



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2017.4
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	16.11.2017
<b>Entscheiddatum:</b>	16.11.2017

### Entscheid Kantonsgericht, 16.11.2017

**Art. 52, Art. 124 Abs. 1, Art. 229 ZPO (SR 272); Art. 29 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101). Nach Aktenschluss können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. "Ohne Verzug" im Sinn dieser Bestimmung bedeutet "sofort", wobei in der Regel von einer Zehntagesfrist seit Entdeckung auszugehen ist. Dies gilt auch dann, wenn die klagende Partei auf neue Vorbringen in der Duplik ihrerseits mit Noven reagieren will; damit kann sie daher nicht bis zur Hauptverhandlung zuwarten (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 16. November 2017, BO.2017.4).**

#### Erwägungen (Auszug)

3.a) Im Zivilprozess haben die Parteien das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen zu behaupten und Beweise einzureichen bzw. zu beantragen, sei es im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels, sei es in einem einfachen Schriftenwechsel mit anschliessender mündlicher Replik und Duplik in einer Instruktions- oder der Hauptverhandlung. Nachdem die Parteien die Möglichkeit gehabt haben, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise einzubringen, tritt der Aktenschluss ein. Neue Tatsachen und Beweismittel und allgemein neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, sog. Noven, können ab diesem Zeitpunkt nur noch beschränkt vorgebracht werden. Die Voraussetzungen dafür sind in Art. 229 Abs. 1 ZPO geregelt. Danach werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (lit. a; echte Noven) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (lit. b; unechte Noven; vgl. zum Ganzen BGE 140 III 312 E. 6; Leuenberger, in:



Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 229 N 4 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.108; Reut, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 24, Zürich/St.Gallen 2017, N 242 ff.).

b) "Ohne Verzug" (Art. 229 Abs. 1 ZPO) bedeutet "sofort" (Botschaft ZPO, S. 7341), d.h. "unverzüglich nach der Entdeckung" (Leuenberger, ZPO Komm., Art. 229 N 9). Die herrschende Lehre und die kantonale Rechtsprechung gehen dabei in der Regel von einer Zehntagesfrist seit Entdeckung aus, innert welcher die Noven eingebracht werden müssen (das Bundesgericht hat sich dazu soweit ersichtlich noch nicht verbindlich geäußert, offen gelassen z.B. in BGer 4A\_707/2016 E. 3.3.2; vgl. aber z.B. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 27. März 2014 i.S. BO.2013.29, E. II. 3; Entscheid des Handelsgerichts Aargau vom 5. März 2014, E. 2.2, in sic! 2014, S. 545 ff.; Leuenberger, ZPO Komm., Art. 229 N 9a; Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 727; Müller, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 2014, 369 ff., 370; Reut, a.a.O., N 162; vgl. auch die Richtlinien des Kantonsgerichts St. Gallen vom 9. Mai 2014 zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung, Ziff. 2.7 [Richtlinien]). Wird länger zugewartet, können die neuen Vorbringen bzw. Beweismittel nicht mehr zugelassen werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um echte oder unechte Noven handelt. Diese Zehntagesregel gilt nach herrschender Auffassung auch und gerade für den Fall, dass die klagende Partei auf Noven in der Duplik reagieren will, welche sie dazu veranlassen, ihrerseits Noven vorzutragen. Auch in dieser Konstellation hat die klagende Partei ihre neuen Vorbringen demnach "ohne Verzug", d.h. grundsätzlich innert der erwähnten Zehntagesfrist, mittels Noveneingabe in den Prozess einzuführen (vgl. aus der Rechtsprechung den Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 13. Mai 2013, E. III.3, in ZR 2013 Nr. 35; bestätigt im Entscheid vom 14. April 2014, E. 3, in ZR 2014 Nr. 54; Entscheid des Handelsgerichts Aargau vom 5. März 2014, E. 2.2, in sic! 2014, S. 545 ff.; Richtlinien, Ziff. 2.7 zur Praxis im Kanton St. Gallen; s. aus der Literatur Engler, OFK-ZPO, Art. 229 N 4; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 229 N 4; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 11.110 a.E.; Reut, a.a.O., N 157 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 10 N 49; Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 374; CPC-Tappy, Art. 229 N 9, jedoch ohne die Frist auf 10 Tage fixieren zu wollen). Entgegen der Auffassung der Klägerin kann mit den neuen



