Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda

Reto Hunsperger **Jodok Wicki**

Das Bundesgericht hat auf Druck des Europäischen Gerichtshofs für Menschrechte ein generelles Replikrecht in sämtlichen Gerichtsverfahren anerkannt. Die konkrete Ausgestaltung des Replikrechts ist allerdings weniger klar und die betreffende Rechtsprechung ist uneinheitlich. Die damit verbundenen Unsicherheiten wirken sich zumindest im Zivilprozess umso störender aus, als sich das Replikrecht mittlerweile zu einer zivilprozessualen Obliegenheit entwickelt hat: Die frühere Praxis der Zivilgerichte, der Gegenseite noch einmal Frist zur Stellungnahme anzusetzen, wenn die Urteile auf Noven in der «letzten Rechtsschrift» gestützt werden sollten, scheint überholt. Die Parteien müssen in Wahrnehmung ihres Replikrechts im Gegenteil selber prüfen, ob allfällige Noven der Gegenseite noch einmal eigene Bestreitungen erforderlich machen. Andernfalls ist das Recht auf Bestreitung verwirkt. Diese schwerwiegenden prozessualen Rechtsfolgen, die an eine Nichtausübung des Replikrechts geknüpft werden, bedingen u.E. eine umgehende Klärung der offenen Fragen rund um die Ausübung des Replikrechts.

Sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral a reconnu un droit général de réplique dans toutes les procédures judiciaires. La concrétisation du droit de réplique est cependant moins évidente et la jurisprudence s'y rapportant n'est pas uniforme. Les incertitudes qui en découlent sont, au moins en ce qui concerne la procédure civile, d'autant plus gênantes que le droit de réplique est entretemps devenu une obligation de procédure civile : l'ancienne pratique des tribunaux civils visant à fixer un nouveau délai à la partie adverse pour prendre position lorsque le jugement doit être rendu sur la base de nouveaux éléments contenus dans les « dernières écritures » paraît désormais dépassée. Dans l'exercice de leur droit de réplique, il appartient au contraire aux parties d'examiner si d'éventuels éléments nouveaux introduits par la partie adverse appellent de nouvelles contestations de leur part. A défaut, elles perdent leur droit de contester. Ces importantes conséquences procédurales qui sont attachées au non-exercice du droit de réplique requièrent à notre sens une rapide clarification des questions qui restent ouvertes en matière d'exercice du droit de réplique.

Inhaltsübersicht

I. Das verfassungsmässig und durch die EMRK gewährleistete Replikrecht – Status quo der Rechtsprechung
A. Anerkennung eines generellen Replikrechts durch das Bundesgericht
B. Unklarheiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts
1. Direkte Einreichung der Stellungnahme oder Antrag auf Fristansetzung?
2. Wie lange hat eine Partei Zeit für die Stellung des Antrags auf Fristansetzung?
3. Wann beginnt die Frist zu laufen?
4. Welche Frist soll für die Ausarbeitung der Stellungnahme eingeräumt werden?
5. Fazit
II. Bedeutung des Replikrechts in der Praxis
A. Vom verfassungsmässigen Recht zur zivilprozessualen Obliegenheit
B. Beurteilung dieser Entwicklung
III. Forderungen de lege ferenda

I. Das verfassungsmässig und durch die EMRK gewährleistete Replikrecht[1] – Status quo der Rechtsprechung

A. Anerkennung eines generellen Replikrechts durch das Bundesgericht

In der Schweiz galt lange Zeit der Grundsatz, dass das jeweils konkret anwendbare Prozessrecht und die richterliche Ermessensausübung bestimmen sollten, wann ein Verfahren abgeschlossen war und damit keine weiteren Rechtsschriften mehr eingereicht werden durften. Das Bundesgericht anerkannte aber schon früh einen auf aArt. 4 BV gestützten Anspruch der Parteien, sich in sämtlichen Verfahren noch einmal zu Rechtschriften anderer Verfahrensbeteiligter äussern zu dürfen, sofern in diesen prozessual zulässige Noven enthalten waren, die einen materiellen Einfluss auf die Entscheidfindung haben konnten[2].

Reto Hunsperger, LL.M., Rechtsanwalt, Mitarbeiter der Fachgruppe Dispute Resolution bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich und in dem im vorliegenden Aufsatz erwähnten Verfahren vor dem Zürcher Obergericht (Geschäfts-Nr. LB090080) als Parteivertreter involviert.
Jodok Wicki, Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner und Leiter der Fachgruppe Dispute Resolution bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich.

[1] Der Term «Replikrecht» wird 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] Vgl. BGE 138 I 154 Erw. 2.3.3 mit Hinweis auf die frühere Rechtsprechung.

Dieser Praxis wurde jedoch um die Jahrtausendwende durch mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte («EGMR») der Boden entzogen, in denen das Strassburger Gericht die Schweiz wiederholt rügte, mit einem solchen Vorgehen gegen Art. 6 EMRK zu verstossen[3].

Diese Rechtsprechung des EGMR berücksichtigend, begann das Bundesgericht mit dem Entscheid BGE 132 I 42 ff. zum ersten Mal in amtlich publizierten Urteilen ein generelles Replikrecht der Parteien anzuerkennen. Diese Rechtsprechung wurde im Folgenden weiterentwickelt, wobei das Bundesgericht wiederholt klarstellte, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör das Recht umfasse, von jeder dem Gericht eingereichten Rechtsschrift Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die entsprechende Rechtsschrift neue Tatsachen oder Argumente enthalte und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermöge. Dieses Replikrecht bestehe auch unabhängig davon, ob das Gericht einen weiteren Schriftenwechsel anordne, eine Frist zur Stellungnahme ansetze oder die Eingabe den Parteien lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zustelle. Es stehe nämlich in erster Linie der Partei und nicht dem Richter zu, darüber zu befinden, ob neu beigebrachte Unterlagen oder (tatsächliche wie auch rechtliche) Ausführungen eine Stellungnahme rechtfertigen[4].

Das in diesem Sinne entwickelte Replikrecht gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl im zivilprozessualen als auch im verwaltungs- und strafrechtlichen Verfahren[5] und wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht anerkannt[6].

Ebenfalls höchstrichterlich geklärt ist die Frage der einschlägigen Rechtsgrundlagen, auf welchen das Replikrecht gründet: Es steht den Parteien sowohl gestützt auf Art. 6 EMRK als auch gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV zu und kann deshalb in jedem gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob es in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fällt oder nicht[7]. Die Grenze hat das Bundesgericht jedoch kürzlich für verwaltungsinterne Verfahren vor abhängigen oder unabhängigen Verwaltungsinstanzen (nicht Gerichte) gezogen: Hier komme den Parteien kein generelles Replikrecht zu, sondern beschränke sich das Recht zur Stellungnahme auf diejenigen Fälle, in denen die letzte Rechtsschrift prozessual zulässige Noven enthält, die materiell geeignet sind, den Entscheid der Verwaltungsbehörde zu beeinflussen (ein solchermassen eingeschränktes Replikrecht hatte das Bundesgericht, wie gesehen, bereits unter der Herrschaft von aArt. 4 BV anerkannt)[8]. Da sich der vorliegende Aufsatz auf eine Behandlung des Replikrechts im Zivilprozess beschränken will, kann offengelassen werden, ob eine solche Einschränkung des Replikrechts im verwaltungsinternen Verfahren gerechtfertigt ist oder nicht.

