

**ZK 12 366, publiziert Juni 2014**

**Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern**

vom 13. März 2014

**Besetzung**

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichter Kunz und Oberrichterin Pfister Hadorn  
Gerichtsschreiber Bettler

**Verfahrensbeteiligte**

**A.,**

vertreten durch Fürsprecher X.

Beklagte / Widerklägerin / Berufungsklägerin / Anschlussberufungsbeklagte

gegen

**B.,**

**C.,**

beide vertreten durch Rechtsanwalt Y.

Kläger / Widerbeklagte / Berufungsbeklagte / Anschlussberufungskläger

**Gegenstand**

Nachbarrechtliche Streitigkeit

**Regeste:**

- Art. 317 Abs. 1 ZPO

Abgrenzung echte und unechte Noven.

Es ist unzulässig, im Berufungsverfahren ein (echt) neues Beweismittel anzurufen beziehungsweise einzureichen, um damit eine (unechte) Tatsache zu beweisen, die bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (E. 7.3.1).

- Art. 308 ff. und Art. 85 ZPO

Reformatio in peius; unbezifferte Forderungsklage.

Hat die erste Instanz die Klage abgewiesen, stellt es keine reformatio in peius dar, wenn die Berufungsinstanz auf die Klage nicht eintritt. Abgrenzung der unbezifferten Forderungsklage gemäss Art. 85 ZPO von der Ermessensklage gemäss Art. 42 Abs. 2 OR. Unterlässt es die Partei, ihre Klage vor der ersten Instanz im Verlauf des Verfahrens zu be-

ziffern, obwohl sie dazu in der Lage gewesen wäre, kann sie diese prozessuale Nachlässigkeit nicht im Berufungsverfahren korrigieren (E. 9.4 ff.).

### **Auszug aus den Erwägungen:**

(...)

- 7.3.1 Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b).

Echte Noven, das heisst Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind, gelten als grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Die Zulassung unechter Noven, das heisst von Tatsachen und Beweismitteln, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren, wird weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Falle unechter Noven hat die Berufungsklägerin namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Urteil des BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1).

Nicht zulässig ist es, im Berufungsverfahren ein (echt) neues Beweismittel anzurufen, um damit eine (unechte) Tatsache zu beweisen, die bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 39 zu Art. 317 ZPO).

Will die Beklagte Beweisanträge stellen beziehungsweise Beweismittel einreichen (Gegenbeweis; vgl. dazu KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N. 25 zu Art. 222 ZPO), so gebieten Treu und Glauben, die zur Wahrung ihrer Rechte notwendigen Schritte unverzüglich vorzunehmen, das heisst die nach ihrem Dafürhalten tauglichen Beweismittel einzureichen. Eine nachträgliche Kritik in einem Zeitpunkt, wo die Beweiswürdigung zu ihrem Nachteil ausgefallen ist, kann nicht gehört werden (BGE 127 II 227 E. 1b S. 230; Urteil des BGer 5A\_92/2008 vom 25. Juni 2008 E. 3.3.1).

(...)

9.4

- 9.4.1 Nach der vorliegend anwendbaren Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) bestimmt der Rechtsmittelkläger mit seinen Anträgen, in welchem Umfang das vorinstanzliche Urteil abgeändert werden darf; das Verbot der reformatio in peius verbietet der Rechtsmittelinstanz über die Rechtsmittelanträge des Rechtsmittelklägers hinauszugehen, es sei denn, die Gegenpartei habe ihrerseits Anschlussberufung erhoben (BGE 134 III 151 E. 3.2 S. 158; zur ZPO vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006

zur ZPO, BBI 2006 7374 zu Art. 311 E-ZPO). Fällt die Rechtsmittelinstanz auf eine erstinstanzliche Abweisung der Klage hin einen Nichteintretensentscheid, stellt dies keine reformatio in peius dar (SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 446; EGGER, Die reformatio in peius im Zivilprozessrecht, 1985, S. 130).

- 9.4.2 Forderungsklagen auf Geld sind zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 85 ZPO kann jedoch die Partei eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wenn es ihr unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern (Abs. 1 Satz 1); die Forderung ist zu beziffern, „sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist“ (Abs. 2 Satz 1).

