



Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik

RETO HUNSPERGER*

JODOK WICKI**



Obwohl in Lehre und Rechtsprechung intensiv diskutiert, hat sich zum zivilprozessualen Replikrecht nach wie vor keine klare und einheitliche Rechtsprechung entwickelt. Diverse Stimmen in der Literatur versuchen zwar, die Bedeutung des Replikrechts herunterzuspielen. Und verschiedene Gerichte behandeln es – unter dem Banner einer angeblichen Förderung der Prozessökonomie – eher stiefmütterlich. Für den forensisch tätigen Rechtsanwalt ist die Bedeutung dieses prozessualen Behelfs allerdings nicht zu unterschätzen – vor allem, wenn man das Replikrecht richtigerweise in seinem engen Zusammenhang mit der Novenschanke in Art. 229 ZPO sieht. Dieser Aufsatz zeigt Inhalt und Folgen dieses Zusammenhangs auf, weist auf die aktuelle Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung zum Replikrecht hin und unternimmt den neuerlichen Versuch einer Darstellung, wie die Rechtsprechung die dringend erhoffte Rechtsicherheit in diesem Bereich schaffen könnte bzw. sollte.

Bien que souvent traité dans la doctrine et la jurisprudence, le droit de réplique en procédure civile ne fait toujours pas l'objet d'une jurisprudence claire et uniforme. Quelques voix dans la littérature tentent de minimiser l'importance du droit de réplique. Et certains tribunaux le délaissent, invoquant le prétexte d'une supposée économie de procédure. Pour l'avocat qui pratique le barreau, l'importance de ce moyen juridique procédural ne doit cependant pas être sous-estimée – surtout si l'on considère, à juste titre, le droit de réplique en lien étroit avec la réglementation restrictive des novas prévue à l'art. 229 CPC. Cette contribution présente le contenu et les conséquences de ce lien, rappelle les derniers développements dans la doctrine et la jurisprudence relatifs au droit de réplique et tente, une nouvelle fois, de montrer comment la jurisprudence pourrait ou même devrait apporter une sécurité juridique tant attendue dans ce domaine.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Bedeutung des Replikrechts: Potentielle Folgen einer unterlassenen Ausübung des Replikrechts
 - A. Ausübung des Replikrechts als zivilprozessuale Obliegenheit?
 - B. Art. 147 Abs. 3 ZPO als Rettungsanker der untätigen Partei?
 - C. Möglichkeit von Stellungnahme (und Bestreitung) anlässlich der Hauptverhandlung?
 - D. Zwischenfazit
- III. Unklarheiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts
 - A. Wie ist das Replikrecht auszuüben?
 - B. Innert welcher Frist ist zu reagieren und wie wird die Fristeinhaltung geprüft?
 - C. Wann beginnt die Frist zu laufen?
- IV. Fazit

I. Einleitung

Vor knapp vier Jahren haben die Autoren in der AJP einen Artikel zum zivilprozessualen Replikrecht¹ pu-

bliziert.² Sie zeigten in diesem Artikel auf, dass insbesondere hinsichtlich der folgenden Fragen rund um die Ausübung dieses prozessualen Instituts diverse Unklarheiten bestehen:

- Wie ist das Replikrecht auszuüben (direkte Einreichung der Stellungnahme beim Gericht oder Antrag auf Fristansetzung)? (III.A.)
- Innert welcher Frist ist zu reagieren (wie lange hat die Partei Zeit für die Ausübung des Replikrechts)? (III.B.)
- Wann beginnt die Frist zu laufen (mit gerichtlicher Zustellung der Eingabe der Gegenseite oder bereits mit Zustellung einer sogenannten Kollegenkopie)? (III.C.)

Weiter haben die Autoren auf die unter Umständen grosse Bedeutung des Replikrechts hingewiesen, konnte bzw. musste ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013³ doch durchaus so verstanden werden, dass (i) das in der ZPO eingeschränkte Novenrecht (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO bzw. Art. 317 ZPO) zwingend im Rahmen des Replikrechts wahrzunehmen ist und (ii) eine unterlassene Ausübung des Replikrechts unter

* RETO HUNSPERGER, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner und Mitglied der Fachgruppe Dispute Resolution bei CMS von Erlach Poncet AG, Zürich.

** JODOK WICKI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner und Mitglied der Fachgruppe Dispute Resolution bei CMS von Erlach Poncet AG, Zürich.

Dank gebührt MLaw RADE KOKANOVIĆ für die Unterstützung bei der Ausarbeitung des Beitrages.

¹ Der Begriff «Replikrecht» wird auch in diesem Aufsatz nicht als Anspruch der klagenden Partei auf Einreichung einer zweiten

Rechtsschrift in einem Verfahren mit doppeltem Schriftenwechsel verstanden, sondern generell als Recht zur Stellungnahme auf Eingaben von anderen Verfahrensbeteiligten.

² RETO HUNSPERGER/JODOK WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, AJP 2013, 975 ff.

³ OGer ZH, LB090080, 25.3.2013, E. 3.e) f.

gewissen Umständen als Anerkennung der Noven in der letzten Eingabe der Gegenpartei verstanden werden kann.

Heute scheint die Zeit reif für eine Prüfung, ob die aufgezeigten Unklarheiten in der Rechtsprechung mittlerweile die von den Autoren geforderte Klärung erfahren haben (der Gesetzgeber blieb im vorliegenden Zusammenhang auf jeden Fall untätig) und ob sich die prognostizierte Bedeutung des Replikrechts in der Praxis bewahrheitet hat. Zudem möchten die Autoren die Gelegenheit nutzen, um ihr verfassungsmässiges Replikrecht wahrzunehmen und zu einigen im Zusammenhang mit ihrem Aufsatz in Lehre und Rechtsprechung geäusserten Kommentaren Stellung zu nehmen. Dies durchaus im Wissen darum, dass die Frist für eine wirksame Ausübung ihres Replikrechts eigentlich längst abgelaufen sein dürfte...

II. Bedeutung des Replikrechts: Potentielle Folgen einer unterlassenen Ausübung des Replikrechts

A. Ausübung des Replikrechts als zivilprozessuale Obliegenheit?

Die von den Autoren geäusserte Befürchtung, wonach in Beachtung der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich⁴ von einer impliziten Anerkennung der in der letzten Eingabe der Gegenseite enthaltenen Noven ausgegangen werden könnte, wenn eine Partei auf die Ausübung ihres Replikrechts verzichtet, wurde auch in der Lehre teilweise geteilt: So vertreten in diesem Zusammenhang verschiedene Autoren die Meinung, eine Partei müsse vor dem Hintergrund des Bestehens eines generellen Replikrechts auf Noven in einer Duplik oder Berufungsantwort reagieren, wenn sie verhindern wolle, dass das Gericht die gegnerischen Vorbringen als unbestritten betrachten darf. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die betreffenden Behauptungen im bisherigen Schriftenwechsel nicht zumindest implizit bestritten worden sind.⁵

B. Art. 147 Abs. 3 ZPO als Rettungsanker der untätigen Partei?

Andere Stimmen räumen zwar ein, dass das entsprechende Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich aus dem Jahr 2013 tatsächlich so verstanden werden könnte. Sie weisen dann jedoch darauf hin, dass der entsprechende Entscheid noch unter dem kantonalen Prozessrecht des Kantons Zürich ergangen sei und in Anwendung der eidgenössischen ZPO nicht mehr möglich gewesen wäre. Denn Art. 147 Abs. 3 ZPO, der das Gericht verpflichtet, eine Partei auf die Säumnisfolgen einer unterlassenen Prozesshandlung aufmerksam zu machen, stehe einer solchen Rechtsprechung entgegen. Aus diesem Grund müsse ein Gericht, wenn es z.B. Dupliknoven als relevant ansehe und in einem späteren Urteil auf diese abstellen wolle, der Gegenseite Frist zur Stellungnahme ansetzen oder diese Möglichkeit zumindest anlässlich einer (Haupt-)Verhandlung bieten. Ohne ein entsprechendes Vorgehen dürfe ein Gericht nicht einfach auf Dupliknoven abstellen.⁶

