

(23 % von Fr. 55'567.85), ist die Beschwerde in Zivilsachen nämlich nicht (mehr) gegeben (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Gegen eine Berücksichtigung spricht, dass solche Veränderungen im Verfahren vor dem Bundesgericht auch keine Rolle spielen, und dies aus Gründen einer einheitlichen Handhabung der Prozessgesetze auch für die ZPO gelten sollte. Für eine Berücksichtigung lässt sich anführen, dass die Weiterzugsmöglichkeit und der angestrebte Erfolg in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen sollten.

Für das Obergericht überwiegt das Argument der einheitlichen Handhabung der Prozessgesetze und es geht deshalb von einem unveränderten Streitwert von Fr. 55'567.85 aus.

OGer, 18.05.2015

3661

Werkvertrag. Novenrecht/Replikrecht. Zulässigkeit von Noven (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Aus den Erwägungen:

1.4.1 Novenschranke

Beim Obergericht ist seitens der Berufungskläger durch RA A. unter dem Titel „Freiwillige Eingabe“ am 8. April 2015 eine Rechtsschrift eingegangen. Diese enthält Noven, insbesondere werden darin neue Tatsachenbehauptungen gemacht und als Beweismittel ein neuer Zeuge genannt. Daher stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit dieser Eingabe.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zur Beantwortung dieser Frage nicht die Verfahrensleitung, sondern die Abteilung zuständig ist (*Reetz/Hilber*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 27 zu Art. 317; *Staehelin/Staehelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 21 Rz. 10).

Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt den spätesten Zeitpunkt für das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nicht.

Reetz/Hilber sind der Ansicht, bei einem Verzicht auf eine Berufungsverhandlung und auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels werde die zweitinstanzliche Behauptungsphase bereits mit dem ersten Schriftenwechsel abgeschlossen und ein späteres Vorbringen von Noven sei nicht mehr zulässig (a.a.O., N 23 und 46 zu Art. 317). Gleicher Meinung ist auch *Benedikt Seiler* (Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 1305 und 1308). Demgegenüber wollen die nachgenannten Autoren Noven bis zur Urteilsberatung zulassen. Sie berufen sich dabei auf die Prozessökonomie und eine

sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO (*Martin H. Sterchi*, in: Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 7 zu Art. 317, unter Hinweis auf *Laurent Killias*, in: Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 28 und 29 zu Art. 229; *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, a.a.O., § 21 Rz. 10; *Isaak Meier*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 345 ff.). Sébastien Moret spricht sich ebenfalls dafür aus, dass für das Berufungsverfahren allgemein mangels anderer Regelung gelten muss, dass Noven bis zur Urteilsberatung bzw. bis zur Entscheidungsfindung vorgebracht werden können. Für die Nichtberücksichtigung von Noven mit der Begründung, sie seien nach dem Schriftenwechsel eingebracht worden und deshalb verspätet, bestehe keine gesetzliche Grundlage (Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, Rz. 825).

Art. 229 Abs. 3 ZPO sieht die Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung nur für Fälle im Bereiche der Untersuchungsmaxime vor. Für Fälle, die der Verhandlungsmaxime unterstehen, ist nach Abs. 1 und 2 von Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung der späteste mögliche Zeitpunkt. Vor dem Hintergrund dieser klaren Unterscheidung des Gesetzgebers erscheint es nicht angebracht, Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren auch in Fällen, die nicht unter die Untersuchungsmaxime fallen, sinngemäss anzuwenden. Zudem widerspricht eine solche Auffassung der Absicht des Gesetzgebers, der mit Art. 317 ZPO unnötige Verzögerungen des Prozesses verhindern wollte. Dieser Ansicht steht das Argument der materiellen Wahrheit gegenüber. Eine Korrektur kann jedoch in gewissen Fällen über das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision erfolgen.

Das Obergericht ist der Ansicht, dass vorliegend die Novenschranke mit der Verfügung der Verfahrensleitung vom 9. Februar 2015 gefallen ist, worin den Parteien der Verzicht auf einen zweiten Schriftenwechsel und auf eine mündliche Verhandlung eröffnet wurde. Mit dieser prozessleitenden Verfügung wurde das Behauptungsverfahren formell geschlossen und die Streitsache aus Sicht des Gerichtes als spruchreif erklärt (vgl. Urteil BGER 5A_155/2013, E. 1.4). Das Obergericht vertritt weiter, wie vorstehend angeführt, die Meinung, dass im Berufungsverfahren der formellen Wahrheit aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessbeschleunigung der Vorzug zu geben und nach Abschluss der Behauptungsphase – jedenfalls in Fällen, die der Verhandlungsmaxime unterstehen – Noven nicht mehr zuzulassen sind. Das Vorbringen von Noven bis zur Urteilsberatung oder -eröffnung würde die Gefahr endlosen Prozessierens mit sich bringen, weil das Gericht zunächst der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewähren und danach die Urteilsberatung neu ansetzen müsste, was wiederum Zeiträume eröffnen würde, in denen Noven eingebracht werden könnten (vgl. auch *Benedikt Seiler*, a.a.O., Rz. 1261, zur vergleichbaren Problematik im erstinstanzlichen Verfahren).

