



Kommentar zu: Urteil: [4A_259/2019](#) vom 10. Oktober 2019
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Riskante Zurückbehaltung von Beweismitteln als unechte Noven

Autor / Autorin

Matthias Lindner, Matthias Brunner

Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli



Enthält die Klageantwort eine Behauptung mit einem Beweisantrag, hat der Kläger seine Beweismittel und Behauptungen für den Gegenbeweis bereits mit der Replik vorzubringen. Mit der Duplik neu offerierte zusätzliche Beweismittel zur weiteren Stützung der bereits mit der Klageantwort erhobenen Behauptung berechtigen den Kläger nicht, seine ihm bereits zuvor bekannten Beweismittel und Behauptungen für den Gegenbeweis als unechte Noven vorzubringen.

Sachverhalt und Erwägungen des Urteils 4A_259/2019

[1] Der Kläger war mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag beim Beklagten angestellt. Dieser kündigte den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist.

[2] Der Kläger klagte beim Bezirksgericht Muri auf Feststellung, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich gewesen sei, sowie auf Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 77'535.60. Er machte geltend, die Kündigung sei gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. c [OR](#) missbräuchlich erfolgt, weil er eine vom Beklagten vorgeschlagene Vertragsänderung abgelehnt habe. Demgegenüber stellte sich der Beklagte auf den Standpunkt, die Kündigung sei erfolgt, weil der Kläger ihn mündlich beleidigt habe.

[3] Das Bezirksgericht Muri wies die Klage ab. Die dagegen vom Kläger erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Aargau ab. Dabei liess es eine vom Kläger als Urkunde eingereichte E-Mail des Beklagten an den Kläger nicht zu.

[4] Gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau erhob der Kläger Beschwerde an das Bundesgericht. Dabei rügte er einzig die Nichtzulassung der genannten E-Mail und beantragte die Rückweisung an die Vorinstanz zur erneuten Beurteilung unter Berücksichtigung dieses Beweismittels.

[5] Das Bundesgericht weist zunächst darauf hin, dass das verfassungsmässig geschützte Replikrecht für die Frage der Zulassung unechter Noven nicht relevant ist.

[6] Weiter führt das Bundesgericht aus, dass der Beklagte bereits in der Klageantwort die mündlichen beleidigenden Äusserungen des Klägers als Kündigungsmotiv behauptet und dafür verschiedene Mitarbeiter als

Zeugen genannt habe. Aufgrund dessen sei klar gewesen, dass der Inhalt des fraglichen Gesprächs zentral für den Ausgang des Prozesses werden könne. Der Kläger habe sich nicht darauf verlassen können, dass das Gericht die angebotenen Zeugen nicht befragen würde, nur weil sie nicht direkt das Gespräch mit angehört hätten. Auch solche indirekten Aussagen könnten grundsätzlich als Beweismittel dienen und in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Der Kläger hätte Veranlassung gehabt, selber nach Beweismitteln zu suchen, welche den behaupteten Gesprächsinhalt hätten als unglaubwürdig (recte: unglaubhaft) erscheinen lassen. Ob sein Standpunkt, dass er vorerst lediglich bestreiten müssen, zutreffen würde, wenn der für den Inhalt des Gesprächs grundsätzlich beweisbelastete Beklagte seinerseits in der Klageantwort nur behauptet und Beweisanträge erst in der Duplik nach der Bestreitung in der Replik gestellt hätte, könne offenbleiben, da dies nicht der Fall sei.

[7] Das Bundesgericht erwägt schliesslich, mit dem mit der Duplik eingereichten Strafregisterauszug zum Kläger habe der Beklagte den unbeherrschten Charakter des Klägers zeigen wollen. Er habe damit ein weiteres Beweismittel hinzugefügt, welches als zusätzliches Indiz für die Glaubwürdigkeit (recte: Glaubhaftigkeit) seiner eigenen Aussage über den Inhalt des massgeblichen Gesprächs hätte dienen sollen. Zwar habe der Beklagte damit seine Beweisbasis für den nur mit Indizien zu erbringenden Beweis für den Inhalt des Gesprächs verstärkt. Dies genüge aber nicht, um die nachträgliche Einbringung der fraglichen E-Mail zu rechtfertigen. Entscheidend bleibe, dass hierfür bereits genügend Anlass aufgrund der Klageantwort bestanden habe.