Ob auf diese Argumentation letztlich abgestellt werden kann, erscheint aber unsicher. So war auf den Rechtsstreit, der dem Entscheid BGer 4A_747/2012 zugrunde lag, bereits die Schweizerische Zivilprozessordnung und damit auch Art. 147 Abs. 3 ZPO anwendbar und das Bundesgericht kam in seinem Urteil vom 5. April 2013 dennoch zum Schluss:

«Der Beschwerdeführer hatte daher allen Anlass, von der Möglichkeit zur Replik (Art. 316 Abs. 2 ZPO bzw. BGE 132 I 42 E. 3.3.3 und 3.3.4) Gebrauch zu machen. Indem er dies unterliess, nahm die Vorinstanz zur Recht Verzicht auf eine Stellungnahme an (BGE 138 I 484 E. 2.2; 133 I 100 E. 4.8). Blieben aber die Vorbringen der Beschwerdegegner in deren Berufungsantwort unbestritten, durfte die Vorinstanz ohne weitere Beweiserhebungen darauf abstellen und die neuen Einwendungen in der Berufung des Beschwerdeführers als widerlegt betrachten.»⁷

Der Hintergrund dieses Bundesgerichtsentscheids: Im vorinstanzlichen Verfahren hatte der gekündigte Mieter in seiner Berufungsbegründung neue Argumente gegen den Eigenbedarf der Vermieter vorgetragen. Diese neuen Argumente versuchten die Vermieter in ihrer Berufungsantwort mit ebenfalls neuen Ausführungen zu entkräften. Da sich der Mieter anschliessend nicht mehr unaufgefordert zur Berufungsantwort der Vermieter vernehmen liess,

⁴ OGer ZH, LB090080, 25.03.2013, E. 3.e) f.

⁵ Vgl. zum Beispiel CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2013 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2015 (zit. ZBJV 2015), 242 ff., 249; PETER REETZ/LORENA FRANCESCHETTI, Das Replikrecht im Zivilprozess, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, 121 ff., 129 f.

⁶ HEINRICH ANDREAS MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 2014, 369 ff., 375; so auch ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2015, 35 ff., 38; sowie DOMINIK BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife, SJZ 2015, 513 ff., 515 f.

⁷ BGer, 4A_747/2012, 5.4.2013, E. 3.3.

schloss das Obergericht des Kantons Aargau, die entsprechenden Behauptungen der Vermieter hätten als unbestritten und die vorausgehenden Argumente des Mieters als widerlegt zu gelten.⁸ Dieser Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau wurde vom Bundesgericht anschliessend bestätigt, wobei das Bundesgericht neben Art. 316 Abs. 2 ZPO auch auf das verfassungsmässige Replikrecht hinwies.⁹

Art. 147 Abs. 3 ZPO befindet sich nun aber im 1. Teil der ZPO, welcher «Allgemeine Bestimmungen» enthält und damit gemäss Gesetzssystematik sowohl im erstinstanzlichen als auch im Rechtsmittelverfahren zur Anwendung kommt. Damit hat das Bundesgericht im Entscheid BGer 4A_747/2012 zumindest implizit das Argument verworfen, das Gebot der Androhung von Präklusivwirkungen gemäss Art. 147 ZPO stehe der Schlussfolgerung entgegen, die Nichtausübung des Replikrechts könne eine Anerkennung von Dupliknoven zur Folge haben. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb die Rechtslage im Rechtsmittelverfahren (keine Bestreitung von in der Berufungsantwort enthaltenen Noven) von derjenigen im erstinstanzlichen Verfahren (keine Bestreitung von in der Duplik enthaltenen Noven) abweichen sollte. Aus diesem Grund dürfte die im Zusammenhang mit Art. 312 ZPO ergangene Rechtsprechung gemäss BGer 4A_747/2012 auch im erstinstanzlichen Verfahren Geltung beanspruchen.

Dazu kommt, dass sich nach herrschender Lehre zu Art. 147 Abs. 3 ZPO die säumige Partei – ähnlich wie bei einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung – nur dann auf einen im Zusammenhang mit der Präklusivwirkung unterlassenen Hinweis verlassen darf, wenn sie diese Rechtsfolge nicht erkannt hat und auch bei gebotener Sorgfalt nicht hätte erkennen können.¹⁰ Da bei Rechtsanwälten strenge Anforderungen an die gebotene Sorgfalt gestellt werden, wäre bereits aus diesem Grund schon fraglich, inwieweit sich die durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei in vorliegendem Zusammenhang auf Art. 147 Abs. 3 ZPO berufen könnte.

Zusammengefasst scheint Art. 147 Abs. 3 ZPO also keinen ausreichenden Schutz davor zu bieten, dass dem Replikrecht eben doch der Charakter einer zivilprozessualen Obliegenheit zukommen kann.

C. Möglichkeit von Stellungnahme (und Bestreitung) anlässlich der Hauptverhandlung?

Gleiches kann zu Art. 228 ZPO gesagt werden, der im erstinstanzlichen Verfahren die zwingende Durchführung einer Hauptverhandlung nach erfolgtem doppeltem Schriftenwechsel vorsieht. Zum begrenzten Nutzen der Möglichkeit, sich anlässlich der Hauptverhandlung noch zu Noven, die in der letzten Rechtsschrift der Gegenseite behauptet worden sind, äussern zu können (und damit die Vermutung einer impliziten Anerkennung dieser Noven zu verhindern), haben sich die Autoren bereits geäussert: So ist die Durchführung einer Hauptverhandlung lediglich im erstinstanzlichen ordentlichen und vereinfachten Verfahren zwingend vorgeschrieben, in den anderen Verfahren (insbesondere in Summarverfahren und in Rechtsmittelverfahren) jedoch nicht. Zudem wird die Redezeit der Parteien anlässlich solcher Hauptverhandlungen regelmässig beschränkt. Und schliesslich wäre – gerade bei inhaltlich und umfangmässig komplexen Streitigkeiten – das rechtliche Gehör der Klägerin nicht gewahrt, da – bei allem Respekt gegenüber den Schweizer Gerichten – erfahrungsgemäss auch der aufmerksamste Zuhörer bei längeren Parteivorträgen ermüdet und früher oder später dem mündlichen Vortrag nicht mehr die nötige Aufmerksamkeit zu schenken vermag.¹¹

Schliesslich, und das ist absolut zentral, muss davon ausgegangen werden, dass die Novenschranke von Art. 229 ZPO auch in einer Hauptverhandlung zur Anwendung kommt. So dürfen gemäss dieser Bestimmung nach einem doppelten Schriftenwechsel neue Tatsachen und Beweismittel nur noch dann berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgetragen worden sind. Es ist in der Lehre zwar nach wie vor umstritten, ob Noven, die nach Abschluss des Behauptungsverfahrens entdeckt werden oder deren Bedeutung erst zu diesem Zeitpunkt erkennbar wird (etwa infolge vorgetragener Dupliknoven), unverzüglich im Rahmen einer unaufgeforderten Eingabe vorgetragen werden müssen oder ob damit bis zur Hauptverhandlung zugewartet werden kann.¹² Verschiedene Ge-

⁸ BGer, 4A_747/2012, 5.4.2013, E. 3.3.

