C3 15 11

URTEIL VOM 2. JUNI 2016

Kantonsgericht Wallis
Zivilkammer

Hermann Murmann, Einzelrichter; Dr. Adrian Walpen, Gerichtsschreiber

in Sachen

X_____ **AG**, Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt M_____

und

Y_____, Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt N_____

(Zulassung der Replik)

Beschwerde gegen die Verfügung des Bezirksgerichts O_____ vom 12. Januar 2015

Verfahren

A. Am 27. Februar 2014 reichte Y_____ beim Bezirksgericht O_____ eine Klage gegen die X_____ AG mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Es sei die Beklagte zu verurteilen, die Mängel betreffend dem Anbau am Wohnhaus in A_____, zu beheben.

2. Es sei die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger einen Schadenersatz in noch zu beziffernder Höhe von mindestens CHF 123‘874.-- zu zahlen.

(…)

Am 11. April 2014 reichte die X_____ AG die Klageantwort sowie eine Widerklage ein und stellte die folgenden Anträge (S. 159 ff.):

1. Die Klage vom 27. Februar 2014 wird vollumfänglich abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Klägerin und Widerbeklagte bezahlt der Beklagten und Widerklägerin Fr. 42‘674.35 plus Zins zu 5% seit dem 5. September 2013.

(…)

Mit Verfügung vom 14. April 2014 stellte der Bezirksrichter dem Kläger und Widerbeklagten die Klageantwort und Widerklage zu und forderte diesen auf, unter Vorbehalt einer Nachfrist bis spätestens 19. Mai 2014 eine Replik und Widerklageantwort einzureichen (S. 207).

Nachdem der Kläger und Widerbeklagte auf die Rechtschrift der Beklagten innert angesetzter Frist nicht geantwortet hatte, setzte das Bezirksgericht diesem am 23. Mai 2014 eine letzte Frist von 10 Tagen, um die Replik und Widerklageantwort zu hinterlegen. Nach unbenutzter Frist werde das Gericht gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif sei. Andernfalls werde es zur Hauptverhandlung vorladen (S. 216).

Mit Verfügung vom 17. Juni 2014 stellte das Bezirksgericht fest, dass der Kläger und Widerbeklagte die Einreichung der Replik und Widerklageantwort versäumt habe (S. 217). Die Parteien wurden mittels beigelegter Verfügung zur Instruktionsverhandlung vom 1. September 2014 vorgeladen (S. 218).

Mit Datum vom 27. August 2014 hinterlegte der Kläger und Widerbeklagte beim Bezirksgericht seine Replik und Widerklageantwort (S. 219 ff.), welche das Bezirksgericht gleichentags der Beklagten und Widerklägerin zustellte (S. 262).

Mit vorab per Fax gesandtem Schreiben vom 28. August 2014 bestritt die Beklagte und Widerklägerin die Zulässigkeit der verspäteten Eingabe des Klägers vom 27. August 2014 und beantragte die Verschiebung der Instruktionsverhandlung (S. 263 ff.), worauf das Bezirksgericht die Sitzung am 29. August 2014 auf den 16. Oktober 2014 verschob (S. 267).

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 16. Oktober 2014 schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich (S. 268 ff.), von welchem die Beklagte und Widerklägerin am 27. Oktober 2014 zurücktrat (S. 271), worauf das Bezirksgericht die Parteien am 21. November 2014 zu einer (zweiten) Instruktionsverhandlung auf den 19. Januar 2015 vorlud (S. 273).

Die Beklagte und Widerklägerin reichte am 24. November 2014 beim Bezirksgericht die für die Instruktionsverhandlung vom 16. Oktober 2014 vorbereitete Stellungnahme, welche wegen des unter Widerrufvorbehalts abgeschlossenen Vergleichs nicht hinterlegt worden sei, ein (S. 274, 275 ff.). Die gestellten Rechtsbegehren lauteten wie folgt:

1. Die Rechtsbegehren laut Klageantwort und Widerklage vom 11. April 2014 werden vollumfänglich aufrechterhalten.

2. Die Replik und Widerklageantwort vom 27. August 2014 mit allen neuen Tatsachenbehauptungen Nr. 137 bis Nr. 185 und allen neuen Beweismittelanträgen wird nicht berücksichtigt und aus den Akten gewiesen.

