

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2021.86 vom 12. Mai 2022**

BS Appellationsgericht, 2022-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2021.86](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2021.86)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2021.86 du 12 mai 2022

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2021.86 del 12 maggio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde ist eine prozessleitende Verfügung der Zivilgerichtspräsidentin vom 3. Dezember 2021. Mangels gesetzlicher Anordnung ist die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) nur zulässig, wenn durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Gemäss der Praxis des Appellationsgerichts erfasst Art. 319 lit. b ZPO sowohl Nachteile rechtlicher Natur als auch solche rein tatsächlicher Natur. Die rechtliche Natur eines Nachteils setzt voraus, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Entscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt. Im Fall eines Nachteils rein tatsächlicher Natur setzt die Zulässigkeit der Beschwerde voraus, dass die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. Die Beschwerdeführerin hat substantiiert zu behaupten und zu beweisen, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, sofern dies nicht offenkundig ist (AGE BEZ.2021.14 vom 25. August 2021 E. 1.1, BEZ.2020.67 vom 10. Februar 2021 E. 3.2.1 und BEZ.2019.70 vom 11. Dezember 2019 E. 1.1.1 mit Nachweisen). Die substantiierte Behauptung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils und die Beweismittel dafür sind mit der Beschwerdebegründung vorzubringen (vgl. Sterchi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 321 ZPO N 17).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich primär gegen die Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung, mit denen einerseits festgestellt wird, dass die Klägerin ihre schriftliche Replik nicht fristgerecht eingereicht hat und säumig ist, und andererseits angeordnet wird, dass das Verfahren vor dem Zivilgericht ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird und demzufolge auch die Duplik entfällt. Wird, wie vorliegend, die Replik der Klägerin aus dem Recht gewiesen und damit der Schriftenwechsel geschlossen, so wird das Verfahren ohne die in dieser Rechtschrift gemachten Ausführungen weitergeführt. Die entsprechenden Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanträge der Klägerin in ihrer Replik werden bei der Entscheidfindung nicht berücksichtigt. Dies stellt ohne weiteres einen rechtlichen Nachteil dar, der nicht leicht wiedergutzumachen ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist folglich einzutreten.

1.2 Zuständig zum Entscheid über die Beschwerde ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]).

### **E. 2**

Die Zivilgerichtspräsidentin legte zur Begründung der angefochtenen Ziffern 2 und 3 zunächst den Verfahrensablauf dar (angefochtene Verfügung E. 1), bevor sie die rechtlichen

Grundlagen der Fristwahrung nach Art. 143 Abs. 1 ZPO umschrieb. So seien Eingaben spätestens bis Mitternacht des letzten Tages der Frist beim Gericht einzureichen oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung zu übergeben. Dem Absender obliege dabei der Nachweis, dass die Eingabe fristgerecht eingereicht worden sei. Es gelte das Regelbeweismass. Bei der Postaufgabe gelte die Vermutung, dass das Datum des Poststempels mit demjenigen der Übergabe an die Post übereinstimme. Diese Vermutung könne mit allen tauglichen Beweismitteln widerlegt werden, sofern bereits vor Fristablauf auf das entsprechende Beweismittel hingewiesen werde (E. 2). Die Zivilgerichtspräsidentin stellte in der Folge fest, der Umschlag, mit welchem die Replik vorliegend eingereicht worden sei, trage einen Poststempel vom 5. Oktober 2021. Demnach gelte im Grundsatz die Vermutung, dass die Replik an diesem Tag der Post aufgegeben worden sei. Die Klägerin mache dagegen geltend, dass die Replikeingabe bereits am 4. Oktober 2021 um 23.58 Uhr durch Einwurf in den Briefkasten am [...] in Zürich erfolgt sei. Der von der Klägerin aufgerufene Zeuge C\_\_\_\_ (Taxifahrer) könne diesen Vorgang bezeugen und habe den auf dem Briefumschlag angebrachten Hinweis auf dem Briefeinwurf um 23.58 Uhr bestätigt (angefochtene Verfügung E. 3.1). In der Folge legte die Zivilgerichtspräsidentin das Ergebnis der gerichtlichen Zeugenbefragung (E. 3.2) sowie der Ergänzungsfragen der Parteien an den Zeugen dar (E. 3.3) und würdigte diese. Sie schloss, der Zeuge habe nicht in zuverlässiger Art und Weise bestätigen können, dass der Einwurf vor Mitternacht erfolgt sei, weshalb der Beweis hierfür nicht erbracht sei. Damit komme die Vermutung zum Tragen, dass das Datum des Poststempels mit demjenigen der Postaufgabe übereinstimme, womit die Eingabe der Replik verspätet erfolgt sei (E. 3.4 f.).