⁹ Unzutreffend u.E. deshalb BAERISWYL (FN 6), 515 f., wonach sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeblich keine Grundlage dafür finden lasse, dass das Replikrecht mit einer entsprechenden Obliegenheit einhergehe.

¹⁰ ADRIAN STAHELIN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Verfasser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 147 ZPO N 11; NINA J. FREI, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 147 ZPO N 30.

¹¹ Zum Ganzen HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 983.

¹² Vgl. zum entsprechenden Lehrstreit bereits HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 983, Fn 68 und 69. In der seither publizierten Literatur befürworten insbesondere die folgenden Autoren eine stren-

richte haben sich aber in der Zwischenzeit für eine strenge Auslegung von Art. 229 ZPO entschieden: So betrachtet zum Beispiel das Handelsgericht des Kantons Zürich Noven, die erst anlässlich einer Hauptverhandlung in den Prozess eingeführt werden, obwohl eine frühere Anrufung im Rahmen einer unaufgeforderten Noveneingabe möglich gewesen wäre, als verspätet.¹³

Somit ist eine klagende Partei, die sich infolge von Dupliknoven zur Einführung eigener Noven veranlasst sieht, gut beraten, mit einer Noveneingabe zu reagieren und damit nicht bis zur Hauptverhandlung zuzuwarten.¹⁴ Hierbei ist insbesondere zu betonen, dass die Novenschranke von Art. 229 ZPO auch im Zusammenhang mit neuen Tatsachen und Beweismitteln gilt, die anlässlich der Ausübung des Replikrechts vorgetragen werden.¹⁵ Damit zeigt sich aber auch sogleich der enge Zusammenhang zwischen Replik- und Novenrecht bzw. zwischen den anwendbaren Fristen für Stellungnahmen im Rahmen des Replikrechts und für die Einführung von Noven im erstinstanzlichen Verfahren (Art. 229 Abs. 1 ZPO) bzw. Rechtsmittelverfahren (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin nützt es nämlich regelmässig wenig, wenn sie zwar im Rahmen einer unaufgeforderten Stellungnahme (Replikrecht) Dupliknoven noch *generell bestreiten* darf, eine *substantiierte Bestreitung* (was in der Lehre durchaus ver-

langt wird)¹⁶ aber infolge der eingetretenen Novenschranke nicht mehr möglich ist. Es macht vor diesem Hintergrund Sinn, sowohl für die Ausübung des Replikrechts als auch für die Einbringung von Noven die gleichen Fristen anzuwenden.¹⁷ Allerdings erscheint es uns völlig unangemessen, hier – wie in Lehre und Rechtsprechung zu Art. 229 ZPO immer wieder vertreten –¹⁸ generell von einer Frist von 10 Tagen auszugehen. Im Gegenteil sollte anhand des konkreten Einzelfalls und unter Berücksichtigung spezifischer Kriterien beurteilt werden, welche Frist für die Ausübung des Replikrechts sowie die Einführung von (meist unechten) Noven in diesem Zusammenhang angemessen ist.¹⁹

D. Zwischenfazit

Ungeachtet der Frage, ob man die entsprechende Rechtsprechung für zweckmässig bzw. richtig halten mag oder nicht,²⁰ wird der vorsichtige Prozessanwalt vor dem Hintergrund der zitierten Gerichtsentscheide also im Zweifelsfall neue Behauptungen der Gegenseite in der letzten Rechtschrift vor Abschluss des ordentlichen Schriftenswechsels besser noch einmal im Rahmen einer unaufgeforderten Replikschrift bestreiten, um zu verhindern, dass seinem Klienten in einem späteren Verfahrensstadium das Schweigen als implizite Anerkennung der von der Gegenseite eingeführten Noven entgegengehalten werden kann. Von einem Zuwarten bis zur Hauptverhandlung – sofern eine solche überhaupt durchgeführt wird – ist insbesondere dann abzusehen, wenn im Rahmen der Ausübung des Replikrechts auch noch echte oder unechte Noven im Sinne von Art. 229 ZPO in den Prozess eingeführt werden sollen.

ge Anwendung der Novenschranke und lehnen die Zulässigkeit eines Zuwartens bis zur Hauptverhandlung ab: ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 N 49; DOMINIK GASER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 229 ZPO N 4; MÜLLER (FN 6), 369 f.; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 11.110; demgegenüber gehen die folgenden Autoren davon aus, echte und unechte Noven dürften ohne zeitliche Schranken anlässlich der Hauptverhandlung vorgetragen werden: GEORG NAEGELI/NADINE MAYHALL, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. A., Basel 2013, Art. 229 ZPO N 10; SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014, N 715 f.

¹³ So das Handelsgericht des Kantons Zürich z.B. im Urteil HG140077-O, 6.4.2014, E. 1.4 (wegweisend in diesem Zusammenhang HGer ZH, HG110011, 22.4.2013, E. III.3, in: ZR 2013, 140 ff., 141); auch die Gerichte des Kantons St. Gallen scheinen sich an diesen Grundsätzen zu orientieren (vgl. die Richtlinien vom 9. Mai 2014 zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung des Kantonsgerichts St. Gallen, Ziff. II 2.7, Internet: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/weisungen_kreisschreiben.html [Abruf 3.3.2017]).

¹⁴ In diesem Sinne auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 12), N 11.110 *in fine*.

¹⁵ BGer, 4A_487/2014, 28.10.2014; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 10), Art. 225 ZPO N 17d.

¹⁶ PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. A., Basel 2013, Art. 52 ZPO N 6; BSK ZPO-MYRIAM A. GEHRI, Art. 55 ZPO N 4, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

¹⁷ So auch LEUENBERGER, ZBJV 2015 (FN 5), 247, sowie BAERISWYL (FN 6), 519.

¹⁸ Vgl. zum Beispiel HGer ZH, HG110011, 22.4.2013, E. III.3, in: ZR 2013, 140 ff., 141, sowie LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 10), Art. 229 ZPO N 9a mit Verweis auf andere Lehrmeinungen, die sogar noch von kürzeren Fristen ausgehen.

¹⁹ Vgl. dazu unten III.B.

²⁰ Vgl. zu einer möglichen theoretischen Rechtfertigung der entsprechenden Rechtslage HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 982 f.

III. Unklarheiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts

Angesichts der dargestellten, halt eben doch nicht unbeachtlichen zivilprozessualen Bedeutung des Replikrechts sind die im Folgenden besprochenen, damit im Zusammenhang stehenden Fragen absolut zentral.