Das Bundesgericht hat ebenfalls entschieden, dass es zur Wahrung des Replikrechts der Parteien ausreicht, wenn das Gericht eine Eingabe der Gegenpartei lediglich zur Kenntnisnahme weiterleitet, ohne dabei ausdrücklich auf das Replikrecht hinzuweisen, sofern von der Partei erwartet werden kann, dass sie ihr Replikrecht umgehend selbständig ausübt. Davon sei zumindest dann auszugehen, wenn die Partei anwaltlich vertreten ist[9]. In einem aktuellen Entscheid kam der EGMR zum Schluss, dass diese Praxis im konkreten Fall, in welchem der Zustellungsempfänger ein Rechtsanwalt war, im Einklang mit Art. 6 EMRK steht, könne doch von einem schweizerischen Rechtsanwalt erwartet werden, dass er die bestehende Praxis des Bundesgerichts zum Replikrecht ken-

---

3 Vgl. zur früheren Praxis in der Schweiz und zu den entsprechenden Urteilen des EGMR Markus Lanter, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, ZBl 113/2012, 167 ff.; vgl. auch Gerold Steinmann, Urteilsbesprechung, ZBl 114/2013, 206 ff.

4 Vgl. jüngst BGE 138 I 484 und Entscheid BGer 6B_482/2012; in diesem Sinne bereits BGE 133 I 100 Erw. 4.5 sowie Entscheide BGer 2C_356/2010 Erw. 2.1, BGer 5A_42/2011 Erw. 2 und BGer 4A_410/2011 Erw. 4.1.

5 Vgl. im Allgemeinen bereits BGE 133 I 100 Erw. 4.6; vgl. zudem Entscheid BGer 2C_356/2010 Erw. 2.1, welchem ein verwaltungsrechtliches Verfahren zu Grunde lag; bezüglich eines strafrechtlichen Verfahrens vgl. Entscheid BGer 6B_482/2012 Erw. 4.4.1; im Zusammenhang mit einem zivilrechtlichen Verfahren vgl. Entscheid BGer 4A_273/2012 Erw. 3.2.

6 Vgl. Entscheid BVerwG A_4794/2012.

7 Vgl. bereits BGE 133 I 98 Erw. 2.1: *«Art. 29 Abs. 2 BV gebietet, dass die Gerichte diesen Grundsatz auch ausserhalb von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beachten. In diesem Sinne ist festzustellen, dass Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Hinblick auf das Replikrecht in gerichtlichen Verfahren dieselbe Tragweite zukommt.»* Bestätigt u.a. in den Entscheiden BGer 2C_356/2010, BGer 1C_142/2012 und BGer 6B_482/2012.

8 BGE 138 I 154 Erw. 2.3.3 und 2.7; a.A. offenbar Yvo Hangartner AJP/PJA 2013, Urteilsbesprechung, 622, der davon auszugehen scheint, dass das Bundesgericht mit dem Entscheid BGE 138 I 484 das generelle Replikrecht auch auf das verwaltungsinterne Verfahren ausgedehnt hat. Gleich wie Hangartner wohl auch Lanter (FN 3), 171.

9 Vgl. BGE 138 I 484 Erw. 2.4. und 2.5. sowie die Sachverhaltsdarstellung in lit. F im nicht amtlich publizierten Teil des Entscheids BGer 1C_142/2012, wo das Bundesgericht darauf hinweist, die Vereinigung sämtlicher Abteilungen des Bundesgerichts habe am 30. September 2012 darüber entschieden, dass es im schriftlichen gerichtlichen Verfahren grundsätzlich nicht notwendig sei, Eingaben den Parteien, *die durch einen Anwalt vertreten sind,* unter Ansetzung einer Frist zur allfälligen Stellungnahme zuzustellen.

ne[10]. Gegenüber einer rechtsunkundigen Person, die nicht anwaltlich vertreten ist, dürfte die blosse Zustellung zur Kenntnisnahme ohne Hinweis auf das Bestehen eines Replikrechts hingegen nicht genügen[11]. Da sich der vorliegende Aufsatz aber, wie gesehen, auf eine Behandlung des Replikrechts im Zivilprozess beschränkt und davon auszugehen ist, dass die überwiegende Mehrheit der Parteien in Zivilverfahren anwaltlich vertreten ist, wird im Folgenden generell davon ausgegangen, dass eine blosse Zustellung von Rechtsschriften zur Kenntnisnahme ohne konkreten Hinweis auf die Möglichkeit zur Stellungnahme als grundsätzlich zulässige und von der EGMR-Rechtsprechung genehmigte Praxis zu betrachten ist.

B. Unklarheiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts

Obwohl somit mittlerweile unbestritten ist, dass es in Gerichtsverfahren ein generelles Replikrecht gibt, bleiben bezüglich dessen Konkretisierung und insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, wie dieses Replikrecht auszuüben ist, diverse Unklarheiten bestehen.

Klar ist im Sinne der bereits zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass ein Gericht, das einer Partei eine Eingabe der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt hat, gehalten ist, mit der Entscheidfällung eine angemessene Zeit zuzuwarten, damit diese Partei ihr Replikrecht ausüben kann. Übt die Partei ihr Replikrecht nicht rechtzeitig aus, kann das Gericht zur Urteilsfällung schreiten.

Unklar ist hingegen die Rechtslage, wenn die Frist für die Ausübung des Replikrechts (wie auch immer diese Frist bestimmt wird[12]) eigentlich bereits abgelaufen ist, das Gericht aber noch nicht entschieden hat und die Partei dann doch noch von ihrem Replikrecht Gebrauch macht[13].

Obwohl gemäss der grundsätzlich zu unterstützenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen ist, dass die Partei, welche von ihrem Replikrecht nicht rechtzeitig Gebrauch macht, auf dieses *verzichtet*[14], wird in der Lehre die Ansicht vertreten, das Gericht müsse auch eine verspätet eingereichte unaufgeforderte Stellungnahme beachten, wenn es zu diesem Zeitpunkt noch keinen Entscheid gefällt habe[15]. Demgegenüber betont das Obergericht des Kantons Zürich zwar, die vom Bundesgericht verwendete Formulierung, wonach bei Zuwarten der Partei vom Verzicht auf eine Stellungnahme auszugehen sei, könne als Präklusion der Stellungnahme unabhängig von einer bereits erfolgten Entscheidfällung gedeutet werden. Bis zu einer abschliessenden Klärung der Frage will jedoch auch das Zürcher Obergericht dabei bleiben, selbst eine verspätet eingereichte Stellungnahme dann noch zu beachten, wenn der Entscheid noch nicht gefällt wurde[16]. Dieser auffallend vorsichtige Entscheid des höchsten zürcherischen Gerichts kann nur vor dem Hintergrund der im Folgenden dargestellten Unsicherheiten, die im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts bestehen, verstanden werden; er ist unter Berücksichtigung dieser Unklarheiten jedoch durchaus zu begrüssen.