### **E. 3**

Februar 2012 abgewiesen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin (Beschwerde, Ziff. 9) ist daher nicht lediglich auf die schriftliche Bestätigung abzustellen. Diese kann bei der Beweiswürdigung nur berücksichtigt werden, was das Zivilgericht getan hat. Die Zivilgerichtspräsidentin erwog hierzu, die Aussagen des Zeugen könnten die Zweifel an der Rechtzeitigkeit der Replikeingabe nicht ausräumen. Der Zeuge habe zunächst zu Protokoll gegeben, er sei sicher, dass er den Vertreter der Klägerin nach Mitternacht abgeholt habe und dass der Brief nach Mitternacht eingeworfen worden sei. In Bezug auf die auf dem Briefumschlag vermerkte Einwurfszeit könne er nicht garantieren, dass diese korrekt sei. Der Vermerk sei bereits angebracht gewesen und die Wichtigkeit der Zeit des Einwurfs sei ihm bei der Unterzeichnung des Umschlags nicht bewusst gewesen. Der Einwurf sei ■ den Angaben des Zeugen folgend ■ ungefähr um Mitternacht erfolgt, vielleicht aber auch zehn Minuten zuvor oder danach. Nach Vorlage der Quittung für die Taxifahrt habe der Zeuge die Wartezeit, bevor der Vertreter der Klägerin ins Taxi eingestiegen sei, auf 16 Minuten geschätzt. Ausgehend von einer Startzeit der Taxiuhr um 23.46 Uhr, wäre das Taxi frühestens am 5. Oktober 2021 um 00.02 Uhr beim [...] angekommen. Selbst wenn dieser Berechnung eine gewisse Ungenauigkeit anhafte und der Zeuge stellenweise angedeutet habe, dass die Einwurfszeit von 23.58 Uhr stimmen könne, bestünden bei einer Gesamtwürdigung der Zeugenaussagen ernsthafte Zweifel an der Behauptung, die Replik sei vor Mitternacht eingeworfen worden (angefochtene Verfügung E. 3.4). Die Zivilgerichtspräsidentin stützte sich in der angefochtenen Verfügung folglich nicht nur auf die Berechnung anhand der Taxiquote, welcher sie ohnehin eine «gewisse

Ungenauigkeit» zusprach, sondern insbesondere auf das (teils inkonsistente) Aussageverhalten des von der Klägerin genannten Zeugen. Auch die nachträgliche Anmerkung des Zeugen vom 30. November 2021 (Postaufgabe am 1. Dezember 2021), wonach er sich nicht richtig ausgedrückt habe und er sich nicht erinnere, ob eine Zeit auf dem Briefumschlag gestanden habe, wurde von der Zivilgerichtspräsidentin berücksichtigt (vgl. angefochtene Verfügung E. 3.3 und 3.4). Von der Klägerin wird denn auch gar nicht bestritten, dass die Aussagen des Zeugen teilweise gar widersprüchlich waren (vgl. Beschwerde, Ziff. 10). Die Zivilgerichtspräsidentin erachtete es aufgrund der Zeugenaussagen einerseits als offensichtlich nicht erstellt, dass der vom Zeugen unterzeichnete Vermerk unmittelbar vor dem Einwurf angebracht worden sei. Andererseits folgerte sie, dass auch anhand der weiteren Aussagen der Beweis des Briefeinwurfs am 4. Oktober 2021 um 23.58 Uhr nicht erbracht worden sei. Diese Schlussfolgerungen erscheinen keineswegs willkürlich. Dass sich der Zeuge im Zeitpunkt der Instruktionsverhandlung nicht mehr an die genaue Uhrzeit zu erinnern vermochte, oder daran, ob der Vermerk mit der Uhrzeit auf dem Umschlag bei der Unterzeichnung bereits angebracht gewesen war, fällt in den Risikobereich der (beweisbelasteten) Klägerin. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht den Beweis des rechtzeitigen Einwurfs unter den gegebenen Umständen trotz des Vermerks auf dem Umschlag als nicht erbracht erachtet (vgl. BGer 5A\_774/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3) und die Replikeingabe als verspätet aus dem Recht gewiesen hat.