Kommentar

[8] Als unechte Noven gelten gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b [ZPO](#) neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor dem Aktenschluss – wie er namentlich bei Abschluss eines doppelten Schriftenwechsels eintritt – vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. War ein Vorbringen bei zumutbarer Sorgfalt vorher möglich, darf das Gericht die neuen Tatsachen und Beweismittel nicht mehr berücksichtigen. Mangelnde Sorgfalt kann sowohl darin liegen, dass der Partei das neue Beweismittel (oder die neue Tatsache) nicht früher bekannt war, sie es aber früher hätte entdecken müssen, als auch darin, dass sie es zwar bereits frühzeitig kannte, es aber trotzdem versäumte, es rechtzeitig in den Prozess einzubringen. Um letzteren Vorwurf (mit der Rechtsfolge, dass das Beweismittel nicht mehr zugelassen wurde) geht es in diesem Fall.

[9] Es liegt in der Natur des Zivilprozesses, dass der Beklagte grundsätzlich das letzte Wort hat (bei einem doppelten Schriftenwechsel mit der Duplik). Daraus ergibt sich die bisweilen für den Kläger unangenehme Situation, dass er auf den letzten Vortrag des Beklagten vor dem Aktenschluss nur noch unter den strengen Voraussetzungen des Novenrechts reagieren kann. Entsprechend muss er sich gut überlegen, welche Behauptungen und Beweismittel er in seinem letzten Vortrag noch vorbringt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es dem Kläger zwar weder möglich noch zumutbar, sämtliche denkbaren Dupliknoven bereits in der Replik zu entkräften. Der Sorgfaltsbeweis nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO setzt jedoch einen *Kausalzusammenhang* voraus. Verlangt wird, dass erst die Dupliknoven die nach Aktenschluss erfolgende Noveneingabe des Klägers veranlassen haben. Zudem ist erforderlich, dass die unechten Noven «in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind» (BGE [146 III 55 E. 2.5.2](#)).

[10] Beim kommentierten Urteil stellte sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Kläger eine Art «parteilich antizipierte Beweiswürdigung» vornehmen darf, wenn der Beklagte mit der Klageantwort eine Behauptung vorbringt, für welche der Beklagte beweisbelastet ist: Wenn der Kläger der Überzeugung ist, dass die mit der Klageantwort vorgebrachten Beweismittel nicht ausreichen, darf er sich dann auf eine simple Bestreitung beschränken im Vertrauen darauf, dass er bei der Einbringung zusätzlicher Beweismittel mit der Duplik seine bereits vorhandenen Beweismittel für den Gegenbeweis als unechte Noven wird vorbringen dürfen? Das Bundesgericht verneint diese Frage: Er muss seine Beweismittel für den Gegenbeweis schon mit der Replik vorbringen.

[11] Das im vorliegenden Fall mit der Duplik vorgebrachte neue Beweismittel – der Strafregisterauszug zum Kläger – bezog sich an sich auf eine neue (Hilfs-)Behauptung; soweit ersichtlich hatte der Beklagte den strafrechtlichen Leumund des Klägers zuvor nicht zum Verfahrensthema gemacht. Der Beklagte hätte darauf nach Möglichkeit durchaus mit unechten Noven reagieren und zum Beispiel geltend machen dürfen, der eingereichte

Strafregisterauszug sei nicht mehr aktuell (selbst wenn die aktuelle Version des Strafregisterauszuges bereits im Zeitpunkt der Replik bestanden hätte). Der Strafregisterauszug sollte indes dazu dienen, als Beleg für den unbeherrschten Charakter des Klägers ein (neben den bereits offerierten Zeugenaussagen weiteres) Indiz dafür darzustellen, dass die Beschimpfungen tatsächlich stattgefunden hatten. Mit dem nicht mehr als Novum zugelassenen E-Mail – dessen genauer Inhalt lässt sich dem kommentierten Urteil nicht entnehmen – wollte der Kläger gemäss Urteil nicht die neue Hilfsbehauptung (Kläger ist vorbestraft bzw. hat einen unbeherrschten Charakter) in Zweifel ziehen, sondern die bereits mit der Klageantwort vorgebrachte für den Ausgang des Verfahrens zentrale Behauptung, wonach er den Kläger beschimpft habe. Dies war nach dem kommentierten Urteil nicht mehr zulässig.

