

### III. Zivilprozessrecht

#### A. Zivilprozessordnung

10 §§ 75 Abs. 1, 167 Abs. 2 lit. b, 184, 196 Abs. 1, 236 und 335 lit. b ZPO.

Gegen eine Beweisanordnung eines Gerichtspräsidenten, mit welcher nach Abschluss des Rechtsschriftenwechsels vom Kläger die Edition der sich in seinem Besitz befindlichen, aber von diesem in Klage und Replik lediglich zur Edition anbotenen Beweisstücke verlangt wird, ist die Beschwerde gemäss § 335 lit. b ZPO zulässig, da eine solche Anordnung eine Verletzung der Verhandlungsmaxime und damit einer grundlegenden gesetzlichen Bestimmung darstellt und ein Sachentscheid wegen dieses Verfahrensmangels aufgehoben werden müsste, dadurch das Verfahren erheblich verlängert würde und deshalb der Gegenpartei ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstünde.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 27. Juni 2000 in Sachen D. und P. B. gegen E. R. AG.

#### *Aus den Erwägungen*

2. Das Rechtsmittel der Beschwerde ist gemäss § 335 ZPO nur gegen Endentscheide im summarischen Verfahren (lit. a) sowie gegen prozessleitende Entscheide zulässig, wenn diese nach dem Gesetz selbständig weiterziehbar sind oder gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen verstossen und daraus der Partei ein schwer wieder gutzumachender Nachteil entsteht (lit. b).

a) Die vorliegende Beschwerde richtet sich nicht gegen einen Endentscheid im summarischen Verfahren, sondern gegen die im ordentlichen Verfahren von der Vizepräsidentin des Bezirksgerichts B. erlassene Beweisanordnung vom 18. April 2000. Eine solche Beweisanordnung nach Massgabe von § 196 Abs. 1 ZPO ist nicht gesondert mit Beschwerde anfechtbar und kann daher grundsätzlich nicht mit Beschwerde angefochten werden.

b) Das Rechtsmittel der Beschwerde ist gegen solche prozessleitenden Verfügungen nur dann zuzulassen, wenn sie "gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen verstossen und daraus der Partei ein schwer wieder gutzumachender Nachteil entsteht" (§ 335 lit. b ZPO). Diese Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beschwerde sind hier erfüllt:

Die Vizepräsidentin der Vorinstanz hat im Rahmen der strittigen Beweisanordnung vom 18. April 2000 in Ziffer 3 verfügt, die Klägerin habe innert zehn Tagen seit Zustellung sämtliche von ihr zur Edition offerierten Unterlagen betreffend das Bauprojekt (Lösungsvorschläge, Pläne, Submissionsunterlagen, Aktennotizen, Protokolle, Baubewilligung mit Plänen, Stundenlisten usw.) einzureichen. Gemäss § 167 Abs. 2 lit. b ZPO sind der Klage die von der Klagepartei angerufenen Urkunden, welche sich in ihrem Besitz befinden, beizulegen. § 236 ZPO wiederholt der Vollständigkeit halber die Pflicht der Parteien zur Vorlegung der in ihrem Besitze befindlichen Urkunden bereits im Rahmen des Behauptungsverfahrens (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N. 1 zu § 236 ZPO). Die im Besitze einer Klagepartei befindlichen Urkunden nehmen insofern eine besondere Stellung ein, als hier der Beweis Eintritt durch blosser Bezeichnung nicht genügt, sondern die Urkunden gleichzeitig vorzulegen sind, damit der Gegner schon im Rahmen des Behauptungsverfahrens dazu Stellung nehmen kann und die richterliche Beweiswürdigung bereits in diesem Verfahrensstadium möglich ist, bevor eine allfällige Beweisanordnung ergeht (welche unter Umständen gestützt auf die eingelegten Urkunden gar nicht mehr nötig ist). Da folglich nur dann ein gültiger Beweis Eintritt vorliegt, wenn die Urkunde ins Recht gelegt wird, können Urkunden, die der Beweisführer in Händen hat, nur so lange vorgelegt werden, als ein Beweis Eintritt nach den allgemeinen Regeln zulässig ist, also durch die Klagepartei spätestens mit der Replik. Eine spätere Vorlegung ist nur dann mög-

lich, soweit nachträgliche Vorbringen zulässig sind (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 10 zu § 167 ZPO mit Hinweisen).