3.3 In Bezug auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Anspruchs auf ein faires Verfahren moniert die Klägerin, das Zivilgericht habe die Parteien anlässlich der Instruktionsverhandlung nach der Einvernahme des Zeugen aufgefordert, mündlich zu dessen Aussagen Stellung zu nehmen. Der Parteivertreter der Klägerin habe zwei Mal den Antrag gestellt, schriftlich Stellung nehmen zu können. Diese Anträge seien abgewiesen worden. Die Zeugeneinvernahme habe lange gedauert und die Aussagen seien teils widersprüchlich gewesen. Hinzu sei die überraschende Berechnung betreffend Fahrzeit, Distanz und Kosten der Taxifahrt gekommen. Die gesamten Umstände der Zeugenbefragung hätten eine genaue, vertiefte Analyse erfordert, was nur mit einer schriftlichen Stellungnahme möglich gewesen sei. Darüber hinaus spreche die Bedeutung der Replik für das Verfahren dafür, dass dem Vertreter der Klägerin die Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme eingeräumt werde (Beschwerde, Ziff. 10).

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör gehört auch das Recht, sich zu Vorbringen der Gegenpartei sowie hinsichtlich des Beweisergebnisses äussern zu können (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 53 N 10).

Unbestritten ist, dass der Vertreter der Klägerin Gelegenheit erhielt, sich mündlich zu den Zeugenaussagen zu äussern (vgl. auch Verhandlungsprotokoll vom 23. November 2021, S. 8 f.). Angesichts dessen, dass anlässlich der fraglichen Instruktionsverhandlung nur ein Zeuge zu einem einfachen Sachverhalt einvernommen worden ist, musste der Vertreter der Klägerin als Rechtsanwalt offensichtlich in der Lage sein, mündlich zum Beweisergebnis und zur Frage der Fristeinhaltung Stellung zu nehmen. Dass dies von einem Rechtsanwalt ohne weiteres erwartet werden kann und muss, ergibt sich auch aus dem gesetzlichen Ablauf einer Hauptverhandlung. Gemäss Art. 232 Abs. 1 ZPO können die Parteien nach Abschluss der Beweisabnahme zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung nehmen. In der Regel erfolgen die mündlichen Schlussvorträge unmittelbar im Anschluss an die

Beweisabnahme in der Hauptverhandlung. Die Ansetzung eines neuen Termins kommt grundsätzlich höchstens in komplexeren Fällen in Betracht (vgl. Killias, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 232 ZPO N 8; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 232 N 8) und die Einreichung schriftlicher Parteivorträge nach der Hauptverhandlung ist lediglich dann möglich, wenn die Parteien gemeinsam auf die mündlichen Schlussvorträge verzichten (Art. 232 Abs. 2 ZPO). Die sich im vorliegenden Fall stellende Frage der Wahrung der Frist für die Replik stellt, selbst in Anbetracht der anlässlich der Instruktionsverhandlung vorgenommenen Berechnung anhand der Taxiquittung, offensichtlich keinen solchen komplexen Fall dar. Die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren ist somit haltlos.

#### **E. 4**

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die angefochtene Verfügung des Zivilgerichts korrekt ist und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO von der Klägerin zu tragen. Die Gerichtskosten betragen bei Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen CHF 200.■ bis CHF 10'000.■ (§ 13 Abs. 2 des Gerichtsgebührenreglements [GRR, SG 154.810]). Im vorliegenden Fall werden die Gerichtskosten mit CHF 1'200.■ festgesetzt.

Die Klägerin hat der Beklagten im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zu zahlen, weil dieser infolge des Verzichts auf die Einholung einer Beschwerdeantwort keine Parteivertretungskosten entstanden sind.

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