

# **BGer 4A 338/2017 vom 24. November 2017**

Bundesgericht, 2017-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_338\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_338_2017)

FR: TF 4A 338/2017 du 24 novembre 2017

IT: TF 4A 338/2017 del 24 novembre 2017

## **Regeste**

Architekturvertrag; Noven | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das in einer Zivilsache ( Art. 72 BGG ) als Rechtsmittelinstanz entschieden ( Art. 75 BGG ) und die Anträge der Beschwerdeführerin abgewiesen hat ( Art. 76 Abs. 1 BGG ). Der Streitwert ist erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) ist eingehalten.

### **E. 1.2**

Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Da die Beschwerde an das Bundesgericht ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), ist grundsätzlich ein materieller Antrag erforderlich. Immerhin sind die Rechtsbegehren unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ( BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 136; 134 III 235 E. 2 S. 236; 133 II 409 E. 1.4.2). Anträge auf Aufhebung und Rückweisung genügen ausnahmsweise dann, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung nicht selbst in der Sache entscheiden könnte ( BGE 136 V 131 E. 1.2; 134 III 379 E. 1.3 S. 383; 133 III 489 E. 3.1). Die Beschwerdeführerin beantragt lediglich die Aufhebung des angefochtenen Urteils und eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Sie rügt indessen eine Verletzung von Art. 229 ZPO und bringt vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht Noven der Beschwerdegegnerin berücksichtigt. Sollte sich diese Rüge als begründet erweisen, wäre die Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung ohne Berücksichtigung der Noven zurückzuweisen. Damit genügt der Antrag der Beschwerdeführerin. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist - unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) - einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 229 ZPO , weil die Vorinstanz Urkunden berücksichtigt habe, welche die Beschwerdegegnerin erst nach dem ersten Schriftenwechsel und einer Instruktionsverhandlung im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels eingereicht habe. Der Aktenschluss sei nach der Instruktionsverhandlung eingetreten, hätten doch die Parteien nach BGE 140 III 312 nur zwei Mal die Möglichkeit, unechte Noven vorzubringen.

### **E. 2.1**

Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen ( Art. 150 Abs. 1 ZPO ). Dies setzt entsprechende, substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die von der Gegenseite genügend substantiiert bestritten werden (Urteil 4A\_299/2015 vom 2. Februar 2016 E. 2.3 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 142 III 84 ; zu den Anforderungen an die Substanziierung von Bestreitungen - die tiefer sind als die Anforderungen an die Substanziierung von Behauptungen - vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438). Andernfalls besteht vorbehältlich Art. 153 ZPO kein Raum für eine Beweisabnahme (Urteile 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1; 4A\_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.4). Das Beweisverfahren dient also nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (Urteil 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1). Eine Beweisofferte muss sich dabei eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lassen und umgekehrt (Urteile 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3; 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2). In welchem Prozessstadium die Parteien Tatsachen zu behaupten und zu bestreiten sowie ihre Beweismittel einzureichen haben, ergibt sich aus Art. 221 bis 226 ZPO sowie Art. 229 Abs. 2 ZPO und in Bezug auf neue Tatsachen und Beweismittel aus Art. 229 Abs. 1 ZPO (erstinstanzliches Verfahren) bzw. Art. 317 Abs. 1 ZPO (Berufungsverfahren). Nach der Rechtsprechung kann sich jede Partei nur zweimal unbeschränkt äussern: Ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels; ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder - wenn kein solcher durchgeführt wird - an einer Instruktionsverhandlung ( Art. 226 Abs. 2 ZPO ) oder "zu Beginn der Hauptverhandlung" ("à l'ouverture des débats principaux", "all'inizio del dibattimento") vor den ersten Parteivorträgen ( Art. 229 Abs. 2 ZPO ) (insofern unpräzis BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 S. 314). Wäre es möglich, an einer einem doppelten Schriftenwechsel folgenden Instruktions- oder Hauptverhandlung oder nach einem einfachen Schriftenwechsel mit anschliessender Instruktionsverhandlung noch unbeschränkt Tatsachen vorzubringen, wäre die Eventualmaxime in das Ermessen des Gerichts gestellt und eine Partei wüsste von vornherein nie, wann der Aktenschluss eintritt (vgl. BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 S. 314 f.). Ein solches Vorgehen widerspricht einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf. Die Parteien haben mithin nur zweimal das Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen ( BGE 143 III 297 E. 6.6 S. 312; 141 III 481 E. 3.2.4 S. 486).