Die Klägerin hat in ihrer Klage vom 16. Juli 1999 bzw. Replik vom 17. Dezember 1999 verschiedene Beweismittel offeriert und in diesem Rahmen auch Urkunden als Beweismittel angerufen; dabei hat sie sogenannte "Lösungsvorschläge" bzw. einen "Lösungsvorschlag Variante 1 mit Anmerkungen der Beklagten" zur Edition offeriert (Klage S. 4). Schliesslich hat die Klägerin Pläne, Aktennotizen und Protokolle, die Baubewilligung mit den bewilligten Plänen (Klage S. 5), die gesamten von der Klägerin angefertigten Plan- und Submissionsunterlagen (Klage S. 8 und 9), Nebenkostenaufzeichnungen (Klage S. 10) sowie Stundenlisten (Klage S. 11) und letztlich erneut die Baubewilligung (Klage S. 12) zur Edition offeriert. Auch in der Replik vom 17. Dezember 1999 werden diese zur Edition offerierten Urkunden erneut angerufen; teilweise werden zusätzliche Urkunden zum Beweis unterstellt, indessen, und das ist von Belang, erneut zur Edition offeriert (Replik S. 11).

Mit der in § 75 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsmaxime wird den Parteien die Behauptungs- und Substanziierungslast auferlegt. Die Verhandlungsmaxime ist verletzt, wenn nicht oder nicht rechtzeitig behauptete Tatsachen oder Beweismittel berücksichtigt werden (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 6 zu § 75 ZPO mit Hinweisen). Bei der Verhandlungsmaxime nach Massgabe von § 75 ZPO handelt es sich um eine Bestimmung grundlegender Bedeutung (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 8 zu § 335 ZPO), und von daher ist auf die Beschwerde einzutreten.

Indem die Klägerin in ihrer Klage bzw. Replik die angeführten Urkunden als Beweismittel angerufen hat, hat sie zu erkennen gegeben, dass sich diese in ihrem Besitz befinden; hingegen hat die Klägerin unterlassen, diese Urkunden, wie § 167 Abs. 2 lit. b ZPO gebietet (ebenso § 236 ZPO), dem Gericht einzureichen; vielmehr hat sie diese Urkunden bloss zur Edition offeriert, was den erwähnten Bestimmungen zuwiderläuft. Es ist festzustellen, dass die Klägerin kei-

ne Gründe namhaft machte, dass ihr die Vorlegung bzw. Einreichung der von ihr angerufenen Urkunden nicht hätte möglich sein sollen; damit ist festzustellen, dass auch der Tatbestand von § 184 ZPO nicht gegeben ist, nach welchem nach Abschluss des Behauptungsverfahrens neue Beweismittel eingereicht werden können, wenn die Verspätung als entschuldbar erscheint. Die Klägerin wäre demnach gehalten gewesen, diese bloss zur Edition offerierten Urkunden mit der Klage bzw. spätestens mit der Replik einzureichen, was sie indessen nicht getan hat.

Damit ist festzustellen, dass die erste in § 335 lit. b ZPO vorgesehene Voraussetzung, nämlich ein Verstoß gegen eine grundlegende gesetzliche Bestimmung, erfüllt ist, indem die Vorderrichterin in Ziffer 3 der Beweisordnung verfügte, die Klägerin habe die von ihr bloss zur Edition offerierten Beweismittel einzureichen.

Zu prüfen bleibt, ob der Klägerin gestützt auf diese Anordnung ein schwer wieder gutzumachender Nachteil entsteht. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, darunter falle nicht vorab ein finanzieller Schaden, sondern vielmehr eine Beeinträchtigung der gesamten Stellung der beschwerdeführenden Partei im Zusammenhang mit dem Prozess, z.B. weil das Verfahren erheblich verlängert werde, wenn es im Endurteil wegen Verfahrensmangels aufgehoben werden müsse (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 9 zu § 335 ZPO).

Auch diese Voraussetzung ist erfüllt; wird von den Beklagten gegen das erst noch zu erlassende Sachurteil des Bezirksgerichts Appellation eingereicht, so müsste dieser Entscheid wegen der erwähnten Verfahrensmängel aufgehoben werden und das Bezirksgericht müsste erneut, unter Ausschluss der bloss zur Edition offerierten Urkunden, einen Entscheid fällen; damit würde das Verfahren in der Tat erheblich verlängert, was nicht hingenommen werden kann.

Unter diesen Umständen ist Dispositiv Ziffer 3 der Beweisordnung vom 18. April 2000 in Gutheissung der Beschwerde der Beklagten ersatzlos zu streichen.