



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_61/2017](#) vom 31. August 2017  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

De | Fr | It |

## Noveneingaben – Zulassungsprüfung und Verhältnis zum Replikrecht

### Autor / Autorin

Matthias Lindner

Malou Hübscher-Middendorp

**RÜESCH & MÜLLER**  
RECHTSANWÄLTE

### Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli



*Die Frage, ob Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO «ohne Verzug» vorgebracht worden sind, ist unabhängig davon zu beantworten, ob die entsprechende Eingabe innert der Frist zur Ausübung des (aus der Bundesverfassung und der EMRK fliessenden) Replikrechts erfolgte. Über die Zulässigkeit einer Noveneingabe entscheidet das Kollegialgericht.*

### Sachverhalt und Erwägungen (nur soweit die Noveneingabe betreffend)

[1] Der Kläger klagte beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf Zahlung einer Forderung aus einem Softwarewartungsvertrag (Urteil des Bundesgerichts [4A\\_61/2017](#) vom 31. August 2017, A und B).

[2] Die Beklagte brachte erstmals mit der Duplik die Verrechnung mit einer Gegenforderung vor. Der Kläger reichte rund 30 Tage nach Zustellung der Duplik eine Eingabe mit Bestreitungen bezüglich der geltend gemachten Verrechnung ein.

[3] Das Handelsgericht stellte in seinem Entscheid auf die Bestreitungen in der nachträglichen Eingabe des Klägers ab. Es betrachtete die Eingabe als zulässig. Die Rechtsprechung gehe für das sogenannte (unbedingte) Replikrecht zwar von einer zulässigen Frist von 10 bis 20 Tagen aus, nach deren Ablauf von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden könne. Da die praxisgemässe Bandbreite nur wenig überschritten sei und zufolge der fehlenden anwaltlichen Vertretung des Klägers, sei die Eingabe aber noch rechtzeitig erfolgt (Urteil des Bundesgerichts [4A\\_61/2017](#) vom 31. August 2017, E. 6.1.).

[4] Die Beklagte machte vor Bundesgericht geltend, das Handelsgericht hätte die genannte Eingabe nicht mehr

berücksichtigen dürfen (E. 6.2.1.). Das Bundesgericht stellte klar, dass der Ablauf der Zeitdauer, während der das Gericht die allfällige Wahrnehmung des sogenannten unbedingten Replikrechts (Art. 29 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung, [BV](#); [SR 101](#) und Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, [EMRK](#); [SR 0.101](#)) abwarten müsse, nicht bedeute, dass das Gericht eine später eingegangene Eingabe nicht mehr berücksichtigen dürfe. Das Handelsgericht habe die betreffende Eingabe deshalb unabhängig von der verstrichenen Zeit von rund einem Monat (seit Zustellung der Duplik) berücksichtigen dürfen. Mangels einer diesbezüglichen Rüge prüfte das Bundesgericht allerdings nicht, ob die Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 der Zivilprozessordnung ([ZPO](#); [SR 272](#)) «ohne Verzug» vorgebracht worden waren. Es hielt aber fest, dass die für die Ausübung des unbedingten Replikrechts einzuräumende Zeitspanne dabei nicht massgeblich gewesen wäre. Zudem führte das Bundesgericht auch aus, dass es sich jedenfalls um inhaltlich zulässige Noven gehandelt habe, da die Beklagte die Verrechnung erst in der Duplik vorgebracht habe (E. 6.2.2.).

[5] Weiter machte das Bundesgericht Ausführungen dazu, wie bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Noveneingabe vorzugehen ist. Mit Verweis auf die insoweit einhellige Lehre hielt es fest, dass über die Zulässigkeit einer Noveneingabe nicht der Verfahrensleiter, sondern das Kollegialgericht entscheidet. Zudem verwies das Bundesgericht auf die folgenden drei in der Lehre postulierten Arten des prozessualen Vorgehens. Gemäss Bundesgericht sind alle diese Vorgehen zulässig und geeignet, das rechtliche Gehör zu gewähren:

- Entscheid über die Zulässigkeit von Noveneingaben im Endentscheid ohne vorgängige prozessleitende Verfügung;
- (Vorläufiger) Entscheid über die Zulässigkeit durch prozessleitende Verfügung mit Zustellung an die Gegenpartei zur (allfälligen) Stellungnahme bei positivem Entscheid; diese prozessleitende Verfügung kann aber vom Kollegialgericht noch umgestossen werden. Wird eine vom Instruktionsrichter nicht zugelassene Noveneingabe vom Kollegialgericht berücksichtigt, ist der Gegenpartei zunächst noch das rechtliche Gehör zu gewähren;
- Entscheid über die Zulässigkeit durch eine «prozessleitende Verfügung» des Kollegialgerichts.