1. Direkte Einreichung der Stellungnahme oder Antrag auf Fristansetzung?

Die erste Unklarheit im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts besteht bereits hinsichtlich der Frage, ob eine Partei, die von ihrem Replikrecht Gebrauch machen will, dem Gericht unaufgefordert und unangemeldet eine Stellungnahme einzureichen hat oder aber zunächst lediglich einen Antrag auf Fristansetzung stellen darf, dem das Gericht nachkommen muss. Den Ursprung dieser Unklarheit hat das Bundesgericht bereits zur Jahreswende 2006/2007 gelegt, als dieselbe erste öffentlich-rechtliche Abteilung in zwei Entscheiden vom 14. Dezember 2006[17] und 11. Januar 2007[18], die in der offiziellen Entscheidsammlung erst noch unmittelbar nacheinander publiziert wurden, von den Parteien zuerst eine sofortige Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme ohne Antrag auf Fristansetzung verlangte[19],

---

10 Vgl. den Entscheid *Joos gegen Schweiz* des EGMR sowie dessen Kommentierung in Frank Schürmann, Rechtliches Gehör, Waffengleichheit, Zustellung von Eingaben – Präzisierung der Rechtsprechung, ZBJV 149/2013, 288 ff.

11 So auch Schürmann (FN 10), 292, sowie Hangartner (FN 8), 622; differenzierend Lanter (FN 3), 175 f.; die Frage wurde offensichtlich vom Bundesgericht noch nicht abschliessend beantwortet.

12 Vgl. dazu hinten, Kapitel I.B.2 ff.

13 Diese Frage wurde insbesondere auch vom Zürcher Obergericht aufgeworfen, vgl. ZR 111 Nr. 56.

14 Vgl. Entscheid BGer 4A_410/2011 Erw. 4.1; BGE 133 I 98 Erw. 2.2. Auch dem jüngsten Entscheid *Joos gegen Schweiz* des EGMR liegt (unausgesprochen) die vom Bundesgericht entwickelte Verzichtskonstruktion zugrunde (vgl. Schürmann [FN 10], 291).

15 Ernst F. Schmid, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2013, 37; tendenziell gleicher Meinung Lanter (FN 3), 178 f.

16 ZR 111 Nr. 56.

17 BGE 133 I 98.

18 BGE 133 I 100.

19 BGE 133 I 98 Erw. 2.2: *«Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen.»*

anschliessend der Partei jedoch auch ein alternatives Vorgehen (lediglich Antrag auf Fristansetzung) offenliess[20]. Leider unterliess es das Bundesgericht, im zweiten Entscheid auf den ersten Entscheid Bezug zu nehmen bzw. die ursprüngliche Rechtsprechung (Notwendigkeit der sofortigen Einreichung einer Stellungnahme ohne Antrag auf Fristansetzung) ausdrücklich zu korrigieren. Ja das Bundesgericht wiederholte in einem späteren Entscheid[21] sogar wieder ausdrücklich die strengere Rechtsprechung, als es verlangte, die Partei, welche von ihrem Replikrecht Gebrauch machen wolle, solle ihre Replikschrift umgehend einreichen, ohne vorher um eine gerichtliche Fristansetzung zu ersuchen. Dieser Entscheid blieb so stehen, obwohl das Bundesgericht in zahlreichen anderen Entscheiden vorher und nachher mehrfach die grosszügigere Rechtsprechung von BGE 133 I 100 bestätigt hatte bzw. immer noch bestätigt, welche den Parteien ausdrücklich die Wahlmöglichkeit einräumt, eine Fristansetzung für die Einreichung der unaufgeforderten Stellungnahme zu verlangen[22]. Der in der Lehre geäusserten Ansicht[23], die Partei, die ihr Replikrecht ausüben wolle, müsse dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sofort tun, und zwar ohne vorher darum nachzusuchen, kann vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden.

Auch die kantonalen Gerichte wenden im Zusammenhang mit der vorliegenden Frage eine uneinheitliche Praxis an. Die Verfasser dieses Aufsatzes sowie ihre Bürokollegen haben beispielsweise in zivilprozessualen Verfahren vor dem Kantons- und Obergericht Zug, dem Bezirksgericht Höfe sowie dem Landgericht Uri die Erfahrung gemacht, dass diese Gerichte auf einen entsprechenden Antrag einer Partei, die von ihrem Replikrecht Gebrauch machen will, eine Frist zur Einreichung der unaufgeforderten Eingabe ansetzen. Auch das Obergericht des Kantons Bern scheint davon auszugehen, dass die Parteien eine solche Fristansetzung verlangen dürfen[24]. Demgegenüber hat das Handelsgericht des Kantons Zürich[25] der eine Fristansetzung beantragenden Partei mitgeteilt, ausserhalb des gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsels keine Fristen anzusetzen. Das Handelsgericht stellte gleichzeitig klar, das Urteil nicht vor einem bestimmten Datum zu fällen und hat damit implizit wohl eben doch eine Frist für die Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme gewährt.

U.E. ist der klar überwiegenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu folgen, wonach eine Partei, die von ihrem Replikrecht Gebrauch machen will, dem Gericht einen Antrag auf Fristansetzung stellen darf und nicht verpflichtet ist, die unaufgeforderte Stellungnahme sofort einzureichen.

Erstens kann nur so die vom EGMR im Entscheid *Joos gegen Schweiz*[26] geforderte Rechtssicherheit geschaffen werden. Gemäss EGMR führt die gerichtliche Zustellung von Eingaben der Gegenseite zur blossen Kenntnisnahme ohne Fristansetzung nämlich grundsätzlich zu Unsicherheiten, weil die Partei nicht weiss, wie viel Zeit ihr für eine allfällige Eingabe zur Verfügung steht. Diese an sich nicht tolerierbare Rechtsunsicherheit könne jedoch dadurch beseitigt werden, dass die Partei für die Ausübung ihres Replikrechts beim Gericht eine Fristansetzung beantragen darf[27].