Mit Stellungnahme vom 9. Dezember 2014 (S. 287 ff.) beantragte der Kläger und Widerbeklagte die Abweisung des Rechtsbegehrens Nr. 2.

Mit Verfügung vom 12. Januar 2015 befand das Bezirksgericht über das genannte Rechtsbegehren Nr. 2 wie folgt (S. 294 f.):

1. Die Replik vom 27. August 2014 wird nicht aus den Akten gewiesen.

2. Die Beklagte wird eingeladen, anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 19. Januar 2015 zu den Tatsachenbehauptungen Nrn. 137 bis 185 eine schriftliche Stellungnahme einzureichen, aus welcher hervorgeht, welche Tatsachenbehauptungen des Klägers im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden.

B. Gegen die Verfügung des Bezirksgerichts vom 12. Januar 2015 reichte die Beklagte und Widerklägerin am 19. Januar 2015 beim Kantonsgericht Beschwerde ein und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichtes O_____ vom 12. Januar 2015 im Verfahren Z1 14 29 wird aufgehoben, die Replik und Widerklageantwort vom 27. August 2014 aus den Akten gewiesen und die aufgestellten Tatsachenbehauptungen Nr. 137 bis 185 und alle neuen Beweismittelanträge nicht zugelassen.

2. Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

Mit Stellungnahme vom 2. Februar 2015 beantragte der Kläger und Widerbeklagte die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

Erwägungen

1.

1.1 Die Beschwerde ist innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist zu erheben. Dabei sind konkrete Beschwerdeanträge zu stellen und zu begründen. Die Beschwerde führende Partei hat sich hierbei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen Sterchi, Berner Kommentar, N. 15 ff. zu Art. 321 ZPO). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 3 zu Art. 326 ZPO).

1.2 Ein Einzelrichter entscheidet über die Beschwerde (Art. 5 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c EGZPO).

1.3 Angefochten ist eine prozessleitende Verfügung, mit welcher eine Replik zu den Akten erkannt bzw. deren Entfernung aus den Akten abgelehnt wird. Ein solcher prozessleitender Entscheid bezieht sich nicht auf den Streitgegenstand an sich und äussert sich nicht zur Begründetheit der Klage (Killias, Berner Kommentar, N. 19 zu Art. 237 ZPO; Bundesgerichtsurteil 5A_964/2014 vom 2. April 2015 E. 2.1).

Gegen prozessleitende Entscheide ist die Beschwerde - von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehen Fällen abgesehen - nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Der Gesetzgeber hat die selbständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7377). Mit einer Beschwerde gegen eine prozessleitende Verfügung ist grundsätzlich bis zum Endentscheid der betreffenden Instanz zuzuwarten, worauf die Verfügung im Rahmen der Anfechtung des Endentscheides von der Rechtsmittelinstanz geprüft werden kann (Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N. 40 zu Art. 319 ZPO). Eine solche Vorgehensweise drängt sich aus den Überlegungen auf, dass einerseits das erstinstanzliche Haupt- und Beweisverfahren nicht unnötig verlängert werden soll und andererseits vermieden werden soll, dass sich die Rechtsmittelinstanz mit dem gleichen Fall mehrmals zu beschäftigen hat. Vielmehr soll die Rechtsmittelinstanz einen ihr vorgelegten Fall grundsätzlich einmal und unter gesamthafter Berücksichtigung der Rügen beurteilen (BGE 134 III 191).

Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn der Beschwerdeführerin durch die Verfügung vom 12. Januar 2015 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Was unter dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu verstehen ist, wird weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung einheitlich beantwortet.

