



AR GVP 30/2018, Nr. 3732

**Abgrenzung der im erstinstanzlichen Verfahren und der im Berufungsverfahren zulässigen echten Noven (Art. 229 Abs. 1 und 317 Abs. 1 ZPO). Praxis des Obergerichtes Appenzell Ausserrhoden bezüglich weiterer Stellungnahmen und weiterer Akten (Replikrecht).** Im Gegensatz zum Bundesgericht, bei dem die Partei, die ihr Replikrecht ausüben will, sicherstellen muss, dass ihre Eingabe mindestens am zehnten Tag beim Gericht eintrifft, verfolgt das Obergericht Appenzell Ausserrhoden eine etwas grosszügigere Praxis und lässt es genügen, dass innert 10 Tagen seit Zustellung einer Eingabe eine Stellungnahme verfasst resp. ein Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme gestellt wird, wobei jeweils die Postaufgabe massgebend ist.

*Entscheid des Obergerichtes, 1. Abteilung, 10.01.2017, O1Z 15 13*

Aus den Erwägungen:

4. Noven

4.1 Mit der Berufungserklärung reicht die Klägerin einen an das Kantonsgericht gerichteten Brief von F. vom 15. September 2015 ein. Der Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 22. April 2016 wurden weitere Aktenstücke beigelegt, welche belegen sollen, dass die B. AG von der schlechten, finanziellen Lage der E. GmbH resp. deren Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hatte.

4.2 Die B. AG legt mit der Stellungnahme vom 26. Mai 2016 ihrerseits ebenfalls verschiedene, neue Schriftstücke ins Recht, aus welchen hervorgehen soll, dass G. und die Klägerin jederzeit Kenntnis davon hatten, dass das Grundstück Nr. X. in H. sich in der Landwirtschaftszone befand und das Einzonungsverfahren mit Risiken behaftet war.

4.3 Es stellt sich daher die Frage, wie es bezüglich dieser Dokumente mit dem Novenrecht steht.

Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO bezeichnet für das erstinstanzliche Verfahren diejenigen Tatsachen und Beweismittel als echte Noven, welche nach Aktenschluss *entstanden* oder *gefunden* worden sind. Entgegen der „klassischen“ Definition wird somit nicht nur an den Zeitpunkt der Entstehung angeknüpft (SEBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz. 538 ff.). Als echte Noven in Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO gelten auch Tatsachen und Beweismittel, die objektiv bereits vor dem Aktenschluss existierten, jedoch erst nach dem Aktenschluss *gefunden* wurden. Als unechte Noven werden demgegenüber nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO diejenigen Sachvorbringen angesehen, die der betreffenden Partei bereits vor Aktenschluss bekannt waren, die aber aus irgendwelchen Gründen nicht vor Aktenschluss geltend gemacht worden sind (SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 583 ff.). Im Berufungsverfahren ist die Zulässigkeit von Noven in Art. 317 ZPO geregelt. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Mit SEBASTIEN MORET (a.a.O., Rz. 792 ff., insbesondere Rz. 803; gl. Meinung REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 56 f. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 317 ZPO; THOMAS ALEXANDER STEININGER, in: Brun-

ner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 317 ZPO; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1260) ist eine wortgetreue Anwendung von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO auf das Berufungsverfahren abzulehnen: Als echte Noven sind vor zweiter Instanz nur solche Tatsachen und Beweismittel zu qualifizieren, die erst nach dem Aktenschluss im erstinstanzlichen Verfahren *entstanden* sind. Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die sich schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Die Novenregelung in Art. 317 Abs. 1 ZPO umfasst echte und unechte Noven (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 6 zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, a.a.O., N. 2 f. zu Art. 317 ZPO; THOMAS ALEXANDER STEININGER, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 317 ZPO). Die abweichende Meinung von BRUNNER (ALEXANDER BRUNNER, a.a.O., N. 3 zu Art. 317 ZPO), wonach im Berufungsverfahren nur echte Noven, nicht aber unechte Noven vorgebracht werden könnten, gründet möglicherweise in der früheren zürcherischen Abgrenzung der beiden Novenarten nach der prozessualen Zulässigkeit (vgl. dazu: SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 540 ff.).

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, a.a.O., N. 10 zu Art. 317 ZPO). Erforderlich ist jedoch selbstverständlich, dass die Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug vorgebracht werden (SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 1001; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 21 Rz. 10).

[....]

