger Berufungsgrund	293
3. Echte Noven im Berufungsprozess	293
a) Wortlaut von Art. 317 Abs. 1 ZPO	293
b) Verhältnis zu Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO	294
c) Echte Noven nach klassischem Verständnis	295
d) Wortgetreue Anwendung von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO	295
e) Unterschiedliche Begriffe für echte Noven	296
f) Fazit	297

4.	Unechte Noven im Berufungsprozess	298
	a) Grundsatz	298
	b) Im Einzelnen	298
	aa) Streitigkeiten nach dem Verhandlungsgrundsatz	298
	bb) Streitigkeiten nach dem Untersuchungsgrundsatz	299
5.	Einreden und Gestaltungsrechte in der Berufung	299
	a) Kongruenz zwischen Art. 229 und 317 ZPO	299
	b) Verhältnis zum Rechtsmissbrauchsverbot	300
	aa) Fragestellung	300
	bb) Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rechtsmissbrauchsverbot und kantonalen Präklusionsbestimmungen	301
	cc) Einreden und Gestaltungsrechte vor Bundesgericht.	301
	dd) Grundsätzlich keine Sanktionierung durch Rechtsmissbrauchsverbot	302
	ee) Ausnahmsweise Zurückweisung wegen Rechtsmissbrauchs	303
	c) Fazit	304
6.	Letzter Zeitpunkt für die Geltendmachung von Noven	304
	a) Bei einfachem und zweitem Schriftenwechsel	304
	b) Bei Durchführung einer Verhandlung	305
7.	Novenrecht und Untersuchungsgrundsatz	306
	a) Einführung in die Problematik	306
	aa) Ausgangslage	306
	bb) Weitergeltung der Verfahrensgrundsätze	306
	b) Gesetzgebungsverfahren	307
	aa) Vorentwurf der Expertenkommission und Vernehmlassungsverfahren	307
	bb) Entwurf des Bundesrats	309
	cc) Parlamentarische Debatten	309
	dd) Fazit	311
	c) Meinungen in der Lehre	311
	d) Rechtsprechung	313
	aa) Bundesgericht	313
	(1) BGE 138 III 625	313
	(2) Weitere Urteile des Bundesgerichts	314
	bb) Kantonale Rechtsprechung	315

	(1) Eingeschränkter und uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz	315
	(2) Entscheide im Zusammenhang mit dem sozialen Untersuchungsgrundsatz	315
	(3) Entscheide im Zusammenhang mit dem uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz	317
e)	Historische Auslegung	319
	aa) Verwendung der historischen Auslegung in Rechtsprechung und Lehre	319
	bb) Vorentwurf der Expertenkommission	320
	cc) Vordergründig klares Ergebnis	320
	dd) Einzelne Aussagen in den Materialien	321
	ee) Relevanz einzelner Aussagen	322
	ff) Zwischenfazit	323
f)	Wortlaut und Systematik	323
	aa) Wortlaut und Stellung von Art. 317 ZPO	323
	bb) Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen der ZPO	324
	cc) Zwischenfazit	325
g)	Teleologische Auslegung	325
	aa) Sozialer Untersuchungsgrundsatz	325
	(1) Ziele des sozialen Untersuchungsgrundsatzes	325
	(2) Präklusionsbestimmungen und sozialer Untersuchungsgrundsatz	326
	(3) Interessenabwägung	326
	(4) Mildere Anwendung der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO?	328
	(5) Tatsachen, deren Richtigkeit sich aus den Akten ergibt	329
	(6) Zwischenfazit	330
	bb) Untersuchungsgrundsatz zur Wahrung öffentlicher Interessen an der Sachverhaltsermittlung	330
	(1) Ziele des Untersuchungsgrundsatzes	330
	(2) Präklusionsbestimmungen und öffentliches Interesse an der Sachverhaltsermittlung	331
	(3) Kinderbelange im Besonderen	332