[12] Ausdrücklich offen lässt das Bundesgericht die Frage, ob dasselbe gilt, wenn eine Behauptung des Beklagten mit der Klageantwort gänzlich ohne die Anrufung von Beweismitteln erfolgt. Gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO sind nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen Beweisgegenstand. Die Parteien können somit Behauptungen ohne Beweismittel aufstellen, und brauchen erst zum Beweis zu schreiten, wenn die Gegenpartei die Behauptung bestreitet, was bei einer Behauptung in der Klageantwort mit der Replik zu erfolgen hat.

[13] Eine behauptete Tatsache wird aufgrund der Bestreitung durch die Gegenpartei überhaupt erst beweispflichtig. Wenn der Kläger in der Replik eine vom Beklagten behauptete Tatsache, für die der Beklagte den Hauptbeweis zu führen hat, bestreitet, muss er damit rechnen, dass der Beklagte für diese Behauptung (für die er die Beweislast trägt) Beweismittel offerieren wird. Anhand von Beweismitteln, die vom Beklagten in der Duplik zu einer von ihm bereits in der Klageantwort aufgestellten Behauptung offeriert werden, kann der Kläger eine Zulässigkeit unechter Noven deshalb nicht generell begründen. Wenn der Kläger zur Behauptung des Beklagten eigene Beweismittel offerieren oder er im Rahmen eines Gegenbeweises mit eigenen Tatsachenbehauptungen an der Glaubwürdigkeit des Beklagten oder der Glaubhaftigkeit des von ihm geschilderten Sachverhalts Zweifel erwecken will, muss er dies soweit möglich bereits in der Replik tun.

[14] Aufgrund einer Bestreitung des Klägers in der Replik kann sich der Beklagte in der Duplik jedoch auch veranlasst sehen, im Rahmen des von ihm zu führenden Hauptbeweises neue Indizien zu behaupten und zu diesen neue Beweismittel zu offerieren (was betreffend das kommentierte Urteil hinsichtlich der Behauptung des Beklagten, der Kläger sei vorbestraft bzw. habe einen unbeherrschten Charakter, der Fall sein dürfte; vorn Rz. 11). Denkbar ist auch, dass der Beklagte seine in der Klageantwort aufgestellte Behauptung noch substantiieren, d.h. in Einzeltatsachen zergliedern und zu diesen Einzeltatsachen neue Beweismittel offerieren muss (zur Substantiierungslast etwa BGer [4A_441/2019](#) vom 9. Dezember 2019 E. 2.1). Auf die Frage, ob und inwieweit solche neue Tatsachenbehauptungen und allfällige hierzu offerierte Beweismittel es dem Kläger erlauben, nach Aktenschluss gestützt auf Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO unechte Noven vorzubringen, gibt es keine allgemeingültige Antwort. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob unechte Noven des Klägers durch die Dupliknoven des Beklagten veranlasst wurden und in thematischer Hinsicht als Reaktion auf diese Dupliknoven aufzufassen sind (vorn Rz. 9). Dabei ist mit Blick auf die dienende Funktion des Prozessrechts u.E. ein grosszügiger Massstab anzulegen.

MATTHIAS LINDNER, Oberrichter des Kantons Aargau (am vorinstanzlichen Verfahren zum kommentierten Urteil nicht beteiligt).

MATTHIAS BRUNNER, als Rechtsanwalt tätig bei Baur Hürlimann AG, Oberstadtstrasse 7, 5402 Baden.

Zitiervorschlag: Matthias Lindner / Matthias Brunner, Riskante Zurückbehaltung von Beweismitteln als unechte Noven, in: dRSK, publiziert am 29. Juni 2020

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