Zweitens steht nur eine solche Lösung mit der vom Bundesgericht entwickelten Fiktion im Einklang, nach Ablauf einer bestimmten Frist ohne Reaktion der Partei könne vom Verzicht derselben auf die Ausübung ihres Replikrechts ausgegangen werden und das befasste Gericht zur Urteilsfällung schreiten[28]. Hat nämlich eine Partei dem Gericht den Antrag auf Fristansetzung zur Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme gestellt, kann das Gericht unmöglich mehr von einer entsprechenden Fiktion ausgehen.

Schliesslich sollte drittens nicht vergessen werden, dass die durch eine Fristansetzung geschaffene Rechtssicherheit nicht nur die das Replikrecht ausübende Partei schützt, sondern sämtliche Verfahrensbeteiligte[29]. Mit der Ansetzung solcher Fristen kann das Gericht näm-

---

20 BGE 133 I 100 Erw. 4.8: *«Nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Beschwerdeführer, welcher eine Stellungnahme zu einer ihm zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich hält, diese grundsätzlich unverzüglich einreichen oder beantragen.»*

21 Entscheid BGer 4A_273/2012 Erw. 3.2.

22 BGE 138 I 484 Erw. 2.2 und 2.4 sowie die Entscheide BGer 6B_629/2010 Erw. 3.3.2, BGer 5A_42/2011 Erw. 2.2, BGer 4A_410/2011 Erw. 4.1 und BGer 6B_482/2012 Erw. 4.4.1 und 4.5.

23 Schmid (FN 15), 36 f. und André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N 3.49; wie hier wohl auch Lanter (FN 3), 177 sowie Schürmann (FN 10), 293.

24 Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern (Zivilkammer) vom 8. Juli 2011, SJZ 108/2012, 530 Nr. 6.

25 Verfahren HG090192.

26 Vgl. vorne, FN 10.

27 BGE 138 I 484 Erw. 2.3 mit Hinweis auf den Entscheid *Joos gegen Schweiz* des EGMR. Diese Rechtsprechung unterstützend Schürmann (FN 10), 293; Christoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2011, ZBJV 149/2013, 235.

28 Vgl. die in FN 14 zitierte Rechtsprechung; kritisch im Zusammenhang mit dieser Fiktion Lanter (FN 3), 177 f.

29 Ähnlich auch Leuenberger (FN 27), 235.

lich gleichzeitig auch die Rechtsfolge für den Fall deren Nichteinhaltung festlegen und eine allenfalls verspätet eingereichte Eingabe aus dem Recht weisen[30]. Damit würde die gegenwärtig vom Obergericht Zürich angewendete Praxis überwunden[31], jede unaufgeforderte Stellungnahme zu berücksichtigen, die vor Urteilsfällung eingeht. Es ist in diesem Zusammenhang nicht zu verkennen, dass diese Praxis des Obergerichts unaufgeforderte Stellungnahmen gegenüber den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Rechtsschriften (z.B. doppelter Schriftenwechsel) bevorzugt behandelt.

In diesem Sinne lässt sich sogar fragen, ob es nicht zum selbstverständlichen Service eines Gerichts (als Diener des Rechts bzw. der Rechtssuchenden) gehören sollte, bei der Zustellung von Eingaben der Gegenseite den Empfänger routinemässig auf die Möglichkeit der Stellungnahme hinzuweisen und hierfür eine Frist anzusetzen[32]. Immerhin verfährt auch das Bundesgericht bei der Leitung seines eigenen Verfahrens mittlerweile so, dass es – bei Verzicht auf Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels bzw. einer Hauptverhandlung – die Beschwerdeantwort dem Beschwerdeführer mit dem Hinweis zustellt, die Streitsache sei aus seiner Sicht grundsätzlich spruchreif, zur Wahrung des unbedingten Replikrechts habe der Beschwerdeführer jedoch bis zu einem bestimmten Datum die Möglichkeit, eine unaufgeforderte Stellungnahme einzureichen[33].

Im Sinne einer stärkeren Betonung der vor allem im Zivilprozess geltenden Parteiautonomie lässt sich u.E. aber durchaus rechtfertigen, es den Parteien zu überlassen, einen entsprechenden Antrag auf Fristansetzung zu stellen, wenn sie zu einer Eingabe der Gegenseite noch einmal Stellung nehmen wollen[34].

Mit dieser Lösung kann zudem besser sichergestellt werden, dass der Partei eine für die Ausarbeitung der Stellungnahme ausreichende, aber nicht übermässige Frist gewährt wird. Der EGMR und mit ihm das Bundesgericht verlangen, dass die Verfahrensrechte der Parteien in einem solchen Ausmass gewährleistet werden müssen, wie es der Bedeutung der Sache entspricht[35]. Berücksichtigt man diesen Grundsatz, kann nicht zum Vornherein abstrakt gesagt werden, wie viel Zeit einer Partei für die Ausarbeitung einer weiteren Stellungnahme zur Verfügung zu stellen ist, hängt dies doch jeweils vom konkreten Einzelfall ab[36]. Räumt man einer Partei nun aber die Möglichkeit ein, beim Gericht eine Fristansetzung für die Einreichung einer Stellungnahme zu beantragen, kann diese Partei gegenüber dem Gericht gleichzeitig begründen, weshalb ihr eine wie lange Frist anzusetzen ist. Damit wird dem Gericht erleichtert, eine der Bedeutung der Sache gerechte Lösung zu finden, ist doch die Partei grundsätzlich besser in der Lage zu beurteilen und zu begründen, welchen Aufwand ihr die Ausarbeitung einer Stellungnahme verursachen wird. Die zurzeit vom Bundesgericht angewendete mechanische Lösung, den Parteien jeweils rund vierzehn Tage für die Ausübung des Replikrechts zur Verfügung zu stellen, wird diesem Anliegen nicht gerecht. Da dem Replikrecht vor zweiter Rechtsmittelinstanz allerdings in den allermeisten Fällen nicht dieselbe Bedeutung wie im erstinstanzlichen Verfahren zukommt, sollten die negativen Folgen der gegenwärtigen bundesgerichtlichen Praxis u.E. überschaubar bleiben.

2. Wie lange hat eine Partei Zeit für die Stellung des Antrags auf Fristansetzung?

Ebenfalls unklar ist, innert welcher Frist eine Partei ihr Replikrecht auszuüben hat (sei es, indem sie eine unaufgeforderte Stellungnahme einreicht oder einen Antrag auf Fristansetzung stellt). Das Kassationsgericht des Kantons Zürich führte in einem Entscheid vom 27. Januar 2011[37] aus, die Dauer der Frist hänge insbesondere von der Art des übermittelten Aktenstücks und allenfalls von der Art des Verfahrens ab, es sei jedoch im Regelfall davon auszugehen, dass die das Replikrecht ausübende Partei innert zehn Tagen zu reagieren habe. Das Obergericht des Kantons Zürich und des Kantons Bern hielten eine zehntägige Frist jedenfalls in Summarverfahren für angemessen[38]. Demgegenüber hat das Bundesgericht unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung festgehalten, eine Frist von weniger als zehn Tagen sei auf jeden Fall zu kurz, eine Frist von über zwanzig Tagen jedoch wohl ausreichend[39].