1.3.1 Gemäss einem Teil der Lehre ist die selbständige Anfechtungsmöglichkeit auf Nachteile rechtlicher Natur beschränkt (so etwa Sterchi, a.a.O., N. 12 zu Art. 319 ZPO; Spühler, Basler Kommentar, 2. A., N. 7 zu Art. 319 ZPO; Dolge, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: Dolge [Hrsg.], Zivilprozess - aktuell, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 58). Ein solcher liegt vor, wenn er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid für die Partei nicht gänzlich beseitigen lässt (BGE 137 III 380 E. 1.2.1), was etwa bei der Verpflichtung einer Partei,

eigene Geschäftsgeheimnisse offenzulegen oder bei einem Verzicht des Gerichts auf Durchführung einer Einigungsverhandlung nach Art. 291 ZPO der Fall ist (Muller, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 40 f. m.w.H.).

Nach einer anderen Lehrmeinung genügen Nachteile tatsächlicher Natur, wie etwa die Prozessverlängerung oder -verteuerung (BGE 137 III 380 E. 1.2.1), um Beschwerde gegen eine prozessleitende Verfügung führen zu können (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N. 15 zu Art. 319 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 26 N. 31a; Blickenstorfer, a.a.O., N. 39 zu Art. 319 ZPO; Reich, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N. 9 zu Art. 319 ZPO).

1.3.2 Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bisher nicht geäussert und da Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verlangt, muss es sich grundsätzlich nicht mit dem Begriff des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils befassen.

Die kantonale Praxis ist uneinheitlich. So lassen etwa die zweitinstanzlichen Gerichte der Kantone Basel-Landschaft (Entscheid 410 11 279 vom 15. November 2011 E. 1 = CAN 2012, Nr. 11 S. 39 ff.; Entscheid 410 12 286 vom 19. November 2012 E. 1.2) und Graubünden (Entscheid ZK2 11 41 vom 6. Oktober 2011 E. 2a) das Drohen tatsächlicher Nachteile genügen. Gemäss dem Kantonsgericht Graubünden legitimieren tatsächliche Nachteile zur Anfechtung mit Beschwerde, „sofern die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert ist“ (Entscheid ZK1 14 40 vom 30. April 2014 E. 2c; s. auch Entscheid ZK2 12 41 vom 31. Januar 2013 E. 1, wonach eine Entfernung einer Duplik/Widerklagereplik aus den Akten infolge Säumnis einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt). Auch das Obergericht Zürich lässt Nachteile tatsächlicher Natur gelten, solange sie erheblich sind (Entscheid RA140021 vom 2. März 2015 E. 1.1; Entscheid PF 110056 vom 11. Oktober 2011 E. 2). In einem anderen Entscheid lässt das Obergericht Zürich rechtliche wie auch tatsächliche Nachteile gelten und hält fest, dass eine Verlängerung oder Verteuerung zwar nicht per se ein Nachteil sei, jedoch zu einem solchen werden könnte, wenn eine gewisse Intensität erreicht sei (Entscheid PC140013 vom 27. Juni 2014 E. 3c). Bezüglich einer Beweisverfügung entschied das Zürcher Obergericht, der zeitliche Aspekt, dass der Prozess allenfalls früher beendet werden könnte, rechtfertige es nicht, die Beschwerde gegen Beweisverfügungen zuzulassen, da eine solche Beschwerde auch stets mit einem Zeitaufwand und einer Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden

sei. Die blosse Verzögerung des Prozesses in dem Sinne, dass die Abnahme eines Beweisantrages allenfalls erst in einem Rechtsmittelverfahren gegen den erstinstanzlichen Endentscheid erstritten werden könne, stelle daher keinen genügenden Nachteil dar (Entscheid PE110026 vom 6. Februar 2012, E. 1.3.3 f.). Andere zweitinstanzliche Gerichte lassen für die Beschwerde nur rechtliche Nachteile genügen, so etwa das Obergericht des Kantons Zug (Entscheid BZ 2013 33 vom 29. Oktober 2013, E. 3.3.).

Die Zivilkammer das Kantonsgerichts Wallis hat ebenfalls festgehalten, drohende Nachteile tatsächlicher Art könnten genügen, wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird (Entscheid C3 11 125 vom 7. November 2011 E. 2b - 2c).