## 5. Zulässigkeit weiterer Eingaben der Parteien

### 5.1 Novenschränke

Nach dem Schriftenwechsel haben beide Parteien im Rahmen des Replikrechts je eine weitere Stellungnahme sowie weitere Aktenstücke eingereicht. Es stellt sich daher die Frage nach der Zulässigkeit dieser Eingaben.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zur Beantwortung dieser Frage nicht die Verfahrensleitung, sondern die Abteilung zuständig ist (SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 1001; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 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 ZPO). Gleicher Meinung ist auch BENEDIKT SEILER (a.a.O., 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, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 7 zu Art. 317 ZPO, unter Hinweis auf LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 28 und 29 zu Art. 229 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 21 Rz. 10; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 345 ff.). SEBASTIEN MORET (a.a.O., Rz. 825) spricht sich ebenfalls dafür aus, dass für das Berufungsverfahren allgemein mangels anderer Regelung gelten muss, dass Noven bis zur Urteilsberatung bzw. bis zur Entscheidung 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.

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 spätest mögliche Zeitpunkt. Vor dem Hintergrund dieser klaren Unter-

scheidung 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 29. Juni 2016 gefallen ist, worin den Parteien bekannt gegeben wurde, dass der vorliegende spruchreife Prozess in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist. Mit dieser prozessleitenden Verfügung wurde das Behauptungsverfahren formell geschlossen und die Streitsache aus Sicht des Gerichtes als spruchreif erklärt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.5). 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 SEILER zur vergleichbaren Problematik im erstinstanzlichen Verfahren; BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1261).

Aus dem Gesagten folgt, dass die im Rahmen des Replikrechts vorgebrachten Noven - sofern sie die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllen, was unten bei der entsprechenden Fragestellung zu prüfen ist - unbedenklich sind.

## 5.2 Replikrecht

5.2.1 Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob der Klägerin im Nachgang zu den Äusserungen der B. AG vom 26. Mai 2016 das Recht auf eine (weitere) Stellungnahme zusteht. Die Verfahrensleitung hat dieses Ersuchen mit der Begründung, dieses sei verspätet, am 29. Juni 2016 zurückgewiesen.

5.2.2 Der Terminus "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 (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 des Bundesgerichts 1B\_783/2012 vom 16. Oktober 2013 E. 5.3.1; BGE 138 I 484 E. 2.3). Das Bundesgericht hat in einer neuesten Entscheidung vom 4. April 2016 festgehalten (Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4.; gl. M. Urteil des Obergerichts Zug, Z1 2015 15, vom 27. Oktober 2016), dass die Behörde vor Ablauf einer Frist von zehn Tagen seit Zustellung einer Eingabe an eine Partei nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen darf. Das bedeutet wiederum, dass die Behörde nach Ablauf dieser zehn Tage, das heisst vom elften Tag an, ihr Urteil fällen darf. Im Gegensatz zum Bundesgericht, bei dem die Partei, die ihr Replikrecht ausüben will, sicherstellen muss, dass ihre Eingabe spätestens am zehnten Tag beim Gericht eintrifft (Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4; ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 113 [2017] Nr. 2, S. 33), verfolgt das Obergericht Appenzell Ausserrhoden eine etwas grosszügigere Praxis und lässt es genügen, dass innert 10 Tagen seit Zustellung einer Eingabe eine Stellungnahme verfasst resp. ein Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme gestellt wird, wobei jeweils die Postaufgabe massgebend ist. Anderer Meinung ist dagegen das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 24. Juli 2012 (ZR 111 (2012) Nr. 56, S. 167), indem es sich für die Beachtlichkeit der Eingabe ausspricht, solange der Entscheid noch nicht gefällt ist. 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 (ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 111 (2015) Nr. 2 S. 37 ff).

Die Stellungnahme der B. AG vom 26. Mai 2016 wurde der Klägerin am 31. Mai 2016 zugeschickt. Diese hat die Vernehmlassung nach eigenen Angaben am 1. Juni 2016 erhalten und daraufhin am 14. Juni 2016 um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer weiteren Eingabe ersucht. Das Obergericht durfte deshalb angesichts dessen, dass nach dem Versand der Eingabe von RA BB. vom 31. Mai 2016 an RA AA. während mehr als 10 Tagen eine Stellungnahme seitens der Klägerin ausblieb, von einem definitiven Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und das Ersuchen vom 14. Juni 2016 erweist sich als verspätet und daher unbeachtlich. Das Fristende am 11. Juni 2016 fiel auf einen Samstag und es hätte daher spätestens am 13. Juni 2016 um die Erlaubnis für eine weitere Eingabe nachgesucht oder eine solche eingereicht werden müssen (Art. 142 Abs. 3 ZPO).

### 5.3 Fazit

Aus diesen Gründen kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Klägerin das Recht auf eine weitere Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 26. Mai 2016 verwirkt hat.

*Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat die Berufungsklägerin wieder zurückgezogen und das Bundesgericht hat das Verfahren mit Verfügung vom 4. Februar 2019 als erledigt abgeschrieben (Urteil BGer 5A\_495/2017).*