---

30 In diesem Sinne auch Lanter (FN 3), 178 f.

31 Vgl. vorne, FN 16.

32 So Hangartner (FN 8), 623.

33 Vgl. die generelle Mitteilung des Bundesgerichts «Schriftenwechsel und freiwillige Bemerkungen» auf der Internetseite http://www.bger.ch/emrk_text_d.pdf.

34 A.A. offensichtlich Lanter (FN 3), 180 f.

35 Vgl. BGE 132 I 42 Erw. 3.3.1 und die dort zitierte EGMR-Rechtsprechung. Vgl. auch den Entscheid *Joos gegen Schweiz* des EGMR in Ziff. 32, wo der Gerichtshof den bescheidenen Umfang der zu kommentierenden Rechtsschrift von lediglich zwei Seiten als relevantes Kriterium für die Beantwortung der Frage heranzog, ob das Replikrecht ausreichend gewährt wurde.

36 Vgl. dazu hinten, Kapitel I.B.4.

37 ZR 110 Nr. 20 Erw. 4d)bb).

38 ZR 111 Nr. 56; Lanter (FN 3), 174 FN 33.

39 Entscheide BGer 1B_459/2012 Erw. 2.2 und BGer 6B_629/2010 Erw. 3.3.2.

In der Lehre wird die Begründetheit der zitierten Rechtsprechung der zürcherischen Gerichte teilweise in Frage gestellt.[40] Andere Stimmen vertreten die Ansicht, innert zehn Tagen müsste mindestens die Ansetzung einer Frist für eine Stellungnahme beantragt werden[41]. Weitere Lehrmeinungen fordern eine Frist von 14[42] bzw. 10–15[43] Tagen.

U.E. sollte zumindest im Zivilprozessrecht für die Beantwortung dieser Fragen nach der Verfahrensart unterschieden werden. In summarischen Verfahren erscheint eine Frist von zehn Tagen für die Stellung und Begründung eines Antrags auf Fristansetzung durchaus gerechtfertigt. Im ordentlichen Verfahren, wo bisweilen zuerst Duplikschriften von mehreren hundert Seiten analysiert werden müssen, hätte eine Zehntagesfrist hingegen eine unnötig belastende Wirkung. Hier sollte der Gegenpartei mindestens eine Frist von zwanzig Tagen eingeräumt werden um zu beurteilen, ob sich die Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen und die Widerlegung neuer rechtlicher Argumente aufdrängen, und um die Länge der beantragten Frist zu begründen.

3. Wann beginnt die Frist zu laufen?

Eine weitere Unsicherheit betrifft die Frage, wann der Fristenlauf für die Ausübung des Replikrechts beginnen soll. Gemäss einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern kommt bereits der Zustellung einer Kollegenkopie eine fristauslösende Wirkung zu[44].

Diese Auffassung ist u.E. abzulehnen[45]. Wie Art. 124 ZPO klarstellt, liegt die Prozessleitung in der Verantwortung des Gerichts und nicht der Parteien[46]. In diesem Sinne kann das erstinstanzliche Gericht nach Abschluss des gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsels durchaus einen weiteren Schriftenwechsel anordnen[47]. Ebenso kann das Rechtsmittelgericht gemäss Art. 316 Abs. 2 bzw. Art. 327 ZPO[48] nach Eingang von Rechtsmittelschrift und -antwort die Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels verfügen. Bevor aber das Gericht entschieden hat, wie es das Verfahren weiterzuführen gedenkt und dies den Parteien in einer nachvollziehbaren Form mitgeteilt hat, kann einer Partei nicht zugemutet werden, bereits einen Antrag auf Fristansetzung für eine Stellungnahme zu stellen. Ein solches Vorgehen dürfte zudem von vielen Richtern als unangemessene Einmischung in die richterliche Verfahrensgestaltung empfunden werden.

Des Weiteren muss die Kontrolle der rechtzeitigen Einreichung von Rechtsschriften als gerichtliche Aufgabe qualifiziert werden. Insbesondere hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, wann ein Fristenlauf beginnt und wann die Frist ausläuft. Eine entsprechende Kontrolle kann das Gericht aber nicht selbständig ausüben, wenn als fristauslösendes Ereignis die Zustellung der Kollegenkopie betrachtet wird. Dazu wäre das Gericht auf Informationen der Parteien angewiesen, bezüglich welcher zusätzliche Beweismittel abzunehmen wären. Ein solches Vorgehen wäre aber als äusserst ineffizient zu bezeichnen.

Mit der Ablehnung der fristauslösenden Wirkung der Zustellung einer Kollegenkopie soll keineswegs in Frage gestellt werden, dass es durchaus legitim ist, den Parteien die Prüfung zu überlassen, ob eine Rechtsschrift entscheidrelevante und damit beantwortungswürdige Noven enthält[49]. Nur muss der erste Schritt, d.h. die Aufbürdung der entsprechenden zivilprozessualen Obliegenheit, von dem das Verfahren leitenden Gericht ausgehen. Eine ausserhalb dieses Verfahrens erfolgte Zustellung einer Kollegenkopie kann nicht ausreichen.

Die Frist für die Einreichung des Antrags auf Fristansetzung kann damit erst dann zu laufen beginnen, wenn die Partei nicht nur Kenntnis vom Inhalt der Eingabe der Gegenseite hat, sondern auch wissen muss, dass das Gericht auf die Anordnung eines weiteren Parteivortrags verzichtet hat und damit die Prüfung der Notwendigkeit einer Ausübung des Replikrechts den Parteien überlässt.

---

40 Schmid (FN 15), 37.

41 Leuenberger (FN 27), 235 f.; Lanter (FN 3), 177.

42 Moser/Beusch/Kneubühler (FN 23), N 3.49.

43 Stéphane Grodecki, Strasbourg et le droit à la réplique, plädoyer 2/2007, 55.

44 Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern (Zivilkammer) vom 8. Juli 2011, SJZ 108/2012, 529 ff.

45 Kritisch auch Lanter (FN 3), 177. Immerhin hat bereits das Obergericht die Verallgemeinerungsfähigkeit dieses Entscheids anlässlich einer Aussprachesitzung mit dem bernischen Anwaltsverband vom 16. November 2011 stark relativiert, als es betonte, dieser sei vor allem mit Blick auf das Rechtsöffnungsverfahren erlassen worden und die Zustellung einer Kollegenkopie löse grundsätzlich keine Fristen aus (vgl. in dubio [Publikation des bernischen Anwaltsverbandes] 1/2012, 25).

46 Vgl. auch Martin Kaufmann, in: Ivo Schwander/Dominik Gasser/Alexander Brunner (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 124 N 8.

47 Eric Pahud, in: Ivo Schwander/Dominik Gasser/Alexander Brunner (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 225 N 3.