1.3.3 Der Begriff des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist jedenfalls restriktiv auszulegen, sonst wäre jeglicher Entscheid oder jegliche prozessleitende Verfügung beschwerdefähig, was der Gesetzgeber, wie soeben dargelegt, klar ausgeschlossen hat. In diesem Bereich ist die Unzulässigkeit der Beschwerde die Regel und die Zulässigkeit die Ausnahme (Donzallaz, La notion de "préjudice difficilement réparable" dans le CPC, in: Il Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2011, S. 191).

Die betroffene Partei muss den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (Sterchi, Berner Kommentar, N. 15 zu Art. 319 ZPO). Der Entscheid, ob unter den konkret dargelegten Umständen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N. 13 zu Art. 319 ZPO). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.3.4 Die Beschwerdeführerin sieht den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darin, dass sich ihre Lage im Prozess erschwere, wenn die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel laut Replik und Widerklageantwort vom 27. August 2014 zugelassen würden. Sie müsse sich mit zahlreichen neuen Tatsachenbehauptungen auseinandersetzen, ihr stünden neue Beweismittelanträge gegenüber, was auch durch einen für sie positiven Entscheid nicht gutgemacht werden könne. Dieser, Art. 229 Abs. 1 ZPO verletzende Nachteil lasse sich im weiteren Prozess und im Endurteil nicht beseitigen. Es stünden zusätzliche, den bisherigen teils widersprechende Tatsachenbehauptungen des Klägers im Raum, zu welchen im weiteren Verfahren Beweis geführt

werden solle beziehungsweise müsse. Bevor aber mit dem Beweisverfahren überhaupt begonnen werde, müsse sie genau wissen, worüber Beweis geführt werden solle. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weil der Beschwerdegegner mit der Replik und Widerklageantwort seinen Anspruch auf andere, teilweise der Klage widersprechende Tatsachen gestellt habe. Selbst wenn die Rechtsmittelinstanz in einem allfälligen Endentscheid zum Schluss kommen sollte, dass Replik und Widerklageantwort nicht zulässig seien, würde dieser verfahrensmässige Nachteil dadurch nicht mehr behebbar sein, da ja diese neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nun einmal im Raume stehen würden und zugelassen seien, weshalb sich die Beschwerdeführerin damit im Beweisverfahren und Berufungsverfahren auseinandersetzen müsse.

1.3.5 In der Tat erschwert sich die Lage der Beschwerdeführerin im Prozess, wenn die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zugelassen werden. Das Verfahren ist damit mit erheblich grösserem Aufwand und höheren Kosten verbunden und die Beschwerdeführerin müsste sich auch in einem allfälligen Berufungsverfahren mit den neuen Tatsachen und Beweismitteln auseinandersetzen. Es rechtfertigt sich daher, über die Frage, ob die Replik und Widerklageantwort vom 27. August 2014 aus den Akten zu weisen ist, im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu befinden.

2. Gemäss der Legaldefinition von Art. 147 Abs. 1 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Vorliegend zur Diskussion stehen die Folgen der Säumnis, wobei zwischen der versäumten Replik und der versäumten Widerklageantwort zu unterscheiden ist.

2.1 Die Folgen einer versäumten Replik richten sich nach der allgemeinen Säumnisregel von Art. 147 Abs. 2 ZPO, wonach das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. An die Säumnis ist somit in der Regel unmittelbar die Präklusivwirkung geknüpft: Die säumige Partei ist von der Vornahme der versäumten Handlung ausgeschlossen (präkludiert) und kann diese nicht mehr nachträglich nachholen. Mit dieser Rechtsfolge soll verhindert werden, dass eine säumige Partei das Verfahren zu Lasten der anderen Partei verzögern kann (Gozzi, Basler Kommentar, 2. A., N. 14 zu Art. 147 ZPO; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 7 zu Art. 147 ZPO; Frei, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 147 ZPO, jeweils m.w.H.).

2.2 Bei versäumter (Wider-)Klageantwort setzt das Gericht der (wider-)beklagten Partei eine kurze Nachfrist (Art. 223 Abs. 1 ZPO). Nach unbenutzter Frist trifft das Gericht

einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Andernfalls lädt es zur Hauptverhandlung.