1.4.2 Replikrecht

Auch aus dem Replikrecht lässt sich die Beachtlichkeit der Eingabe vom 7. April 2015 nicht ableiten.

Der Term "Replikrecht" wird nicht als Anspruch der klagenden Partei auf Einreichung einer zweiten Rechtsschrift in einem Verfahren mit doppeltem Schriftenwechsel verstanden, sondern generell als Recht zur Stellungnahme auf Eingaben von anderen Verfahrensbeteiligten (vgl. *Hunsperger/Wicki*, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: *AJP* 2013, S. 975, Fn. 1). Dabei genügt es, wenn innert angemessener Frist entweder die Stellungnahme eingereicht oder um Fristansetzung nachgesucht wird (Urteil BGer 1B_783/2012, E. 5.3.1; BGE 138 I 484 E. 2.3). Das Kassationsgericht Zürich hat in einem Entscheid vom 27. Januar 2011 eine Frist von 10 Tagen als angemessen angenommen (ZR 110 [2011] Nr. 20, E. 4d bb). Das Obergericht geht praxismässig ebenfalls von einer "Reaktionszeit" von maximal 10 Tagen aus. Sodann hat das Gericht aufgrund des Replikrechts vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel nur zu berücksichtigen, wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden dürfen (*Ernst F. Schmid*, in: *SJZ* 111 [2015] Nr. 2 S. 37 ff.). *Christoph Leuenberger* äussert sich zum vorgenannten Urteil des Bundesgerichts 5A_155/2013 und spricht sich sowohl für das Einbringen von Noven sowie Eingaben aufgrund des Replikrechts für eine Frist von 10 Tagen aus, andernfalls diese unbeachtlich seien (in: *ZBJV* 151 [2015], S. 248). Zudem plädiert auch *Andreas Müller* für die Unbeachtlichkeit einer verspäteten „Replik“ (in: *SJZ* 110 [2014], Nr. 14). Anderer Meinung ist dagegen das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 24. Juli 2012 (in: *ZR* 111 [2012], Nr. 56, S. 167), indem es sich für die Beachtlichkeit der Eingabe ausspricht, solange der Entscheid noch nicht gefällt ist.

Der Schriftenwechsel war mit der „Freiwilligen Stellungnahme“ von RA A. vom 16. Februar 2015 sowie dem Antwortschreiben von RA B. vom 27. Februar 2015 abgeschlossen. Die Eingabe vom 7. April 2015, um die es hier geht, erfolgte wohl innerhalb einer Reaktionszeit von 10 Tagen, jedoch nur, wenn man sie in (zeitliche) Relation zum Hinweis des Gerichtes vom 26. März 2015 bringt, dass der Fall voraussichtlich am 26. Mai 2015 beraten werde. Darin ist jedoch kein Anwendungsfall des Replikrechts zu sehen, welches lediglich das Recht auf Stellungnahme zu Eingaben der anderen Verfahrensbeteiligten und nicht zu rein organisatorischen Mitteilungen des Gerichts (hier lediglich die Bekanntgabe der geänderten Besetzung des Gerichts) beinhaltet. Das Gericht durfte deshalb angesichts dessen, dass nach dem Versand der Eingabe von RA B. vom 27. Februar 2015 am 2. März 2015 an RA A. während rund eines Monats eine Stellungnahme seitens der Berufungskläger ausblieb, von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (vgl.

Urteil BGer 9C_641/2014, E. 2). Die Rechtsschrift der Berufungskläger vom 7. April 2015 ist demnach klar verspätet und daher unbeachtlich.

1.4.3 Beweislast für Zulässigkeit von Noven

Selbst wenn die fragliche Eingabe jedoch beachtlich wäre, und man der Auffassung folgen würde, Noven könnten sofort nach ihrer Entdeckung noch bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden, wären die darin vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen sowie die Nennung eines neuen Zeugen nicht zu hören.

Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft (*Karl Spühler*, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 10 zu Art. 317). Erforderlich ist jedoch selbstverständlich, dass die Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug vorgebracht werden (*Sébastien Moret*, a.a.O., Rz. 1001; *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, a.a.O., § 21 Rz. 10).

Die Berufungskläger liessen in jener Eingabe in keiner Weise rechtsgenügend dartun, inwiefern es sich bei den neuen Vorbringen und dem neuen Beweismittel um Noven handelt, dass diese von ihnen ohne Verzug vorgebracht worden sind und dass dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher möglich gewesen ist. Dieser Begründungsobliegenheit hätten sie nachkommen müssen (siehe Urteil BGer 4A_69/2014, in: AJP 11 [2014], S. 1543, sowie Urteil BGer 4A_662/2012, in: SZSP 3/2013, S. 1323 ff.).

1.4.4 Fazit

Aus diesen Gründen kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Eingabe von RA A. vom 7. April 2015 nicht beachtlich und folglich aus dem Recht zu weisen ist.

OGer, 26.05.2015

Das Bundesgericht wies am 25. Mai 2016 eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Urteil BGer 4A_619/2015).

3662

Novenrecht (Art. 317 ZPO). Auf die Sachverhaltsvorbringen in der Berufungsschrift ist gleich aus zwei Gründen nicht einzugehen: Zum einen legt der Berufungskläger nicht dar, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, zum andern handelt es sich um unechte Noven.