A. Wie ist das Replikrecht auszuüben?

Soll das Replikrecht mit einer direkten Einreichung der Stellungnahme oder mit einem Antrag auf Fristansetzung ausgeübt werden? Die Autoren haben in ihrem Aufsatz aus dem Jahr 2013 aufgezeigt, dass das Bundesgericht in seiner ursprünglichen Rechtsprechung in uneinheitlicher Art und Weise manchmal die direkte Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme verlangt hatte, es in anderen Fällen jedoch genügen liess, wenn die das Replikrecht ausübende Partei beim Gericht lediglich die Ansetzung einer Frist beantragte.²¹

In seiner neueren Praxis scheint sich das Bundesgericht nunmehr regelmässig für die zweite Variante zu entscheiden und lässt den Parteien jeweils beide Optionen (direkte Einreichung der Replik oder Beantragung einer Fristansetzung) offen.²² Im Sinne dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht in einem Entscheid vom 18. September 2014 denn auch ausdrücklich festgehalten, mit der Einreichung eines Antrags auf Fristansetzung habe die Partei in Übereinstimmung mit den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen ihr Recht auf Replik wirksam eingefordert.²³

Die kantonale Praxis scheint jedoch diese (durchaus begrüssenswerten) bundesgerichtlichen Klarstellungen nur begrenzt zu berücksichtigen – auf kantonaler Ebene zeigt sich zur vorliegenden Frage nach wie vor ein uneinheitliches Bild. Verschiedene Gerichte sind zwar in Beachtung dieser – zumindest impliziten – Weisungen aus Lausanne gerne bereit, den antragstellenden Parteien (zum Teil grosszügige) Fristen für die Ausübung des

Replikrechts anzusetzen. Demgegenüber hielt das Handelsgericht des Kantons Zürich zunächst an der unbefriedigenden Praxis fest, Anträge auf solche Fristansetzungen konsequent abzuweisen und stattdessen dem Antragsteller mitzuteilen, ab welchem Zeitpunkt mit der Fällung eines Urteils gerechnet werden müsse. Dieses Vorgehen war wohl vor dem Hintergrund eines Entscheids des Obergerichts des Kantons Zürich aus dem Jahr 2012 zu verstehen, gemäss welchem jede Replik eingabe, die beim Gericht vor dem Zeitpunkt der Urteilsfällung eingeht, von diesem grundsätzlich zu beachten ist.²⁴ Trotz der in diesem Zusammenhang in der Lehre geäusserten Kritik²⁵ scheint die entsprechende Rechtsprechung des Obergerichts mittlerweile auch vom Bundesgericht bestätigt worden zu sein.²⁶ Damit konnte die Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich wohl eben trotzdem als wenigstens implizite Fristansetzung verstanden werden,²⁷ was später auch von Vertretern des Handelsgerichts so eingeräumt wurde.²⁸ In der Zwischenzeit hat das Handelsgericht seine diesbezügliche Praxis aber geändert und vertröstet – neben der nach wie vor mehr oder weniger konsequenten Abweisung von Fristansetzungsgesuchen – die Parteien damit, ihr Replikrecht anlässlich der Hauptverhandlung ausüben zu können (zum begrenzten Nutzen des Replikrechts im Rahmen der Hauptverhandlung vgl. die vorstehenden Ausführungen). Gleichzeitig stellt das Handelsgericht die Klägerin zudem unter das Damoklesschwert von Art. 229 ZPO, indem es sie ausdrücklich darauf aufmerksam macht, neue Tatsachen und Beweismittel müssten ohne Verzug, d.h. eben vor der Hauptverhandlung, eingeführt werden – nach einer Quantifizierung der Floskel «ohne Verzug» sucht die Partei dann aber leider oft vergebens.

Zur Schaffung von Rechtssicherheit wäre es nach Ansicht der Autoren indessen wünschenswert, dass sich das Handelsgericht künftig für ein einheitliches Vorgehen mit Nennung konkreter Fristen entscheiden würde. Mit einer ausdrücklichen Fristansetzung wäre nicht nur die wirksame Ausübung des Replikrechts (und damit der Schutz des rechtlichen Gehörs) gewährleistet, es würde damit zudem auch sichergestellt, dass in diesem Zeitraum im Sinne von Art. 229 ZPO echte und unechte Noven noch in den Prozess eingeführt werden dürfen.

²¹ HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 977 f., mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

²² BGer, 5D_112/2013, 15.8.2013, E. 2.2.3; BGer, 2C_591/2013, 28.10.2013, E. 4.3; BGer, 4A_581/2013, 7.4.2014, E. 2.2; BGer, 5A_282/2014, 21.8.2014, E. 2.2; BGer, 4A_215/2014, 18.9.2014, E. 2.1; BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.3.2; BGer, 5A_1022/2015, 29.4.2016, E. 4.3; BGer, 6B_262/2016, 6.1.2017, E. 1.2; anders BGer, 9C_214/2013, 31.8.2013, E. 3.2, wo das Bundesgericht noch forderte, dass Verfahrensbeteiligte, welche zum Schluss kommen, dass sie nochmals zur Sache Stellung nehmen wollen, dies aus Gründen des Zeitgewinns sofort und ohne vorher darum zu ersuchen tun sollten.

²³ BGer, 4A_215/2014, 18.9.2014, E. 2.2.

²⁴ OGer ZH, II. Zivilkammer, PS 110160, 24.7.2012, in: ZR 2012, 167 ff.

²⁵ MÜLLER (FN 6), 375.

²⁶ BGer, 5A_155/2013, 17.4.2013, E. 1.5 (allerdings war die replizierende Partei offensichtlich nicht anwaltlich vertreten, worauf das Bundesgericht ausdrücklich hinwies).

²⁷ So schon HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 978.

²⁸ Vgl. MÜLLER (FN 6), 376.

Hinsichtlich eines weiteren Punktes hat das Bundesgericht im vorliegenden Zusammenhang in der Zwischenzeit ebenfalls Klarheit geschaffen: So kann ein Gericht, bei dem eine Partei die Ansetzung einer Frist für die Ausübung ihres Replikrechts verlangt hat, einen solchen Antrag nicht einfach unbeantwortet lassen und in der Zwischenzeit einen Entscheid fällen. Vielmehr ist das Gericht gehalten, vor Urteilsfällung über den entsprechenden Antrag zu entscheiden.²⁹ Dabei begründet das Bundesgericht diese Rechtsprechung richtigerweise mit dem Argument, die Stellung eines Antrags auf Fristansetzung stehe der vom Bundesgericht entwickelten Fiktion entgegen, dass das befassende Gericht nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer ohne Reaktion der Parteien von deren Verzicht auf die Ausübung ihres Replikrechts ausgehen und zur Urteilsfällung schreiten könne.³⁰ Allerdings scheint das Bundesgericht mit diesem Entscheid seinen Vorinstanzen wenigstens implizit zu erlauben, einen Antrag auf Fristansetzung auch abweisen zu können. Dies ist im Sinne der folgenden Ausführungen bedauerlich.

So hat das Obergericht des Kantons Zürich, dessen Entscheid im eben besprochenen Bundesgerichtsurteil kassiert worden war, diese Rechtsprechung denn auch prompt nicht zum Anlass genommen, den Parteien in Zukunft auf entsprechende Anträge hin eine Frist für die Ausübung des Replikrechts anzusetzen und damit Rechtssicherheit zu schaffen. Im Gegenteil: Das Obergericht hat seine Praxis zunächst dahingehend geändert, die antragstellende Partei ausdrücklich darüber zu informieren, es werde keine Frist angesetzt. Dabei ging das Obergericht wohl stillschweigend davon aus, dass es der Partei natürlich unbenommen ist, sich dennoch zu äussern, sie dies aber von sich aus und natürlich rechtzeitig (was auch immer dies heissen mag) tun müsse.³¹ Später ist das Obergericht dann zur früheren Praxis des Handelsgerichts übergegangen und es lehnt Anträge auf Fristansetzung zwar immer noch ab, teilt der antragstellenden Partei allerdings immerhin das Datum des erwarteten Urteilszeitpunkts mit und indiziert damit wenigstens indirekt, bis wann die antragstellende Partei zu handeln hat.³²

