

**Art. 317 Abs. 1 ZPO, Noven in der Berufung.** *Ein nach dem angefochtenen Urteil entstandenes Beweismittel kann nur als solches für eine rechtzeitig aufgestellte Behauptung neu eingebracht werden und ersetzt die Behauptung nicht.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

4.2. Der Beklagte weist in seiner Berufungsbegründung zu Recht darauf hin, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden können, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Mit Bezug auf den als Beweismittel vorgelegten E-Mail-Verkehr zwischen dem Rechtsvertreter des Beklagten und dem gemäss beklagter Behauptung für Rechtsfragen bei der Klägerin zuständigen Marc B. trifft zwar zu, dass er von einem Zeitpunkt nach Erlass des angefochtenen Urteils datiert. Er soll den Nachweis erbringen für die fehlende Passivlegitimation des Beklagten. Die Einrede der fehlenden Passivlegitimation hätte hingegen bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können. Wenn dies zufolge unentschuldigter Säumnis des Beklagten an der Hauptverhandlung nicht geschah, kann es nicht im Berufungsverfahren nachgeholt werden. Auch neue Einreden sind nur zulässig, wenn sie ihre Grundlage in neuen Tatsachen haben, welche als Noven unter Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig sind (Peter Volkart DIKE-Kommentar ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 317 N. 17). Ein nachträglich entstandenes Beweismittel für eine verspätet vorgebrachte Behauptung oder Einrede vermag die Behauptung selbst nicht zu ersetzen und muss aus diesem Grund unberücksichtigt bleiben. Damit bleibt es insoweit beim vorinstanzlichen Entscheid.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 5. Juni 2012  
Geschäfts-Nr.: NP120010-O/U