### **Verhältnis von Noveneingaben zum Replikrecht bei neuen Behauptungen in der Duplik**

[6] Wird der Klägerin im ordentlichen Verfahren eine Duplik zugestellt, die neue Behauptungen enthält, so steht ihr einerseits (unabhängig von den neuen Behauptungen) das unbedingte Replikrecht zu (d.h. das Recht, sich zur Duplik zu äussern, bevor das Gericht entscheidet). Gleichzeitig hat sie das Recht, zu den neuen Behauptungen der beklagten Partei – trotz grundsätzlicher Novenschranke nach Abschluss des Schriftenwechsels – ihrerseits neue Behauptungen und Beweismittel vorzubringen. Dies musste sie mit der Klage und Replik trotz zumutbarer Sorgfalt nicht tun, weil die neuen Vorbringen der beklagten Partei damals noch nicht Teil des Prozessstoffs waren. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b [ZPO](#) für die Zulässigkeit von (unechten) Noven erfüllt (falls sie ohne Verzug vorgebracht wurden). Diese Konstellation lag im besprochenen Fall exemplarisch vor: Die beklagte Partei behauptete mit der Duplik neu eine Gegenforderung und machte Verrechnung geltend. Der Kläger hatte zuvor keine Veranlassung gehabt, diese angebliche Gegenforderung zu thematisieren und war diesbezüglich – neben seinem unbedingten Replikrecht – zu einer Noveneingabe befugt. Bisher nicht geklärt war die Frage, ob sich die Fristen für die Ausübung des Replikrechts und das Einreichen der Noveneingabe decken (so z.B. RETO HUNSPERGER/JODOK WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik, AJP 2017, S. 456 m.w.H.). Das Bundesgericht hat nun festgehalten, dass die Fristen unabhängig voneinander zu berechnen sind. Für beide Fristen gleich ist aber (bei neuen Behauptungen in der Duplik) weiterhin, dass sie mit der Zustellung der Duplik zu laufen beginnen und ihre Dauer ohne Fristansetzung durch das Gericht im Vorherein ungewiss ist. Die vorsichtige Partei wird daher weiterhin (sowohl zur Ausübung ihres Replikrechts als auch zur Einbringung der entsprechenden Noven) entweder rasch eine Eingabe machen (im Zweifelsfall in- nert 10 Tagen) oder um eine Fristansetzung ersuchen müssen.

[7] Der Klägerin ist es zwar grundsätzlich unbenommen, gestützt auf ihr Replikrecht nach Erhalt der Duplik eine

weitere Eingabe einzureichen. Doch ob das Gericht Tatsachenbehauptungen und/oder Beweismittel noch zu beachten hat, bestimmt sich nach dem Novenrecht (vgl. DOMINIK BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenabschluss – endloser Weg zur Spruchreife, SJZ 2015, S. 520). Die Klägerin sollte daher in ihrem eigenen Interesse nicht einfach gestützt auf ihr Replikrecht eine weitere umfangreiche Rechtsschrift einreichen, sondern sich bewusst machen und zuhanden des Gerichts mit der Eingabe auch begründen, weshalb allfällige Tatsachenbehauptungen prozessual zulässig sind. Handelt es sich um blosser Wiederholungen aus Klage und Replik, ist ein entsprechender Verweis auf die konkrete Stelle in den Rechtsschriften angebracht (hier dürfte sich allerdings die Frage nach dem Nutzen einer solchen Eingabe stellen). Falls es sich bei den Behauptungen hingegen um Noven handelt, sollte die Klägerin darlegen, weshalb es sich unter dem Aspekt des Novenrechts um zulässige neue Tatsachenbehauptungen resp. Beweismittel handelt (vgl. CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 229 N. 10).