Vor diesem Hintergrund stellen sich für Parteien vor Handels- und Obergericht des Kantons Zürich im Zusammenhang mit der Ausübung des verfassungsmässig gewährleisteten Replikrechts nicht unerhebliche Probleme puncto Rechtssicherheit. Anders beispielsweise die Praxis

des Handelsgerichts des Kantons Aargau: So hat dieses Gericht eine klare Praxis dahingehend entwickelt, dass im ordentlichen Verfahren davon auszugehen ist, dass eine unaufgeforderte Stellungnahme immer innert 20 Tagen ab Zustellung derjenigen Eingabe einzureichen ist, auf welche sich die Stellungnahme bezieht. Soweit eine Partei trotzdem um eine Fristansetzung ersucht, entspricht das Handelsgericht des Kantons Aargau einem solchen Antrag aus Gründen der Rechtssicherheit. Da einer antragstellenden Partei allerdings kein Vorteil daraus erwachsen soll, dass sie die entsprechende Stellungnahme nicht unaufgefordert einreicht, sondern zunächst um eine Fristansetzung ersucht, setzt das Handelsgericht des Kantons Aargau die Frist im Allgemeinen so an, dass sie 20 Tage nach der Zustellung der Eingabe der Gegenpartei endet, unabhängig davon, wann der Antrag gestellt wird.³³ Mit diesem Vorgehen schafft das Handelsgericht des Kantons Aargau eine begrüssenswerte Rechtssicherheit. Jedoch bleibt zu bedenken, dass die Anwendung fixer Fristen für die Ausübung des Replikrechts zu unbefriedigenden Resultaten führen kann. Soll nämlich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bedeutung der Sache für den Umfang der Verfahrensrechte entscheidend sein,³⁴ kann die Anwendung fixer Fristen den unterschiedlichen Situationen nicht gerecht werden. Vielmehr sollten die Fristen anhand spezifischer Kriterien (wie Verfahrensart, Umfang der vorausgegangenen Rechtsschrift und Novendichte) im Einzelfall definiert werden (siehe dazu unten III.B.). Zudem bleibt bei der Praxis des Handelsgerichts des Kantons Aargau unklar, wie dieses reagieren wird, wenn beispielsweise am letzten Tag der 20-Tage-Frist ein Antrag auf Fristansetzung eingeht. Setzt das Gericht der antragstellenden Partei dann eine kurze Nachfrist an oder teilt es ihr mit, die Frist sei leider verpasst? Und wie gedenkt das Gericht in diesem Fall vorzugehen, wenn die Partei anschliessend vor Urteilsfällung trotzdem noch eine unaufgeforderte Stellungnahme einreicht? Gemäss Praxis des Bundesgerichts³⁵ wäre eine solche Eingabe wohl noch zu beachten.

Zusammenfassend lässt sich somit Folgendes festhalten: Obwohl eine Partei gemäss klarer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ihr Replikrecht mittels Antrag auf Fristansetzung wirksam ausüben kann, ist dem vorsichtigen Parteivertreter angesichts der uneinheitlichen kantonalen Rechtsprechung dennoch zu empfehlen, einen entsprechenden Antrag möglichst schnell zu stellen, da-

²⁹ BGer, 4A_215/2014, 18.9.2014.

³⁰ So schon HUNSPERGER/WICKI (FN 2); nun bestätigt durch BGer, 4A_215/2014, 18.9.2014, E. 2.2.

³¹ OGer ZH, NG140003-O, 5.11.2014, E. 1.4.1 und 1.4.2.

³² OGer ZH, LF140080-O, 22.1.2015, E. 1.

³³ OGer AG, II. Zivilkammer, ZOR.2013.98, 7.3.2014, CAN 2014, 162 ff., 168.

³⁴ HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 981.

³⁵ Vgl. FN 26.

mit noch rechtzeitig (zu den Fristen siehe unten III.B.) die materielle Eingabe nachgereicht werden kann, sollte das Gericht eine Fristansetzung (zu Unrecht) verweigern.

B. Innert welcher Frist ist zu reagieren und wie wird die Fristeinhaltung geprüft?

Wie viel Zeit steht der Partei für die Ausübung des Replikrechts zur Verfügung? Soll die Partei ihr Replikrecht effektiv ausüben können, muss ihr das Gericht ausreichend Zeit für die Ausarbeitung einer Stellungnahme einräumen. Im Sinne der Förderung einer effizienten Rechtspflege muss das Gericht mit der Entscheidung aber auch nur so lange zuwarten, bis es annehmen darf, dass der Adressat der letzten Zustellung auf eine weitere Eingabe verzichtet.

Das Bundesgericht liess lange offen, wie viele Tage das sind. In einem Urteil vom 15. August 2013³⁶ fasste es seine bisherige Rechtsprechung wie folgt zusammen:³⁷ Unzureichend ist ein Zuwarten von lediglich zwei, vier, sieben oder acht Tagen bzw. darf vor Ablauf von 10 Tagen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden – sehr wohl aber nach einem Ablauf von zwanzig Tagen. Dieses mindestens 10-tägige Replikrecht sollte dabei uneingeschränkt auch im Summarverfahren zur Anwendung kommen, selbst wenn die einschlägigen Verfahrensbestimmungen – wie etwa Art. 84 Abs. 2 SchKG – kürzere Fristen für den Entscheidungsprozess des Gerichts festlegen.³⁸

In einem jüngeren Urteil scheint das Bundesgericht nun auf die Anwendbarkeit einer generellen 10-Tage-Frist hinsteuern zu wollen.³⁹ Zwar hält das Bundesgericht in diesem Entscheid einleitend (vollkommen zu Recht) noch fest, dass die vom Gericht verlangte Wartezeit vom Einzelfall abhängt und verweist in diesem Zusammenhang wiederum auf die bereits in seinem Entscheid vom 15. August 2013 zitierte Rechtsprechung.⁴⁰ In der konkreten Entscheidungsbegründung kommt das Bundesgericht dann aber – und zwar ohne sich, wie einleitend noch vorgeschlagen, mit dem konkreten Einzelfall inhaltlich auseinanderzusetzen zu haben – zum Schluss, dass die sich auf eine Verletzung ihres Replikrechts berufende Beschwer-

deführerin damit habe rechnen müssen, dass die Vorinstanz nach Ablauf von 10 Tagen seit der letzten Zustellung ihr Urteil fällen könne.⁴¹

Aus dieser absoluten, auf den konkreten Einzelfall in kleinster Art und Weise Bezug nehmenden Formulierung könnte nun geschlossen werden, dass das Bundesgericht der in der Lehre⁴² teilweise seit längerem gestellten Forderung nachgekommen ist und sich zur Festlegung einer fixen Frist, innert welcher das Replikrecht auszuüben ist, durchgerungen hat – nämlich einer Frist von 10 Tagen. Dieses Ergebnis scheinen auch im Anschluss ergangene Bundesgerichtsurteile zu bestätigen.⁴³ Allerdings wäre eine ausdrücklichere Festlegung der einschlägigen Fristen durch das Bundesgericht durchaus zu begrüssen.

Aber nicht nur hinsichtlich der Frage der konkreten Dauer der «Replikfrist» ist der besprochene Bundesgerichtsentscheid interessant. Er bringt vor allem auch im Zusammenhang mit den an eine Fristeinhaltung gestellten Anforderungen massgeblich Neues. So ist Art. 143 ZPO nach Ansicht des Bundesgerichts für die Beurteilung der Fristeinhaltung bei einer Replikeingabe nicht einschlägig. Es soll deshalb – nach Ansicht des Bundesgerichts – nicht ausreichen, wenn die ihr Replikrecht ausübende Partei ihre Eingabe innerhalb der einschlägigen (10-Tage-)Frist der Schweizer Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland zu Händen des zuständigen Gerichts übergibt. Die Behörde dürfe vielmehr nach Ablauf von 10 Tagen, das heisst vom elften Tag an, ein Urteil fällen und müsse nicht noch eine allfällige leicht verzögerte Postzustellung abwarten. Will eine Partei sicherstellen, dass ihre Replik noch berücksichtigt wird, müsse sie dafür sorgen, dass die Eingabe bis spätestens am zehnten Tag beim Gericht eingeht.⁴⁴

Immerhin räumt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang noch ein, dass die das Replikrecht ausübende

³⁶ BGer, 5D_112/2013, 15.8.2013.