Die fehlende Stellungnahme der Beklagten erlaubt es dem Gericht, die Tatsachenbehauptungen des Klägers als unbestritten zu betrachten und diese einem Entscheid zugrunde zu legen; dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. So kann das Gericht auch über nicht streitige Tatsachen Beweis erheben, falls an deren Richtigkeit erhebliche Zweifel bestehen (Killias, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 223 ZPO; Leuenberger, a.a.O., N. 7 zu Art. 223 ZPO).

2.2.1 Ist das Verfahren trotz versäumter Klageantwort spruchreif, trifft das Gericht unmittelbar einen Endentscheid (Art. 236 ZPO); eine Hauptverhandlung findet nicht statt. Grundsätzlich ist Spruchreife im Sinne von Art. 223 ZPO in zwei Fällen gegeben: Erstens, wenn klar ist, dass auf die Klage nicht eingetreten werden kann, weil die Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Zweitens ist die Sache allgemein auch dann spruchreif, wenn dem Eintreten auf die Klage nichts entgegensteht und die vorgebrachten Tatsachen hinsichtlich der anwendbaren Normen hinreichend substantiiert oder zumindest behauptet sind sowie das Gericht zudem keine erheblichen Zweifel an der Richtigkeit dieser Tatsachen (vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO) hat (Willisegger, Basler Kommentar, 2. A., N. 20 ff. zu Art. 223 ZPO; Killias, a.a.O., N. 11 zu Art. 223 ZPO). Ist die Voraussetzung der Spruchreife gegeben und die Klageantwort ausgeblieben, stellt sich auch die Frage der Replik nicht. Die klagende Partei kann daher nicht darauf vertrauen, mit einer Replik oder in einer Instruktionsverhandlung noch neue Tatsachen und Beweismittel vortragen bzw. den Standpunkt verbessern zu können (Leuenberger, a.a.O., N. 6 zu Art. 223 ZPO).

2.2.2 Ist das Verfahren nach versäumter Klageantwort noch nicht spruchreif, lädt das Gericht zur Hauptverhandlung (Art. 228 ZPO ff.) vor. Dies entspricht dem Fortsetzungsgrundsatz, wonach das Verfahren grundsätzlich ungeachtet der Säumnis der einen Partei seinen Fortgang nimmt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Ein zweiter Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) oder eine Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO; Willisegger, a.a.O. N. 24 zu Art. 223 ZPO; Leuenberger, a.a.O., N. 7 zu Art. 223 ZPO) wird in diesem Fall nicht durchgeführt (Killias, a.a.O., N. 14 zu Art. 223 ZPO).

Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie a) ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor Ab-

schluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Abs. 2). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Abs. 3).

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob in Verfahren mit Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) nach Ausbleiben der Klageantwort an der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO) oder ob die Position der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt wird (Art. 223 ZPO).

In der Lehre gehen die Meinungen, was der Beklagte bei versäumter Klageantwort anlässlich der Hauptverhandlung vorbringen kann, auseinander. Nach der einen Auffassung können in den Fällen, in welchen weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung durchgeführt wurden, beide Parteien zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, und zwar auch dann, wenn die Partei vorher säumig war (Art. 229 Abs. 2 ZPO; Killias, a.a.O., N. 15 zu Art. 223 ZPO; Frei, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 147 ZPO; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 411; Pahud, in: Brunner und andere [Hrsg.]: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/St. Gallen 2011, N. 7 zu Art. 223 ZPO).

Gemäss einer anderen Lehrmeinung kann die beklagte Partei hingegen nur noch zu den neuen Vorbringen am Haupttermin umfassend Stellung nehmen und Beweismittel bezeichnen. Sie hat das Recht, echte und unechte Noven in den Prozess einzubringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, indessen kann sie sich nicht auf Art. 229 Abs. 2 ZPO berufen, dies im Gegensatz zur klagenden Partei (Leuenberger, a.a.O., N. 7 zu Art. 223 ZPO; Willisegger, a.a.O., N. 24 zu Art. 223 ZPO; Naegeli/Richers, in: ZPO, Oberhammer [Hrsg.], 2. A. 2014, N. 12 zu Art. 223 ZPO).