48 Dass die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels trotz des diesbezüglich etwas unklaren Gesetzeswortlauts auch im Beschwerdeverfahren möglich sein muss, bestätigen Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2011, Art. 327 N 7.

49 Vgl. dazu hinten, Kapitel II.B.

Dies dürfte in der Regel mit der richterlichen Zustellung der Rechtsschrift der Gegenpartei zur Kenntnisnahme der Fall sein. Gleich zu beurteilen wäre jedoch auch der Fall, in welchem das Gericht mit einer Partei Kontakt aufnimmt und sich von dieser den Empfang der Kollegenkopie der Gegenseite bestätigen lässt bzw. mittels Verfügung festhält, infolge der bereits erfolgten Zustellung von Kollegenkopien verzichte das Gericht auf eine förmliche Zustellung[50]. In beiden Fällen wird durch das Verhalten des Gerichts klar, dass es auf die Anordnung weiterer Parteivorträge verzichtet und damit die Parteien zu prüfen haben, ob die Ausübung des Replikrechts als gerechtfertigt erscheint.

4. Welche Frist soll für die Ausarbeitung der Stellungnahme eingeräumt werden?

Schliesslich ist auch unklar, welche Frist das Gericht der antragstellenden Partei für die Ausarbeitung der unaufgeforderten Stellungnahme ansetzen soll.

Diese Frage kann u.E. nicht abstrakt beantwortet werden. Soll die Bedeutung der Sache für den Umfang der Verfahrensrechte entscheidend sein[51], ist hierfür ein gewisses Mass an richterlicher Flexibilität erforderlich[52]. Richtschnur dürften dabei die Verfahrensart, der Umfang der vorausgegangenen Rechtsschrift und insbesondere deren Novendichte sein. Eine starre (z.B. Zehntages-) Frist würde einen Verstoss gegen das Prinzip bedeuten, wonach das Ausmass der Verfahrensrechte anhand deren Bedeutung im konkreten Fall zu bestimmen ist.

Gerade bei umfangreichen Dupliken mit vielen Noven besteht u.E. kein Grund, den Kläger (bzw. seinen Rechtsvertreter) mit kurzen Fristen unnötig unter Druck zu setzen. Der Beklagte hat es bei der Festlegung seiner Prozessstrategie meist selber in der Hand, ob er bereits in der Klageantwort sämtliche wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Argumente auf den Tisch legen will oder nicht (analoge Überlegungen treffen auch in anderen Verfahren zu). Tut er dies nicht und überrascht er den Kläger anschliessend in seiner Duplik mit einer neuen Argumentation, nimmt er in Kauf, dass sich das Verfahren entsprechend verzögert, weil dem Kläger eine ausreichende Frist zur Stellungnahme eingeräumt werden muss. Die oberste Grenze dieser Frist sollte aber immerhin insoweit gezogen werden, dass der das Replikrecht ausübenden Partei nicht eine längere Frist eingeräumt wird, als sie zuvor der Gegenseite für ihre Eingabe zur Verfügung stand, auf welche eine Reaktion ermöglicht werden soll[53].

5. Fazit

Wie ausführlich aufgezeigt wurde, sind diverse Fragen rund um die Ausübung des Replikrechts durch die Rechtsprechung bis heute nicht mit der wünschenswerten Klarheit beantwortet worden. Da dem Replikrecht gleichzeitig eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt (welche zudem laufend zuzunehmen scheint[54]), muss die gegenwärtige unsichere Rechtslage als unbefriedigend bezeichnet werden.

II. Bedeutung des Replikrechts in der Praxis

A. Vom verfassungsmässigen Recht zur zivilprozessualen Obliegenheit

Wie einleitend aufgezeigt, anerkannte das Bundesgericht schon seit langem gestützt auf Art. 4 aBV ein auf die Beantwortung von entscheidrelevanten Noven beschränktes Replikrecht der Parteien[55]. Vor diesem Hintergrund könnte das in Berücksichtigung der EMRK-Rechtsprechung vom Bundesgericht entwickelte, weitergehende Replikrecht in einem gewissen Sinne (und etwas zynisch formuliert) als «überflüssiges» Recht bezeichnet werden, sich auch unbegrenzt zu unerheblichen Ausführungen der Gegenseite äussern zu dürfen.

Eine solche Betrachtungsweise lässt jedoch ausser Acht, dass mit der Schaffung eines umfassenden Replikrechts gleichzeitig auch die Verantwortung der Parteien im Zivilprozess ausgedehnt wurde. Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem Urteil vom 25. März 2013[56] hinsichtlich des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich, in welchem der Klägerin die Dupliken der Beklagten vorlagen, ohne dass ihr Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde, ausgeführt:

> *«Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das Vorgehen der Vorinstanz die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum sog. Replikrecht (Recht auf Stellungnahme zu Eingaben*

---

50 Z.B. wenn ein Gericht es infolge der enormen Aktenmenge unterlässt, der Gegenpartei zusätzlich zu den bereits erhaltenen Kollegenkopien auch noch ein zweites Set der Rechtsschriften (samt Beilagen) zuzustellen.

51 Vgl. BGE 132 I 42 Erw. 3.3.1 und die dort zitierte EGMR-Rechtsprechung, den Entscheid *Joos gegen Schweiz* sowie vorne, FN 35.

52 So auch Lanter (FN 3), 181 f.; kritisch Leuenberger (FN 27), 235, der davon auszugehen scheint, dass eine 10-tägige Frist genügen müsste.

53 So auch Lanter (FN 3), 182.

54 Vgl. hinten, Kapitel II.A.

55 Vgl. vorne, Kapitel I.A sowie BGE 138 I 154 Erw. 2.3.3.

56 Geschäfts-Nr. LB090080, S. 23.

der Gegenpartei) entgegen der Auffassung der Klägerin nicht verletzt hat. Demgemäss hat die Klägerin das Recht auf Stellungnahme zu den Dupliknoven im vorinstanzlichen Verfahren verwirkt (BGE 133 I 100 S. 105), da sie keine rechtzeitige Stellungnahme eingereicht hatte. Dieser Umstand kann im Berufungsverfahren nicht geheilt werden. Die Klägerin kann die versäumte Stellungnahme nicht nachholen, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen, soweit sie nur im Zusammenhang mit den Dupliknoven stehen, unbeachtet zu bleiben haben und die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten als nicht bestritten gelten.»