³⁷ Vgl. auch LEUENBERGER, ZBJV 2015 (FN 5), 246.

³⁸ KGer LU, 2C 14 99, 9.1.2015, kommentiert von ALAIN HOSANG, ius.focus 10/2016, 23.

³⁹ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016; auch ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2017, 32 ff., 33, weist auf die allgemeine Formulierung in diesem Entscheid hin.

⁴⁰ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.3.3.

⁴¹ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.1.

⁴² Vgl. z.B. LEUENBERGER, ZBJV 2015 (FN 5), 247, der zudem ebenfalls eine Frist von 10 Tagen für angemessen hält.

⁴³ BGer, 5A_653/2016, 13.10.2016, E. 2.1; BGer, 5A_674/2016, 20.10.2016, E. 2.1; und BGer, 5A_750/2016, 15.11.2016, E. 2.1, wo das Bundesgericht bezüglich der einschlägigen Frist jeweils ausführt: «Selon la jurisprudence, le délai d'attendre sur lequel doit compter le tribunal ne saurait en général être inférieur à 10 jours [...], respectivement supérieur à celui pour porter plainte (art. 17 LP) ou recourir (art. 18 LP) en matière de poursuites [...]» Die angerufenen Art. 17 und 18 SchKG sehen eine 10-tägige Frist vor. Zwar ist einzuräumen, dass es in den drei Verfahren jeweils um SchKG-Beschwerdeverfahren ging, für die Art. 17 f. SchKG einschlägig waren. Die vom Bundesgericht gewählte Formulierung schliesst aber die Verallgemeinerungsfähigkeit der Aussagen nicht aus.

⁴⁴ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.3.4; vgl. zu diesem Entscheid auch SCHMID (FN 39), 33.

Partei – wenn der zehnte Tag der Wartefrist auf einen anerkannten Feiertag bzw. ein Wochenende falle – nicht damit rechnen müsse, dass das Gericht an diesem Tag Eingaben entgegennimmt (was es in der Regel auch nicht tut) und am nächsten Tag entscheidet. Aus diesem Grund verlängere sich die Wartefrist des Gerichts, vor deren Ablauf es nicht von einem Verzicht der Partei auf ihr Replikrecht ausgehen dürfe, bis zum nächsten Werktag.⁴⁵

Im konkreten Fall lief die für die Ausübung des Replikrechts (scheinbar generell) einschlägige 10-Tage-Frist am 3. April 2015, einem Karfreitag, aus. Vor diesem Hintergrund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass sich die Wartefrist für die Vorinstanz deshalb bis zum ersten Tag nach den Osterfeiertagen, also bis zum Dienstag, dem 7. April 2015, verlängert habe und die Vorinstanz deshalb ab dem 8. April 2015 zur Urteilsfällung schreiten durfte. Ein sorgfältiger Anwalt hätte, so das Bundesgericht weiter, die Eingabe deshalb bereits am Gründonnerstag der Post übergeben.⁴⁶

Genauso wie vom Bundesgericht in seiner theoretischen Abhandlung vorgeschlagen, hatte sich die Vorinstanz denn auch verhalten: Sie hat am Mittwoch, dem 8. April 2015, ihren Entscheid gefällt und deshalb die am Dienstag, dem 7. April 2015, der Post übergebene und am 9. April 2015 bei der Vorinstanz eingegangene Replik eingabe nicht mehr berücksichtigt.⁴⁷ Trotzdem hiess das Bundesgericht die Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz unter Berufung auf Art. 142 Abs. 3 ZPO gut. Nach Ansicht des Bundesgerichts müssen gemäss dieser Bestimmung Eingaben an ein Gericht nie an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag aufgegeben werden, da es einer Partei an diesen Tagen nicht zumutbar sei, eine geöffnete Empfangsstelle der Post zu finden. Mit dieser Schwierigkeit sei im konkreten Fall auch die das Replikrecht ausübende Partei konfrontiert gewesen, so dass sie sich ausnahmsweise darauf habe verlassen dürfen, ihre Replik eingabe nicht bereits am Karfreitag, dem 3. April 2015, einreichen zu müssen. Deshalb sei es zulässig gewesen, wenn sie die Replik eingabe erst am Dienstag, dem 7. April 2015, der Schweizer Post zu Händen der Vorinstanz übergeben habe. Indem das Gericht bereits am Folgetag, dem 8. April 2015, sein Urteil fällte, habe es den Anspruch der Parteien auf das rechtliche Gehör verletzt.⁴⁸

Diese bundesgerichtliche Argumentation erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich: So stellt das Bundesge-

richt zunächst die Regel auf, dass innert der 10-Tage-Frist eine Stellungnahme beim Gericht einzugehen habe. Das heisst, dass im Zusammenhang mit Replik eingaben nicht das sonst im Zivilprozessrecht geltende *Einreichungsprinzip*, sondern das *Zustellungsprinzip* zur Anwendung gelange. Diese Regel wird anschliessend lediglich dahingehend aufgeweicht, dass an Feiertagen weder Eingaben der Post aufgegeben werden müssen noch davon ausgegangen werden könne, dass Gerichte an solchen Tagen Eingaben entgegennehmen. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hätte folglich vorliegend die das Replikrecht ausübende Partei sicherstellen müssen, dass ihre Eingabe dem Gericht am Dienstag nach Ostern zugeht. Bis zu diesem Tag hatte sich nämlich die *Zustellungsfrist*, die eigentlich am Karfreitag ausgelaufen wäre, infolge der Osterfeiertage verlängert. Das wäre mit einer Postaufgabe am Gründonnerstag aber problemlos möglich und auch zumutbar gewesen, da der Gründonnerstag noch kein Feiertag war. Wäre der Karfreitag kein Feiertag gewesen, hätte die Eingabe in Anwendung des vom Bundesgericht entwickelten *Zustellungsprinzips* ja auch bereits am Donnerstag der Post übergeben werden müssen. Es leuchtet vor diesem Hintergrund nicht ein, weshalb sich aufgrund der Tatsache, dass am letzten Tag der *Zustellungsfrist* eine *Zustellung* nicht möglich ist, auch die Frist für die *Einreichung* der Eingabe verlängern sollte.

Dieser vermeintliche Widerspruch in der bundesgerichtlichen Argumentation lässt sich u.E. jedoch wie folgt auflösen: In Berücksichtigung des verfassungsmässig gewährleisteten Vertrauensschutzes verlangt das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung bei Praxisänderungen, die sich auf Eintretensvoraussetzungen eines Rechtsmittels beziehen und die Verwirkung von Rechten zur Folge haben, dass die Praxisänderung im konkreten Fall, der dazu Anlass gibt, noch nicht umgesetzt, sondern nur für künftige Fälle angekündigt wird.⁴⁹ Diesen Grundsatz scheint das Bundesgericht vorliegend auch auf die Verwirkung von generellen Verfahrensrechten (wie etwa das Replikrecht) anzuwenden, wenn es in E. 2.4.2 seines Entscheids ausdrücklich einräumt, dass seine neu entwickelte Praxis (Übergang vom *Einreichungs-* zum *Zustellungsprinzip*) aus der bisherigen Rechtsprechung nicht zwingend herausgelesen werden könne, und deshalb anerkennt, die das Replikrecht ausübende Partei habe darauf vertrauen dürfen, dass die einschlägige Frist mittels Postaufgabe (*Einreichungsprinzip*) gewahrt werde und sich diese Frist bei Fristenauslauf an einem Feiertag (Kar-

⁴⁵ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.1.