Das Kantonsgericht des Kantons Zug hat sich in seinem Entscheid A3 2011 2 vom 2. Februar 2012, in: GVP 2012 2012 S. 173, aus nachfolgenden Gründen der zweitgenannten Lehrmeinung angeschlossen: Auszugehen sei zunächst vom in der ZPO verankerten Grundsatz, dass sich jede Partei im Vorbereitungsstadium des Prozesses zweimal unbeschränkt äussern könne. Zwar würden der Wortlaut und die systemati-

sche Stellung von Art. 229 Abs. 2 ZPO darauf schliessen lassen, dass an der Hauptverhandlung in jedem Fall zu Beginn neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden könnten, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden habe. Die Säumnisregel von Art. 223 ZPO stehe dazu aber in einem Spannungsverhältnis, wenn die Angelegenheit nach versäumter Klageantwort nicht spruchreif sei und die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen würden. Sinn und Zweck von Art. 223 ZPO bestehe nun darin, dass bei Spruchreife ohne Weiteres ein Säumnisentscheid ergehe, da die Vorbringen der klagenden Partei unbestritten gebliebenen seien. Zur Hauptverhandlung werde nur vorgeladen, wenn die Angelegenheit noch nicht spruchreif sei (Art. 223 Abs. 2 ZPO). In diesem Fall seien die Vorbringen der klagenden Partei unklar, widersprüchlich oder offensichtlich unvollständig oder aber es würden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptung bestehen, so dass gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO darüber von Amtes wegen Beweis abgenommen werden könne. Unter diesen Umständen liege es nahe, dass die klagende Partei an der Hauptverhandlung weitere Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht vornehme oder gegebenenfalls neue Beweismittel bezeichne. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs müsse sich die beklagte Partei äussern können, wobei sich der Gehörsanspruch nur auf die neuen Vorbringen und Beweismittel beziehen könne. Die bereits in der Klageschrift vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel würden daher weiterhin unbestritten bleiben. Diese Auslegung werde auch durch die Entstehungsgeschichte von Art. 229 ZPO bestätigt. Dem Gesetzgeber sei es nicht darum gegangen, dass die beklagte, säumige Partei gestützt auf Art. 229 Abs. 2 ZPO prozessuale Versäumnisse nachholen könne. Streitpunkt im Gesetzgebungsprozess sei vielmehr der Zeitpunkt der Einsetzung der Eventualmaxime (Konzentrationsgrundsatz) beim ordentlichen Gang des Verfahrens gewesen, wenn sich beide Parteien vernehmen lassen, Tatsachenbehauptungen vorbringen und den Standpunkt der Gegenseite bestreiten würden. Eine Begünstigung der gemäss Art. 223 ZPO säumig gebliebenen beklagten Partei sei demgegenüber nicht gewollt gewesen.

Diese Begründung vermag zu überzeugen, weshalb sich die Zivilkammer des Kantonsgerichts Wallis ebenfalls der zweitgenannten Lehrmeinung anschliesst, wonach sich die beklagte Partei - bzw. vorliegend die widerbeklagte Partei - nur noch zu den neuen Vorbringen der Widerklägerin am Haupttermin umfassend Stellung nehmen und Beweismittel bezeichnen und sich nicht auf Art. 229 Abs. 2 ZPO berufen kann.

2.3 Vorliegend ist unbestritten, dass der Kläger bzw. Widerbeklagte die Einreichung einer Replik und Widerklageantwort versäumt hat.