Wie bereits aus dem Gesetzeswortlaut deutlich hervorgeht, ist die Bezifferung so früh wie möglich vorzunehmen, das heisst sobald das Hindernis für die Bezifferung weggefallen ist, ansonsten die klagende Partei gegen die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) verstösst und auch das rechtliche Gehör der Gegenpartei verletzt (vgl. SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 11 zu Art. 85 ZPO; BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, 2013, N. 510 f.).

- 9.4.3 Vorliegend hat die Beklagte vor dem Regionalgericht keine Ermessensklage nach Art. 42 Abs. 2 OR erhoben, sondern eine unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 Abs. 1 ZPO. Die Ermessensklage nach Art. 42 Abs. 2 OR setzt denn auch voraus, dass der ziffernmässige Schadensbeweis ausgeschlossen ist, sei es, dass Beweise fehlen, sei es, dass die Beweisführung der Geschädigten nicht zuzumuten ist (BGE 105 II 87 E. 3 S. 89). Beides ist vorliegend nicht gegeben (vgl. sogleich), was im Übrigen bereits daraus ersichtlich wird, dass die Beklagte ihre Klage nunmehr (erstmalig mit ihrer Berufung) beziffert.

Wie aus dem vom Regionalgericht eingeholten Gutachten von S., T. GmbH, vom 15. Dezember 2011 hervorgeht, hat der Gutachter die Kosten für die Ersatzpflanzung für die Hainbuchenhecke mit CHF 3'054.50 beziffert (pag. 627). Die Beklagte hat dazu keine Ergänzungsfragen gestellt (pag. 717). Ergab demnach das Beweisverfahren vor dem Regionalgericht geschätzte Kosten für die Ersatzpflanzungen für die Hainbuchenhecke von CHF 3'054.50 (was die Beklagte scheinbar nicht beanstandet, hat sie doch nunmehr ihren Antrag vor Obergericht genau auf diesen Betrag beziffert), wäre die Beklagte in jenem Zeitpunkt in der Lage und gemäss Art. 85 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen, ihre Forderung zu beziffern. Die anwaltlich vertretene Beklagte hat aber auch noch nach Abschluss des Beweisverfahrens anlässlich der Fortsetzungsverhandlung vom 15. März 2012 ausdrücklich und schriftlich ihr unbeziffertes Rechtsbegehren wiederholt und bestätigt (pag. 845 und pag. 849).

- 9.5 Die Beklagte ist nach dem Gesagten ihrer Pflicht gemäss Art. 85 Abs. 2 ZPO, die Forderung zu beziffern, „sobald“ sie nach Abschluss des Beweisverfahrens dazu in der Lage ist, nicht nachgekommen. Ein konkret bezifferter Mindestwert im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO kann ihren Ausführungen ebenso wenig entnommen werden. Vielmehr hat sie ihre Forderung erst im Berufungsverfahren und damit verspätet beziffert, weshalb auf das Widerklagebegehren Ziff. 5 nicht einzutreten ist. Es geht nicht an, prozessuale Nachlässigkeiten des erstinstanzlichen Verfahrens im

Rechtsmittelverfahren korrigieren beziehungsweise Versäumtes nachholen zu wollen.

Weder aus der gerichtlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO (Urteile des BGer 4D\_57/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2; 5A\_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.3; 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2) noch aus Art. 132 Abs. 1 ZPO (BGE 137 III 617 E. 6.4 S. 622) hätte sich im Übrigen ergeben, dass das Regionalgericht im kontradiktorischen Zivilprozess die anwaltlich vertretene Beklagte auf das schlussendlich mangelhafte Rechtsbegehren und damit auf eine prozessuale Nachlässigkeit hätte hinweisen oder ihr eine Nachfrist zur Verbesserung hätte gewähren müssen.

- 9.6 Auf das Widerklagebegehren Ziff. 5 ist nach dem Gesagten mangels rechtzeitiger Bezifferung nicht einzutreten.

(...)

**Hinweis:**

Der Entscheid ist rechtskräftig.