[8] Weiterhin nicht geklärt hat das Bundesgericht die Frage, ob bei neuen Behauptungen in der Duplik, welche aus Sicht der Klägerin neue Behauptungen ihrerseits (bzw. mindestens Bestreitungen) notwendig machen, überhaupt eine Noveneingabe («ohne Verzug», vgl. Art. 229 Abs. 1 [ZPO](#)) erforderlich ist (so die überwiegende Lehre und Rechtsprechung, vgl. anstatt vieler CHRISTOPH REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, N. 157 ff. m.w.H.) oder ob die Klägerin bis zur nächsten im Prozess vorgesehenen Äusserungsmöglichkeit (i.d.R. die Hauptverhandlung) zuwarten kann (so ein kleinerer Teil der Lehre, zuletzt mit ausführlicher Begründung JEAN-DANIEL SCHMID/THOMAS HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 282 m.w.H.). Von Letzterem kann eine Partei vorsichtshalber nicht ausgehen, weshalb Noveneingaben in dieser Situation weiterhin unumgänglich sind (so auch SCHMID/HOFER a.a.O., S. 299).

[9] Das bedeutet aber, dass zu neuen Behauptungen resp. Beweismitteln in der Duplik stets unverzüglich Stellung zu nehmen ist und mit einer Eingabe nicht beliebig zugewartet werden kann. Erkennt das Gericht nach Eingang der Duplik von selber oder nach entsprechendem Antrag auf Fristansetzung durch die Klägerin, dass die Duplik neue entscheidenerhebliche Tatsachen enthält, welche eine Stellungnahme der Klägerin (zumindest entsprechende diesbezügliche Bestreitungen) erfordern, sollte das Gericht der Klägerin dafür eine Frist ansetzen. Wenn die neuen Behauptungen in der Duplik zahlreich oder komplex sind, kann dafür auch eine Frist angemessen sein, welche deutlich über die für die Ausübung des unbedingten Replikrechts üblichen 10 oder 20 Tage hinausgeht.

[10] Weiter stellt sich die Frage, wann sich eine Partei überhaupt veranlasst sehen sollte, eine Eingabe in alleiniger Ausübung des unbedingten Replikrechts bei Gericht einzureichen. Streng genommen kann es sich bei einer solchen Eingabe nur um Wiederholungen des bereits Vorgetragenen handeln (sobald neue Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, liegt ja eine eigentliche Noveneingabe vor). Solche Eingaben dürften selten dem Verfahren und dem Interesse einer Partei dienlich sein.

### **Prozessuales Vorgehen bei Noveneingaben**

[11] Das Bundesgericht hat die drei oben genannten Varianten zur Beurteilung der Zulässigkeit von Noveneingaben als gleichermassen zulässig bezeichnet. Es stellt sich damit die Frage, ob eine dieser Varianten aus Sicht des Praktikers vorzuziehen ist. Nicht der bisherigen Gerichtspraxis entsprechen dürfte die letztgenannte Variante («prozessleitende Verfügung» durch Kollegialgericht). Die Prozessleitung wird aus naheliegenden Gründen (Effizienz, Fachwissen und Erfahrung in der Prozessführung) wohl in allen Kantonen an den Instruktionsrichter delegiert (vgl. z.B. im Kanton Aargau § 16 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, [EG ZPO](#); [SAR 221.200](#)). Ein prozessleitender Entscheid durch das Kollegialgericht erscheint zwar unpraktisch und systemfremd. Nichtsdestotrotz würde ein solcher prozessleitender Entscheid den Parteien Gewissheit über die Zulässigkeit der Noveneingabe bieten, wodurch zumindest die Entstehung weite-

rer Prozesskosten vermieden würde. In Fällen, in welchen der Instruktionsrichter auch als Einzelrichter für den Endentscheid zuständig ist, liegt es nahe, dass er über die Zulässigkeit einer Noveneingabe bereits mit prozessleitender Verfügung und nicht erst im Endentscheid befindet.

[12] Die anderen beiden Varianten erscheinen beide praktikabel, wobei auch diese jeweils ihre Vor- und Nachteile haben.