2.3.1 In Bezug auf die Klage wurde ein erster Schriftenwechsel durchgeführt und die Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels gegeben. Der Kläger hatte somit zweimal Gelegenheit, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Bei Geltung der Verhandlungsmaxime gilt die Regel, dass sich jede Partei zweimal zur Sache äussern kann, entweder einmal schriftlich und danach einmal mündlich an einer Verhandlung oder zweimal schriftlich im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Danach ist Aktenschluss, und die Novenmöglichkeiten sind fortan eingeschränkt. Unter Umständen besteht auch nach einem doppelten Schriftenwechsel noch das Bedürfnis, eine Instruktionsverhandlung durchzuführen, z.B. um über einen Vergleich zu sprechen, um Beweise abzunehmen oder um die Hauptverhandlung mit Absprachen über die Beweisführung zu vereinfachen. Aber auch an einer solchen Instruktionsverhandlung ist der Aktenschluss bereits eingetreten und Tatsachen und Beweismittel können nur noch beschränkt, d.h. unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgetragen werden (Leuenberger, Das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweis vorzutragen: ein Grundsatz und seine Anwendung, in: SZZP 1/2014 S. 86 f.). Das Bundesgericht hat dies bestätigt und festgestellt, dass nach einem doppelten Schriftenwechsel der Aktenschluss auch dann eintritt, wenn noch eine Instruktionsverhandlung folgt (BGE 140 III 312 E 6.3.2.3; Schumacher, Der Richter als Freund und Helfer, in: ZBJV 151/2015 S. 394; a.M. Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 182).

Dies muss grundsätzlich auch gelten, wenn eine Partei die Einreichung einer Replik oder Duplik versäumt, ansonsten es die Parteien weitgehend in der Hand hätten, den Zeitpunkt des Eintritts des Aktenschlusses selbst zu bestimmen und das Verfahren zu verzögern, was der Gesetzgeber mit der an die Säumnis geknüpften Präklusivwirkung aber gerade verhindern wollte (s. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2005 7309). Massgebliches Kriterium für den Zeitpunkt des Aktenschlusses ist somit die Frage, ob den Parteien zweimal die Möglichkeit gewährt wurde, sich unbeschränkt zum Streit zu äussern (Moret, a.a.O., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 58). Dies war vorliegend der Fall, womit die Replik des Beschwerdeführers nach Aktenschluss eingereicht worden ist.

2.3.2 In Bezug auf die Widerklage hat kein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden. Das Bezirksgericht hat folglich zu entscheiden, ob das Widerklageverfahren trotz versäumter Klageantwort spruchreif und ein Endentscheid zu fällen ist, ansonsten es zur Hauptverhandlung zu laden hat.

Der Beschwerdegegner wird sich anlässlich der Hauptverhandlung nur noch zu allfälligen neuen Vorbringen der Beschwerdeführerin umfassend äussern und Beweismittel bezeichnen können.

2.3.3 Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts O_____ vom 12. Januar 2015 aufzuheben und die Replik und Widerklageantwort vom 27. August 2014 aus den Akten zu weisen.

3.

3.1 Aufgrund des Verfahrensausgangs werden die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dieser schuldet der Beschwerdeführerin zudem für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung, da diese darum ersucht hat und anwaltlich vertreten war (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 96, 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009.

3.2 Die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird auf Grund des Streitwertes, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Die Gerichtsgebühr wird vorliegend auf Fr. 1‘000.-- festgelegt (Art. 18 GTar) und mit dem von der Beschwerdeführerin in entsprechender Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 1‘000.-- zu bezahlen.

3.3 Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands im Beschwerdeverfahren wird zwischen Fr. 550.-- und Fr. 8‘880.-- festgesetzt (Art. 35 Abs. 2 lit. a GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar mit Rücksicht auf die Natur und Bedeutung des Falles, dessen Schwierigkeit und Umfang sowie der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar).

Im Beschwerdeverfahren wurde ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt. Eine mündliche Verhandlung fand nicht statt. In Anwendung der obgenannten Kriterien, insbesondere mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Falls und den Arbeitsumfang des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners, ist es gerechtfertigt, das Honorar auf Fr. 1‘000.-- (Auslagen inkl.) festzusetzen.

Das Kantonsgericht erkennt

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts O_____ vom 12. Januar 2015 aufgehoben und die Replik und Widerklageantwort vom 27. August 2014 aus den Akten gewiesen und die aufgestellten Tatsachenbehauptungen Nr. 137 bis 185 und alle neuen Beweismittelanträge nicht zugelassen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1‘000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt und mit dem von der Beschwerdeführerin in entsprechender Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beschwerdegegner bezahlt der Beschwerdeführerin Fr. 1'000.-- für geleisteten Kostenvorschuss.

3. Der Beschwerdegegner bezahlt der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1‘000.--.

Sitten, 2. Juni 2016