4.	Massgeblicher Sachverhalt nach Gutheissung eines Revisionsgesuchs	353
a)	Revision und Revisionsverfahren	353
aa)	Funktion der Revision	353
bb)	Verfahren	354
b)	Neuer Entscheid der ersten Instanz	355
c)	Neuer Entscheid der Berufungs- oder Beschwerdeinstanz	356
5.	Fazit	357
K.	Zusammenfassung zu § 2	358
I.	Grundfragen	358
II.	Gegenstand der Noven	359
1.	Tragweite der novenrechtlichen Einschränkungen	359
2.	Tatsachen im Novenrecht	359
a)	Hauptsächliche Abgrenzungen	359
b)	Weitere Abgrenzungen	360
3.	Beweismittel im Novenrecht	361
III.	Echte Noven	361
IV.	Unechte Noven	362
1.	Begriff	362
2.	Zulassungsgründe	362
3.	Der Zulassungsgrund der zumutbaren Sorgfalt	363
V.	Vorbringen ohne Verzug	363
VI.	Beweismass und Beweislast, Entscheid über Zulassung	364
VII.	Anerkennung von Tatsachenbehauptungen	364
VIII.	Letzter Zeitpunkt für die Geltendmachung von Noven	365
IX.	Noven bei (Teil-) Verzicht auf die Hauptverhandlung	365
X.	Novenrecht im Rechtsmittelverfahren	365
1.	Novenrecht in der Berufung	365
a)	Funktion	365
b)	Novenrecht im Einzelnen	365
c)	Novenrecht und Untersuchungsgrundsatz	366
2.	Novenrecht in der Beschwerde	367
3.	Massgeblicher Sachverhalt im Rechtsmittelverfahren	367
§ 3	Klageänderung und Widerklage	369
A.	Klageänderung	369
I.	Allgemeines	369
II.	Klageänderung vor Aktenschluss	371

1.	Fixationswirkung der Klage	371
2.	Formelle Voraussetzungen	372
3.	Sachlicher Zusammenhang oder Zustimmung der Gegenpartei	373
	a) Sachlicher Zusammenhang	373
	aa) Begriff	373
	bb) Keine weiteren materiellen Voraussetzungen	374
	cc) Ausnahmsweise Verweisung in separates Verfahren	375
	b) Zustimmung der Gegenpartei	375
4.	Klageänderung und zweiter unbeschränkter Vortrag	376
5.	Fazit	376
III.	Klageänderung nach Aktenschluss	377
1.	Neue Tatsachen und Beweismittel	377
	a) Ergänzung oder Erweiterung des Sachvortrags	377
	b) Neue Tatsachen und Beweismittel als zulässige Noven	378
	c) Vorbringen ohne Verzug	379
	d) Klageänderung bei Anerkennung von Tatsachenbehauptungen	380
2.	Bei direkter Vorladung zur Hauptverhandlung	381
3.	Letzter Zeitpunkt für die Klageänderung	383
4.	Bei Verzicht auf die Hauptverhandlung	383
	a) Gänzlicher Verzicht	383
	aa) Grundsatz	383
	bb) Bei Anerkennung der Noven durch die Gegenpartei	384
	b) Bei Teilverzicht	384
5.	Klageänderung und Untersuchungsgrundsatz	385
	a) Bei gleichzeitiger Anwendung des Dispositionsgrundsatzes	385
	b) Bei gleichzeitiger Anwendung des Offizialgrundsatzes	385
6.	Fazit	386
IV.	Klageänderung im Rechtsmittelverfahren	387
1.	Berufungsverfahren	387
	a) Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz	387
	b) Verfahren nach dem Untersuchungsgrundsatz	387
2.	Beschwerdeverfahren	388

B.	Widerklage	388
I.	Allgemeines	388
II.	Zeitpunkt der Erhebung	389
1.	Erhebung in der Klageantwort	389
2.	Nachfristansetzung und Fristerstreckung	391
III.	Verweisung in separates Verfahren	391
IV.	Widerklage und zweiter unbeschränkter Vortrag	392
V.	Fazit	393
C.	Zusammenfassung zu § 3	394
I.	Klageänderung	394
II.	Widerklage	395
§ 4	Ergebnisse und Schlussbetrachtungen	397
A.	Ergebnisse	397
B.	Schlussbetrachtungen	406
	Stichwortverzeichnis	409