[13] Die erste Variante (Beurteilung der Zulässigkeit erst im Endentscheid) hat für den Instruktionsrichter den Vorteil, dass er sich den Aufwand für die prozessleitende Verfügung spart. Dieser kann bei grossen Verfahren erheblich sein, wenn er die umfangreichen Rechtsschriften einer Partei danach absuchen muss, ob eine Behauptung bereits früher im Verfahren getätigt worden ist oder ob sie neu ist. Im Endentscheid kann die Frage häufig offen gelassen werden, da sich die fragliche Behauptung als nicht entscheidenderheblich erweist. Für die Gegenpartei hingegen hat diese Variante den Nachteil, dass sie mangels prozessleitender Verfügung nicht darauf vertrauen kann, dass ein Novum vom Gericht als unzulässig erkannt wird, und sie sich deshalb vorsichtshalber inhaltlich dazu äussern muss.

[14] Umgekehrt entsteht bei der zweiten Variante (prozessleitende Verfügung, welche vom Kollegialgericht umgestossen werden kann) beim Instruktionsrichter der Aufwand für die prozessleitende Verfügung, während sich die Gegenpartei dafür den Aufwand für eine vorsichtshalber eingereichte inhaltliche Stellungnahme sparen kann. Nachteilig ist jedoch, dass stets die Gefahr einer Prozessverzögerung besteht, wenn das Gesamtgericht eine negative prozessleitende Verfügung umstösst und der Gegenpartei nachträglich das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Fällt das Kollegialgericht den Beschluss, die bereits ergangene Verfügung des Instruktionsrichters umzustossen, und stellt es die nachträglich als zulässig befundene Noveneingabe der Gegenpartei zur Stellungnahme zu, stellt sich die Frage, ob die von der Gegenpartei in ihren Bestreitungen neu vorgetragene Tatsachen den gesetzlichen Anforderungen von Art. 229 [ZPO](#) genügen und als «ohne Verzug» vorgetragen gelten. Dies ist nach dem Massstab der zumutbaren Sorgfalt (Art. 229 Abs. 1 lit. b [ZPO](#)) wohl regelmässig zu bejahen, soweit sich ihre Noven auf den von der Gegenpartei neu geschaffenen Prozessstoff beschränken. Wird der betroffenen Partei dagegen mit einer prozessleitenden Verfügung angezeigt, dass die von der Gegenpartei vorgebrachten Noven einstweilen als unzulässig betrachtet werden, darf die Partei vorerst darauf vertrauen. Sodann dürfte ein «Kehrbeschluss» des Kollegialgerichts, soweit es sich bei den weiteren Mitgliedern des Kollegialgerichts um Laien handelt, in der Praxis kaum vorkommen. Die Laienmitglieder werden in einer prozessrechtlichen Frage in der Regel dem Instruktionsrichter folgen.

[15] Eine im hier besprochenen Entscheid nicht thematisierte Vorgehensvariante mit dem Ziel, unnötigen Aufwand sowohl auf Seiten der Parteien als auch des Gerichts zu vermeiden, wäre möglicherweise die Folgende. Geht beim Gericht in einem Zeitpunkt, in welchem Noven nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 [ZPO](#) zulässig sind, eine Eingabe ein und enthält die Eingabe nicht auf den ersten Blick erkennbare zulässige Noven, erlässt der Instruktionsrichter ohne vertiefte Abklärung eine entsprechende Verfügung. Er hält in dieser Verfügung fest, dass die vorgetragene Tatsachenbehauptungen resp. die eingereichten Beweismittel vorläufig als unerheblich oder unzulässige Noven betrachtet würden. Zugleich werden die Parteien darauf hingewiesen, dass der betroffenen Partei Frist zur Stellungnahme angesetzt werde, sobald das Gericht entgegen dieser vorläufigen Verfügung erwäge, auf eine neue Behauptung oder ein neues Beweismittel in der Eingabe abzustellen. Ergibt sich im Rahmen der Fallbearbeitung durch den Referenten oder bei der Beratung des Kollegialgerichts, dass die Eingabe tatsächlich ein entscheidenderhebliches Novum enthält, wäre der Gegenpartei Frist anzusetzen, um dazu Stellung zu nehmen. Sie könnte zu jenem Zeitpunkt das entsprechende Novum auch noch mit eigenen Behauptungen oder Beweismitteln bestreiten.

**Zitiervorschlag:** Matthias Lindner / Malou Hübscher-Middendorp, Noveneingaben – Zulassungsprüfung und Verhältnis zum Replikrecht, in: dRSK, publiziert am 24. Oktober 2017

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**www.weblaw.ch**