Vorbringen also nicht einfach bis zur Hauptverhandlung zugewartet werden. Ein solches Vorgehen wäre mit dem Beschleunigungsgebot (Art. 124 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 1 BV) nicht vereinbar, zumal möglich ist, dass die Hauptverhandlung Wochen oder gar – wie im vorliegenden Fall – Monate nach dem zweiten Schriftenwechsel bzw. der letzten Instruktionsverhandlung stattfindet. Kommt hinzu, dass es der Gegenpartei oftmals nicht zuzumuten wäre, an der Hauptverhandlung sofort auf die Noven zu reagieren, weil dies regelmässig weit mehr Zeit in Anspruch nehmen würde. Unter diesem Blickwinkel wäre es nicht selten treuwidrig (Art. 52 ZPO), wenn mit dem Vorbringen von Noven bis zur Hauptverhandlung zugewartet werden könnte (überzeugend Leuenberger, ZPO Komm., Art. 229 N 9). An diesen Überlegungen vermögen der insoweit nicht ganz klare Wortlaut von Art. 229 ZPO, auf den die Klägerin sich beruft, sowie die in diese Richtung zielenden Literaturstimmen, welche ein Zuwarten bis zur nächsten von der ZPO vorgesehenen prozessualen Äusserungsmöglichkeit zulassen (so insbesondere KUKO ZPO-Naegeli/Mayhall, Art. 229 N 10; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 11 a.E. und N 16; BSK ZPO-Willisegger, Art. 229 N 34; gleicher Ansicht wohl auch Schmid/Hofer, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, 292 f.), nichts zu ändern.

c) Vorliegend fand nach Abschluss des ersten Schriftenwechsels am 4. Januar 2016 eine Instruktionsverhandlung namentlich zum Zweck, Vergleichsgespräche zu führen, statt; zudem wurden den Parteien Substantiierungshinweise im Hinblick auf den vorgesehenen zweiten Schriftenwechsel gegeben. Ein Vergleich kam nicht zustande, woraufhin der zweite Schriftenwechsel angeordnet und durchgeführt wurde, welcher mit Zugang der Duplik bei der Klägerin am 10. Mai 2016 abgeschlossen wurde. In diesem Zeitpunkt war nach dem vorstehend Gesagten der Aktenschluss eingetreten. Neue Tatsachen bzw. Beweismittel waren entsprechend nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig. Insbesondere hätten sie "unverzüglich", d.h. innert der erwähnten Zehntagesfrist mittels Noveneingabe, in den Prozess eingebracht werden müssen. Davon ist offenkundig auch die Vorinstanz ausgegangen, die zwar nicht ausdrücklich Frist ansetzte, nach abgeschlossenem Schriftenwechsel allerdings – bezeichnenderweise – genau zehn Tage zuwartete, bevor sie mit der Terminfestsetzung der anstehenden Hauptverhandlung begann und dies den Parteien im Zusammenhang mit der Zustellung der Duplik an die Klägerin auch so mitteilte.



Demgegenüber ist die Klägerin diesem Erfordernis klarerweise nicht nachgekommen. Sie wartete mit ihrer "Stellungnahme zu den Noven", mit welcher sie ihrerseits zahlreiche Noven in den Prozess einzubringen versuchte, bis zur Hauptverhandlung am 8. September 2016 zu; dies obwohl sämtliche von ihr eingebrachten Tatsachen bzw. Beweismittel – anerkanntermassen – bereits vor dem Aktenschluss vorhanden gewesen und ihr wohl auch bekannt waren, weshalb diese ohne weiteres bereits im Rahmen der Klage oder spätestens der Replik hätten vorgebracht werden können. Dies geht – wie gezeigt (lit. b hievor) – nicht an, zumal keine Gründe geltend gemacht (oder ersichtlich) sind, weshalb es ihr nicht zumutbar gewesen wäre, die entsprechenden Tatsachen oder Beweise früher vorzubringen. Demgemäss hat die Vorinstanz die von der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vorgebrachten Noven zu Recht unberücksichtigt gelassen. ...

d) Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch klargestellt, dass die Klägerin ihre anlässlich der Hauptverhandlung vorgebrachten Noven auch nicht unter dem Titel des vom Bundesgericht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV (und in Umsetzung der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK) entwickelten "unbedingten Replikrechts" rechtmässig in den Prozess hat einführen können (grundlegend für dieses Institut BGE 132 I 42 und 138 I 484; vgl. aus der Lehre Hunsperger/Wicki, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, AJP 2013, 975 ff.). Denn danach ist zwar jede Partei berechtigt, 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 enthält bzw. ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag (vgl. Hunsperger/ Wicki, a.a.O., 976). Doch sind die aufgrund des Replikrechts vorgetragene neuen Tatsachen und Beweismittel gleichwohl nur dann zu berücksichtigen, "wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden durften" (Leuenberger, ZPO Komm, Art. 225 N 17d). Anders ausgedrückt besteht nach der Rechtsprechung zwar ein voraussetzungsloses bzw. unbedingtes Replikrecht, keineswegs aber ein voraussetzungsloses bzw. unbedingtes Novenrecht. Auch unter diesem Blickwinkel bleibt es daher dabei, dass die Vorinstanz die von der Klägerin an der Hauptverhandlung neu eingebrachten Tatsachen und Beweismittel zu Recht nicht berücksichtigt hat. Mithin ist im Folgenden auf die



Sachdarstellung der Klägerin, die vor der vorinstanzlichen Hauptverhandlung in den Rechtsschriften erfolgte, und die dazu offerierten Beweise, abzustellen.