## **E. 2.2**

Das Bezirksgericht lud die Parteien am 9. Oktober 2014 zu einer Instruktionsverhandlung vom 18. November 2014 vor. Die Vorladung enthielt folgende Hinweise: "Die Instruktionsverhandlung ist vorgesehen für: - Noven - Vergleichsverhandlungen Die Verhandlung wird auch bei Säumnis einer Partei durchgeführt (vgl. Art. 147 Abs. 2 ZPO ). Die säumige Partei wird in einer allfälligen späteren Hauptverhandlung ihre Rechtsschriften nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen des Novenrechts ( Art. 229 Abs. 1 ZPO ) ergänzen können." Dem Protokoll der Instruktionsverhandlung lässt sich u.a. was folgt entnehmen: "[Der Instruktionsrichter] erläutert den Parteien, dass die heutige Verhandlung Vergleichsgesprächen dienen soll und kein mündlicher zweiter Rechtsschriftenwechsel durchgeführt wird. Falls heute keine Lösung gefunden werde, folge ein schriftlicher zweiter Rechtsschriftenwechsel. Keine Noven der Klägerin Noven Urkunden der Beklagten: [verschiedene Urkunden] (...) [Aufforderung zur Einreichung einer schriftlichen Replik.]"

### **E. 2.3.1**

Nach den Erwägungen der Vorinstanz ist die Androhung in der Vorladung zur Instruktionsverhandlung, wonach später Noven nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen des Novenrechts ( Art. 229 Abs. 1 ZPO ) vorgebracht werden könnten, nicht zum Tragen gekommen, da beide Parteien an der Verhandlung teilgenommen hätten.

#### **E. 2.3.2**

Der Vorladung zur Instruktionsverhandlung konnten die Parteien entnehmen, dass die Verhandlung für "Noven" und "Vergleichsverhandlungen" vorgesehen war. Daraus mussten die Parteien schliessen, dass ihnen Gelegenheit zur Einreichung neuer Beweismittel gewährt werde. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist auch der Hinweis relevant, wonach eine säumige Partei in einer allfälligen späteren Hauptverhandlung ihre Rechtsschriften nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen des Novenrechts ( Art. 229 Abs. 1 ZPO ) ergänzen könne. Zwar war keine Partei säumig, aus dem Hinweis lässt sich aber klar entnehmen, die Instruktionsverhandlung solle eine letzte Gelegenheit zur Einreichung neuer Beweismittel bieten und die Partei, welche diese Gelegenheit verpasse, könne nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO Noven einreichen. Insgesamt ergab sich damit aus der Vorladung klar, dass den Parteien an der Instruktionsverhandlung die von der ZPO vorgesehene zweite (und letzte) unbeschränkte Möglichkeit zur Einreichung neuer Beweismittel gegeben werden sollte. Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Vernehmlassung zwar geltend, sie habe vor der Instruktionsverhandlung beim zuständigen Instruktionsrichter telefonisch nachgefragt und die Auskunft erhalten, für die Verhandlung sei "keine Replik und Duplik im Sinne eines zweiten Parteivortrags vorgesehen". Ob dies zutrifft und dieses neue Vorbringen zulässig ist, kann indessen offenbleiben, weil die Beschwerdegegnerin daraus nicht schliessen durfte, sie könne neue Beweismittel nach der Instruktionsverhandlung noch unbeschränkt einreichen (dazu sogleich E. 2.4). Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Vorladung wie soeben ausgeführt in dieser Hinsicht klar formuliert war.

#### **E. 2.4.1**

An der Instruktionsverhandlung hat der Instruktionsrichter die Parteien darauf aufmerksam gemacht, dass an der Verhandlung kein mündlicher zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werde. Nach Ansicht der Vorinstanz liessen sich dem Protokoll keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Parteien während der Verhandlung hätten replizieren und duplizieren sowie unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel hätten vorbringen können. Allein aus der Entgegennahme neuer Urkunden könne dies nicht gefolgert werden, zumal an einer Instruktionsverhandlung nach Art. 226 Abs. 3 ZPO Beweise abgenommen werden könnten. Die Parteien hätten sich somit bis und mit Instruktionsverhandlung erst einmal (im ersten Schriftenwechsel) unbeschränkt äussern können. Selbst wenn man einräumen wollte, gestützt auf die Vorladung zur Instruktionsverhandlung habe nicht damit gerechnet werden können, dass ein zweiter Schriftenwechsel stattfinden würde, so habe dies den Parteien spätestens nach den Ausführungen des Instruktionsrichters zum Zweck der Instruktionsverhandlung klar werden müssen. Hätten sich die Parteien somit an der Instruktionsverhandlung nicht unbeschränkt äussern können, sei die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels zulässig gewesen. Das erstinstanzliche Gericht habe die mit der Replik eingereichten Beweismittel zu Recht zu den Akten genommen. Damit könne auf diese abgestellt werden.