Das Obergericht machte in diesen Erwägungen zwei zentrale Aussagen:

Erstens schränkt es im Zusammenhang mit dem Replikrecht das Novenrecht der Parteien ein. Gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO (bzw. Art. 317 ZPO für das Berufungsverfahren) kann eine Partei neue Tatsachen oder Beweismittel in den Prozess einführen, die zwar bereits vor dem Ende der Behauptungsphase vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Unter diesen Tatbestand muss beispielsweise der Fall subsumiert werden, dass erst Dupliknoven (sei es in Form neuer Tatsachenbehauptungen oder neuer Beweismittel) der Gegenpartei das Vortragen eigener Noven erforderlich machten[57]. Gemäss den zitierten Ausführungen des zürcherischen Obergerichts soll nun das durch Dupliknoven entstandene, auf Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO (bzw. Art. 317 ZPO) gründende Novenrecht lediglich im Rahmen des Replikrechts ausgeübt werden können und anschliessend (also auch hinsichtlich eines zukünftigen Rechtsmittelverfahrens) verwirken.

Zweitens geht das Obergericht – zusätzlich zur Verwirkung des Novenrechts – sogar von einer Anerkennung der Dupliknoven aus, wenn sie nicht in Ausübung des Replikrechts bestritten werden.

Damit hat sich das verfassungsmässige Recht, sich zu jeder Eingabe der Gegenseite noch einmal äussern zu dürfen, unabhängig davon, ob die entsprechende Eingabe entscheidrelevante Noven enthält, zu einer zivilprozessualen Obliegenheit entwickelt, allfällige Dupliknoven, die man später nicht gegen sich gelten lassen will, in einer unaufgeforderten Eingabe zu bestreiten. Die ursprüngliche Verantwortung des Zivilrichters, Rechtsschriften auf allfällige entscheidrelevante Noven zu durchkämen und der Gegenseite allenfalls noch einmal eine Äusserungsmöglichkeit einzuräumen[58], d.h. die in einem gewissen Sinne hoheitlich durch das mit dem Fall befasste Gericht vorgenommene Verwaltung des Replikrechts[59], ist damit auf die Parteien übergegangen; diese haben neu selber zu beurteilen, ob die grundsätzlich «letzte» Rechtsschrift der Gegenseite noch einmal Bestreitungen erforderlich macht.

B. Beurteilung dieser Entwicklung

Die entsprechende Entwicklung des Replikrechts von einem verfassungsmässigen Recht zu einer zivilprozessualen Obliegenheit ist grundsätzlich zu begrüssen und stellt eine u.E. voraussehbare Notwendigkeit dar[60]. Die einschlägige Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts zum Replikrecht basiert auf der Annahme, es stehe in erster Linie den Parteien und nicht dem Richter zu, darüber zu befinden, ob neu beigebrachte Unterlagen eine Stellungnahme rechtfertigen oder nicht[61]. Da die Einräumung zusätzlicher Rechte unter Berücksichtigung einer den Grundrechten zugrundeliegenden liberalen Werteordnung auch entsprechende Verantwortlichkeiten zur Folge haben muss, ist es nur konsequent, wenn den Parteien gestützt auf diese Argumentation die Obliegenheit aufgebürdet wird, selbständig zu beurteilen, ob allfällige in einer Rechtsschrift der Gegenseite enthaltene Noven in einer unaufgeforderten Stellungnahme bestritten werden müssen oder nicht.

In diesem Sinne ist auf jeden Fall die erste vom Obergericht gezogene Konsequenz zu begrüssen, das durch Einbringung von neuem Prozessstoff durch die Gegenpartei begründete Novenrecht müsse zwingend im Rahmen des Replikrechts ausgeübt werden, andernfalls von einer Verwirkung des Novenrechts auszugehen sei.

Der zweite vom Obergericht gezogene Schluss geht jedoch u.E. in seiner absoluten Formulierung zu weit. Aus der blossen Tatsache, dass Dupliknoven nicht in einer unaufgeforderten Stellungnahme bestritten werden, darf nicht zwingend gefolgert werden, dass diese deshalb *e contrario* als anerkannt zu gelten haben. Eine zumindest sinngemässe Bestreitung kann sich nämlich durchaus

---

[57] So auch Georg Naegeli, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2011, Art. 229 N 9.

[58] In Anwendung von § 121 Abs. 2 der bis Ende 2010 in Kraft stehenden zürcherischen ZPO musste das Zivilgericht beispielsweise in einem erstinstanzlichen Verfahren einen weiteren Parteivortrag des Klägers anordnen, wenn der Beklagte in der Duplik neue tatsächliche und allenfalls entscheidrelevante Behauptungen aufstellte, zu welchen sich der Kläger noch nicht aussprechen konnte (vgl. Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. A., Zürich 2000, § 121 N 3).

[59] Steinmann (FN 3), 209.

[60] Im gleichen Sinne Lanter (FN 3), 174 f.

[61] BGE 138 I 484 Erw. 2.1 sowie die Entscheide BGer 2C_356/2010 Erw. 2.1 und BGer 6B_629/2010 Erw. 3.3.1; Lanter (FN 3), 172 mit Hinweisen auf die EGMR-Rechtsprechung.

auch aus den bereits früher eingereichten Rechtsschriften und den darin enthaltenen Bestreitungen anderer Behauptungen ergeben; eine in diesem Sinne implizite Bestreitung würde gemäss herrschender Lehre grundsätzlich genügen[62]. Allerdings besteht natürlich die Gefahr, dass Dupliknoven – sofern sie wirklich komplett Neues bringen – in einem solchen Fall *nicht ausreichend substantiiert* bestritten werden, so dass sie dennoch als anerkannt zu gelten haben. Ob dem so ist, muss im konkreten Einzelfall entschieden werden.

So oder anders stellt die Ausübung des Replikrechts im Sinne der voranstehenden Ausführungen eine zivilprozessuale Obliegenheit dar, an deren Nichtausübung gravierende Rechtsfolgen gekoppelt sind.

Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, die harschen Folgen einer Nichtausübung des Replikrechts durch Heranziehung von Art. 228 ZPO herunterzuspielen. Diese Bestimmung sieht die zwingende Durchführung einer Hauptverhandlung vor, anlässlich der Dupliknoven – wenn nötig – allenfalls auch ohne Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme noch hinreichend bestritten werden dürfen. Eine solche Argumentation hält aber einer genaueren Betrachtung nicht stand:

Erstens ist die Durchführung einer Hauptverhandlung lediglich im erstinstanzlichen ordentlichen und vereinfachten Verfahren vorgeschrieben, jedoch nicht im summarischen Verfahren (Art. 256 ZPO)[63] oder im kantonalen (Art. 316 Abs. 1 ZPO[64] bzw. Art. 327 Abs. 2 ZPO[65]) bzw. bundesgerichtlichen (Art. 57 BGG[66]) Rechtsmittelverfahren. In letzteren Verfahren, in denen dem Replikrecht ebenfalls eine Bedeutung zukommen kann, bietet eine lediglich *mögliche* Hauptverhandlung keinen ausreichenden Rechtsschutz.