⁴⁶ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.1.

⁴⁷ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, Sachverhaltsdarstellung C.c. und C.d.

⁴⁸ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.3.

⁴⁹ BGE 132 II 153 E. 5; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 826.

freitag) bis zum nächsten Werktag (Dienstag nach Ostern) verlängere.⁵⁰ Für dieses Verständnis des einschlägigen Bundesgerichtsentscheids spricht insbesondere die Formulierung in E. 2.4.3, wonach es dem *Beschwerdeführer unter den gegebenen besonderen Umständen (s. E. 2.4.2) nicht zum Nachteil gereichen* könne, wenn er die Replik eingabe erst am folgenden Dienstag der Post übergeben habe.⁵¹ E. 2.4.2 befasst sich indessen gerade mit dem oben diskutierten Gutgläubensschutz im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts.

Damit ist u.E. nicht davon auszugehen, dass sich eine Partei auch in Zukunft auf eine gleichsam milde Rechtsanwendung des Bundesgerichts verlassen darf. Da das Bundesgericht nun für alle Parteien erkennbar festgelegt hat, dass es sich bei der 10-Tage-Frist um eine *Zustellungs-* und nicht um eine *Einreichungsfrist* handeln soll, und da diese Rechtsauffassung in der Folge auch wiederholt bestätigt wurde,⁵² ist eine Berufung auf den Vertrauensschutz nicht mehr möglich und davon auszugehen, dass das Bundesgericht das nächste Mal – wie am Anfang des Entscheids bereits angetönt – von einem sorgfältigen Anwalt erwartet, dass er die Eingabe in der gleichen Situation bereits am Gründonnerstag der Schweizer Post zu Händen des Gerichts übergibt.⁵³

Der diskutierte Bundesgerichtsentscheid ist u.E. aus drei Gründen zu kritisieren:

1. Das Bundesgericht deutet die einschlägige Dauer der Frist für die Ausübung des Replikrechts (10 Tage) lediglich an, ohne an dieser Stelle endlich die längst geforderte Rechtssicherheit zu schaffen.
2. Das Bundesgericht lässt die interessante Frage, ob in diesem Zusammenhang Gerichtsferien zu berücksichtigen sind oder nicht, ein weiteres Mal unbeantwortet.⁵⁴
3. Das Bundesgericht schafft mit der Einführung des im Zivilprozessrecht ansonsten unbekanntes *Zustellungsprinzip*s unnötige Rechtsunsicherheit. So hat es die das Replikrecht ausübende Partei gar nicht selbst unter Kontrolle, wann eine rechtzeitig der Schweizer Post übergebene Eingabe dem Gericht tatsächlich zugestellt wird. Die gegenwärtige Rechtsprechung des Bundesgerichts nötigt die Parteien, am Tag nach der

Übergabe der Replik eingabe an die Schweizer Post auf deren Homepage (*Track and Trace*) den Zustellungsverlauf zu verfolgen oder sich direkt beim Gericht über den Erfolg der Zustellung zu erkundigen. Kann die Zustellung nicht rechtzeitig bestätigt werden, wird sich der vorsichtige Anwalt gezwungen sehen, für die persönliche Übergabe der Rechtschrift an das Gericht zu sorgen. Dies kann je nach Gerichts-ort mit beträchtlichem Aufwand verbunden sein. Der durch die entsprechende Praxis angeblich geschaffene (bescheidene) Zeitgewinn kann die infolge dieses Procederes verursachten Kosten und Rechtsunsicherheiten u.E. keineswegs rechtfertigen.

C. Wann beginnt die Frist zu laufen?

Beginnt die Frist mit der gerichtlichen Zustellung der Eingabe der Gegenseite oder bereits mit der Zustellung einer Kollegienkopie zu laufen? Wenigstens hinsichtlich des für die Ausübung des Replikrechts fristauslösenden Zeitpunktes hat das Bundesgericht mittlerweile eine nicht nur klare, sondern auch befriedigende Lösung geschaffen. Entgegen einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern aus dem Jahr 2011, welcher in diesem Zusammenhang bereits die Zustellung einer Kollegienkopie genügen lassen wollte,⁵⁵ hat das Bundesgericht in der Zwischenzeit richtiggestellt, dass die das Replikrecht ausübende Partei vor einer Zustellung des fraglichen Dokuments *durch das Gericht*, welches in jedem Fall ein effektives Replikrecht der Parteien zu gewähren hat, *nicht* mit einem sofortigen Endentscheid rechnen müsse.⁵⁶ Da das Bundesgericht diese Rechtsprechung später mehrfach bestätigte,⁵⁷ kann damit u.E. die gegenteilige Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Bern mittlerweile als überholt bezeichnet werden.⁵⁸

⁵⁰ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.2.

⁵¹ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.3.

⁵² BGer, 5A_1022/2015, 29.4.2016, E. 3.2.2; BGer, 5A_174/2016, 26.5.2016, E.3.2; BGer, 5A_653/2016, 13.10.2016, E.2.1; BGer, 5A_674/2016, 20.10.2016, E. 2.1; BGer, 5A_750/2016, 15.11.2016, E. 2.1.

⁵³ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.4.1.

⁵⁴ BGer, 5D_81/2015, 4.4.2016, E. 2.5.

⁵⁵ OGer BE, ZK 11 220, 8.7.2011, in: SJZ 2012, 529 ff.

⁵⁶ BGer, 4A_660/2012, 18.4.2013, E. 2.2 *in fine*.

⁵⁷ BGer, 4A_612/2013, 25.8.2014, E. 6.4; BGer, 5A_262/2015, 11.8.2015, E. 3.2.

⁵⁸ Zur Kritik am Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vgl. bereits HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 980 f. sowie ERNST F. SCHMID, *Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit*, SJZ 2014, 35 ff., 37 f., der jedoch offenlässt, ob trotz BGer, 4A_660/2012 die Zustellung einer Kollegienkopie nicht doch unter gewissen Voraussetzungen die Frist für die Ausübung des Replikrechts auslösen kann.

IV. Fazit

Die gegenwärtig im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts bestehende unklare Rechtslage und uneinheitliche Praxis zwingt den Rechtsvertreter einer Klägerin in vielen Fällen, nach der gerichtlichen Zustellung der Duplik innert 10 Tagen auf darin enthaltene Noven zu reagieren, insbesondere wenn er beabsichtigt, diese mittels neuer Behauptungen und Beweismittel zu bestreiten. Dies stellt aber in aller Regel eine ungebührliche Belastung dar und in komplexen Verfahren, in denen Duplikchriften nicht selten einen Umfang von mehreren hundert oder sogar tausend Seiten einnehmen und mit Unmengen von Beilagen garniert sind, ist eine Reaktion innert solcher kurzer Fristen schlicht unmöglich. All dies ist mehr als unbefriedigend.

Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die 10-Tage-Frist, die sich mehr und mehr herauskristallisiert, ihren Ursprung unter anderem in der Rechtsprechung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich hat.⁵⁹ Rechtsmittel vor der zweiten Rechtsmittelinstanz des Kantons Zürich, die nach Einführung der eidgenössischen ZPO freilich aufgelöst wurde, beschränkten sich aber in der Regel auf spezifische Rechtsfragen oder Willkürklagen, wobei die Einführung von Noven in diesem Verfahrensstadium generell unzulässig war.⁶⁰ Damit blieben die in einem Kassationsbeschwerdeverfahren zu beurteilenden Fragen überschaubar und der Parteivertreter war in der Regel in der Lage, in Ausübung des Replikrechts rasch zu reagieren, ohne vorher zwingend mit seiner Klientschaft Rücksprache nehmen zu müssen. Völlig anders ist die Ausgangslage aber beispielsweise im erstinstanzlichen Verfahren vor Handelsgericht, wenn nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels die beklagte Partei in ihrer Duplik neue Behauptungen und Beweismittel in den Prozess einführt. Der Rechtsvertreter der Klägerin ist hier nur schon aus anwaltlicher Sorgfaltspflicht gehalten, den neu behaupteten Sachverhalt mit seiner Klientschaft zu erörtern. In diesem Zusammenhang wird es oft unumgänglich sein, zusätzliche Informationen und Dokumente zu erheben, bevor mit der Ausarbeitung der Stellungnahme begonnen

werden kann. Und schliesslich sollte der finale Entwurf der Stellungnahme auch noch mit der Klientschaft abgesprochen werden können. All dies ist in einer Frist von 10 Tagen oft nicht möglich und die Übernahme der vom Kassationsgericht entwickelten Fristen auf ein handelsgerichtliches Verfahren deshalb nicht angebracht. Auch die Aussage, die vom Handelsgericht des Kantons Aargau angewendete 20-Tage-Frist⁶¹ sei für einen handelsgerichtlichen Prozess angemessen,⁶² erscheint in dieser pauschalen Form unpassend.

Ob die stiefmütterliche Behandlung des Replikrechts, die gewisse Gerichte an den Tag legen, tatsächlich der Verfahrensbeschleunigung bzw. Prozessökonomie dient,⁶³ kann zudem mit Fug und Recht bezweifelt werden. Wenn sich eine Klägerin nämlich nicht darauf verlassen kann, im Rahmen der Ausübung ihres Replikrechts ausreichend Zeit zur Verfügung zu erhalten, um auf Dupliknoven eingehen zu können, ist sie faktisch gezwungen, bereits in ihren ersten Rechtsschriften (Klageschrift und Replik) prophylaktisch potentielle Gegenargumente zu widerlegen, die allenfalls nie Prozessthema geworden wären. Dies wird dann wiederum mit aller Wahrscheinlichkeit die Beklagte motivieren, sich ebenfalls über Sachverhaltselemente oder rechtliche Argumente auszulassen, die ansonsten unbehandelt geblieben wären. Der dadurch unnötig aufgeblähte Prozessstoff wird aber einer effizienten Verfahrenserledigung genauso entgegenstehen wie eine allenfalls ausufernde Ausübung des Replikrechts durch die Parteien.

Eine vernünftige Handhabung des Replikrechts steht auch nicht im Widerspruch zur zivilprozessualen Eventualmaxime. So hindert dieser Verfahrensgrundsatz die Beklagte auch nicht daran, ihre wesentlichen Sachverhaltsvorbringen und Argumente erst im zweiten Vortrag zu äussern (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO). Diese «Bevorteilung» der beklagten Partei findet ihren Höhepunkt darin, dass diese nach herrschender Lehre selbst dann Anspruch auf einen zweiten Parteivortrag ohne Novenbeschränkung haben soll, wenn die Klägerin auf die Einreichung einer Replik verzichtet.⁶⁴ Es ist angesichts dieser starken

⁵⁹ KassGer ZH, 27.1.2011, E. 4d/bb, in: ZR 2011, 48 ff., 50.; KassGer ZH, 12.2.2008, E. II/3, in: ZR 2008, 77 ff., 78.

⁶⁰ So ausdrücklich das KassGer ZH, 12.2.2008, E. II/3., in: ZR 2008, 77 ff., 78 zur Rechtfertigung der kurzen Fristen: «Vielmehr lässt sich darunter zwanglos eine Zeitspanne von höchstens zehn Tagen verstehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im [Kassations-] Beschwerdeverfahren jegliche Noven [...] unzulässig sind und es ausschliesslich darum gehen kann, zu bestimmten Gesichtspunkten der vorangehenden Eingabe der Gegenseite Stellung zu nehmen, soweit dazu nicht schon vorher Anlass bestand.»

⁶¹ Vgl. oben III.A., 7. Absatz.

⁶² So KARL SPÜHLER in: CAN 2014, 168.

⁶³ Vgl. zur angeblichen Diskrepanz zwischen dem Replikrecht und dem Gebot der Verfahrensbeschleunigung MÜLLER und BAERISWYL (beide FN 6).

⁶⁴ ERIC PAHUD, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 225 ZPO N 4; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 16), Art. 225 ZPO N 9; THOMAS ENGLER, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015, Art. 225 ZPO N 5; LAURENT KILLIAS, in: Berner Kom-

Relativierung der Eventualmaxime im Zusammenhang mit dem möglichen Taktieren einer Beklagten aber nur sachgerecht und entspricht dem Gebot der prozessualen Gleichbehandlung, wenn anschliessend auch der Klägerin noch einmal die Möglichkeit zur Stellungnahme geboten wird, ohne sie unter Berufung auf die Eventualmaxime unnötig einzuschränken.

Vor dem beschriebenen Hintergrund bleiben die Forderungen im Zusammenhang mit einer sinnvollen Ausgestaltung des Replikrechts im Grunde dieselben.⁶⁵

(1) Innert der ausdrücklich zu bestimmenden Frist (allenfalls 10 Tage, in erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren aber wohl besser 20 Tage) nach Zustellung der Eingabe der Gegenseite durch das Gericht hat die Partei, die ihr Replikrecht ausüben will, beim Gericht einen Antrag auf Fristansetzung zu stellen. Dabei soll – wie im Zivilprozess üblich – von einem *Einreichungs-* und nicht von einem *Zustellungsprinzip* ausgegangen werden. Zudem besteht u.E. kein Grund, Gerichtsferien in vorliegendem Zusammenhang nicht zu beachten.

(2) Der entsprechende Antrag bzw. die beantragte Frist ist von der Partei substantiiert zu begründen, das heisst, sie hat aufzuzeigen, auf welche Noven oder auf welche neuen Argumente der Gegenseite sie in ihrer Stellungnahme eingehen will und weshalb sie dazu wie viel Zeit benötigt.

(3) Das Gericht setzt der antragstellenden Partei anschliessend eine Frist für die Ausübung des Replikrechts an. Dabei berücksichtigt es die Verfahrensart, den Umfang der vorausgehenden Rechtsschrift und insbesondere deren Novendichte.

(4) Eine innert dieser Frist eingereichte Stellungnahme ist vom Gericht zu den Akten zu nehmen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, und zwar auch die in der Replikeingabe enthaltenen echten und unechten Noven, soweit die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllt sind.

(5) Wird die Frist für die Stellung eines Antrags auf Fristansetzung bzw. – nach angesetzter Frist – für die Einreichung der Stellungnahme verpasst, ist eine allenfalls verspätet eingereichte Replikeingabe mitsamt den damit eingeführten Noven aus dem Recht zu weisen, selbst wenn das Gericht im Zeitpunkt der Zustellung sein Urteil noch nicht gefällt hat.

Es ist abschliessend zu hoffen, dass es nicht noch einmal vier Jahre dauert, bis in vorliegendem Zusammenhang die notwendige Rechtssicherheit durch die Gerichte geschaffen wird.

mentar zum schweizerischen Privatrecht; Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Bern 2012, Art. 225 ZPO N 12; a.A. LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 10), Art. 225 ZPO N 13 und 19.

⁶⁵ So schon HUNSPERGER/WICKI (FN 2), AJP 2013, 980 f.