#### **E. 2.4.2**

Der Instruktionsrichter hat an der Instruktionsverhandlung wie in der Vorladung angekündigt neue Beweismittel entgegengenommen. Gleichzeitig hat er den Parteien indessen keine Gelegenheit gegeben, sich zu ihren Beweismitteln zu äussern und allfällige neue Tatsachen vorzubringen, welche mit den neuen Beweismitteln nachgewiesen werden sollen. Diese Auftrennung von Einreichen neuer Beweismittel und Vorbringen neuer Tatsachen ist unzulässig. Die ZPO verlangt eine eindeutige Zuordnung eingereichter Beweismittel zu den damit zu beweisenden Tatsachenbehauptungen (vgl. oben E. 2.1). Dem Instruktionsrichter steht es zwar offen, eine Instruktionsverhandlung bloss zum Zweck von Vergleichsverhandlungen anzusetzen, womit die Verhandlung nicht als zweite Gelegenheit der Parteien zu unbeschränktem Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel dienen und der Aktenschluss anschliessend noch nicht eintreten würde; dies wäre in der Vorladung klar anzugeben. Werden die Parteien aber aufgefordert, neue Beweismittel einzureichen, so sollen sie auch die dazugehörenden Tatsachenbehauptungen, welche sie mit ihren neuen Beweismitteln beweisen wollen, vorbringen dürfen. Dies ist vorliegend nicht geschehen.

### **E. 2.4.3**

Die Verhaltensweise des Instruktionsrichters ist widersprüchlich. Während die Parteien nach der Vorladung im Rahmen der Instruktionsverhandlung das zweite Mal die Gelegenheit erhielten, neue Beweismittel unbeschränkt einzureichen, wurde ihnen im Rahmen dieser Vorbereitungsverhandlung verwehrt, die mit ihren neuen Beweismitteln zu beweisenden Tatsachen vorzutragen und es wurde ihnen eröffnet, es werde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob den Parteien - namentlich der Beschwerdegegnerin - aus Gründen des Vertrauensschutzes im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels noch einmal die Gelegenheit zu gewähren war, neue Beweismittel einzureichen. Dies ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht der Fall. Denn dies würde dazu führen, dass die Parteien zum dritten Mal die Möglichkeit gehabt hätten, unbeschränkt neue Beweismittel vorzubringen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. oben E. 2.1) haben die Parteien aber nur zweimal das Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Das unzulässige Vorgehen des Instruktionsrichters würde dazu führen, dass der Aktenschluss ins Ermessen des Gerichts gestellt würde, was nach der Praxis gerade nicht zulässig ist. Die Beschwerdegegnerin kann sich nicht darauf berufen, sie habe annehmen dürfen, es werde ihr ausnahmsweise zum dritten Mal Gelegenheit gegeben, neue Beweismittel einzureichen. Denn im Zeitpunkt der Instruktionsverhandlung war der erste Schriftenwechsel abgeschlossen und aus der Vorladung zur Instruktionsverhandlung ging eindeutig hervor, dass diese u.a. für das Einreichen neuer Beweismittel vorgesehen war. Dass die Parteien sich - unzulässigerweise - in dieser Verhandlung nicht auch zu ihren eigenen neuen Beweismitteln äussern durften, hinderte sie nicht an der gemäss Vorladung gebotenen Einreichung neuer Beweismittel. Die Beschwerdeführerin hat denn auch ihre neuen Beweismittel eingereicht; aus dem Protokoll geht hervor, dass der Beschwerdegegnerin diese Möglichkeit ebenfalls geboten wurde. Sie hat indessen die zweite und damit letzte Gelegenheit verpasst, neue Beweismittel ohne Einschränkung einzureichen. Wenn die Vorinstanz dennoch auf die im zweiten Schriftenwechsel - und damit erst bei der dritten Gelegenheit - eingereichten Beweismittel der Beschwerdegegnerin abstellte, ohne zu prüfen, ob die Noven ausnahmsweise nach Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig sind, hat sie Art. 229 ZPO verletzt.

### **E. 2.5**

Die Vorinstanz hat zu Unrecht nicht geprüft, ob die von der Beschwerdegegnerin im zweiten Schriftenwechsel eingereichten Noven die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen oder ob sie aus den Akten zu weisen sind. Der beantragte reformatorische Entscheid des Bundesgerichts ist hier nicht angezeigt (vgl. bereits oben E. 1.2). Die Sache ist zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 12. Mai 2017 ist aufzuheben und die Sache ist zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.