Zweitens wird das Vortragen von Noven in einer Hauptverhandlung im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren nach einem bereits durchgeführten doppelten Schriftenwechsel durch Art. 229 ZPO massiv eingeschränkt: Zwar dürfen auch in diesem Verfahrensstadium bereits vor Abschluss der Behauptungsphase entstandene Noven noch vorgetragen werden, sofern sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Darunter können, wie gesehen, auch solche Noven fallen, deren Anrufung erst durch Dupliknoven der Gegenseite notwendig wurde[67]. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nach dieser Bestimmung aber nur noch berücksichtigt, wenn sie *ohne Verzug* vorgetragen werden. Werden Noven nach Abschluss des Behauptungsverfahrens entdeckt, dann aber nicht unverzüglich, sondern erst anlässlich der Hauptverhandlung vorgetragen, sind sie nach einem Teil der Lehre nicht mehr zu hören[68]. Auch wenn diese Auffassung nicht unumstritten ist[69], besteht damit zumindest die Gefahr, dass ein Kläger, der erst infolge neuer Behauptungen in der Duplik des Beklagten die Notwendigkeit der Einführung eigener Noven erkennen kann, dieses Rechts verlustig geht, wenn er nach Zustellung der Duplik bis zur Durchführung der Hauptverhandlung zuwartet und seine eigenen Noven nicht in Ausübung seines Replikrechts vorträgt.

Drittens scheint beispielsweise das Handelsgericht des Kantons Zürich die Redezeit der Parteien anlässlich einer Hauptverhandlung auf dreissig Minuten zu beschränken, was ebenfalls nicht gewährleistet, dass allfällige Dupliknoven in einem mündlichen Parteivortrag ausreichend bestritten werden können.

Und viertens gibt es schliesslich nach wie vor eine Vielzahl hängiger Verfahren, die noch nach den alten, kantonalen Prozessordnungen geführt werden, welche auch im ordentlichen, erstinstanzlichen Verfahren keine Hauptverhandlung vorschreiben[70].

Damit kann auch das Institut der Hauptverhandlung die zugegebenermassen schwerwiegenden, aber grundsätzlich folgerichtigen Konsequenzen der Nichtausübung des Replikrechts nicht mildern. Dieses Ergebnis ist zwar grundsätzlich wünschenswert, lässt die im Zusammenhang mit der Ausübung des Replikrechts bestehenden Unklarheiten aber als umso unbefriedigender erscheinen.

---

62 Christoph Leuenberger, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2011, Art. 222 N 21.

63 Vgl. Kaufmann (FN 46), Art. 256 N 4 ff.

64 Vgl. Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2011, Art. 316 N 7.

65 Vgl. Freiburghaus/Afheldt (FN 48), Art. 327 N 5.

66 Vgl. Stefan Heimgartner/Hans Wiprächtiger, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Basel 2011, Art. 57 N 6 ff.

67 Vgl. vorne Kapitel II.A sowie Naegeli (FN 57), Art. 229 N 9.

68 Leuenberger (FN 62), Art. 229 N 9 mit weiteren Belegstellen; Michael Widmer, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Bern 2010, Art. 229 N 13; Rafael Klingler, Die Eventualmaxime in der schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, Rz 420; gleich wohl auch Laurent Killias, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 229 N 17.

69 Eine abweichende Auffassung vertreten etwa Pahud (FN 47), Art. 229 N 9 und wohl auch Sylvia Frei/Daniel Willisegger, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, Basel 2011, Art. 229 N 10.

70 Vgl. das dem bereits zitierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich (vgl. FN 56) zugrundeliegende Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich.

III. Forderungen de lege ferenda

Es ist damit zumindest im Zivilprozessrecht absolut essentiell, dass hinsichtlich der vorne aufgezeigten Fragen[71] im Sinne der folgenden Zusammenfassung Klarheit geschaffen wird:

- Der Zivilrichter soll auf einen entsprechenden Antrag einer Partei Frist für die Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme ansetzen.
- Ein solcher Antrag ist in einem Summarverfahren innert einer Frist von zehn Tagen, im ordentlichen Verfahren innert einer Frist von mindestens zwanzig Tagen zu stellen.
- Die entsprechende Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Partei nicht nur Kenntnis vom Inhalt der Eingabe der Gegenseite hat, sondern auch wissen muss, dass das Gericht auf die Anordnung eines weiteren Parteivortrags verzichtet hat und damit die Prüfung der Notwendigkeit, vom Replikrecht Gebrauch zu machen, den Parteien überlässt.
- Die Frage, welcher Zeitraum der Partei für die Ausarbeitung der Stellungnahme zur Verfügung gestellt wird, kann nicht abstrakt beantwortet werden. Richtschnur sind die Verfahrensart, der Umfang der vorausgegangenen Rechtsschrift und insbesondere deren Novendichte.

Da angesichts der wachsenden Bedeutung des Replikrechts die Zeit für die Schaffung der notwendigen Rechtssicherheit drängt und es das Bundesgericht bis anhin unterlassen hat, die diversen offenen Fragen einer umfassenden Klärung zuzuführen, erscheint es u.E. als angezeigt, dass der Gesetzgeber sich dieser Angelegenheit annimmt. Mit einer klaren gesetzlichen Regelung könnte zudem auch verhindert werden, dass sich nicht anwaltlich vertretene Parteien gestützt auf die EMRK-Rechtsprechung darauf berufen können, bei einer blossen Zustellung von Rechtsschriften zur Kenntnisnahme nichts von ihrem Replikrecht gewusst zu haben[72]. Wird das Replikrecht nämlich gesetzlich verankert, muss sich jede Partei (anwaltlich vertreten oder nicht) anrechnen lassen, Kenntnis von diesem Recht gehabt zu haben[73].

Dabei müsste im Rahmen des Zivilprozessrechts wohl lediglich eine Revision der ZPO vorgenommen werden, mit welcher in einem allgemeinen Teil und mit Wirkung für alle Verfahrensarten die in diesem Aufsatz behandelten offenen Punkte beantwortet werden.

Eine Revision des BGG ist hingegen weniger dringlich, schafft das Bundesgericht mit seiner dargestellten neuen Praxis (Zustellung der Rechtsschrift mit Fristansetzung für allfällige unaufgeforderte Stellungnahme)[74] für das bundesgerichtliche Rechtsmittelverfahren doch mittlerweile genügend Rechtssicherheit und kommt dem Replikrecht vor der zweiten Rechtsmittelinstanz im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren zweifellos eine geringere Bedeutung zu.

---

[71] Vgl. Kapitel I.B.

[72] Vgl. Kapitel I.A.

[73] Vgl. den Entscheid *Schaller-Bossert v. Schweiz,* in welchem der EGMR hervorhob, dass eine nicht anwaltlich vertretene Partei bei einer Zustellung von Rechtsschriften zur Kenntnisnahme dann nicht von einem Replikrecht ausgehen könne, wenn die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen keine Möglichkeit einer weiteren Rechtsschrift vorsehen.

[74] Vgl. vorne, Kapitel I.B.1.