

3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Verfügungsgrund im vorliegenden Fall zu bejahen ist. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als begründet und ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist dementsprechend aufzuheben.

Wie erwähnt hat die Vorinstanz über den Verfügungsanspruch noch nicht befunden. Die Beschwerdegegnerin hatte sodann auch noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Die Sache ist daher zur Vervollständigung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese Rückweisung drängt sich auch auf, da den Parteien sonst eine Instanz verloren ginge, wenn die Justizkommission die Vervollständigung des Verfahrens selber vornehmen und daraufhin direkt entscheiden würde.

Justizkommission, 10. Oktober 2002, i.S. P. AG / B. AG

*§§ 201, 203 und 204 ZPO. – § 201 Abs. 2 ZPO hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen.*

*Aus den Erwägungen:*

1.2 Die verspätete Berufungsantwort der Beklagten war aus dem Recht zu weisen, nachdem die Gegenparteien einer Wiederherstellung der Frist nicht zustimmten (§ 91 Abs. 2 GOG). Entgegen der Auffassung der Klägerin 1 war die Beklagte dennoch zum Parteivortrag an der Berufungsverhandlung zuzulassen, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

1.2.1 Die Berufung gegen ein kantonsgerichtliches Urteil ist binnen 30 Tagen nach dessen Zustellung bei der Obergerichtskanzlei schriftlich und im Doppel einzureichen. Die Berufung ist zu begründen, und es ist anzugeben, in welchen Punkten das erstinstanzliche Urteil angefochten wird, welche neuen Vorbringen angerufen und welche Anträge gestellt werden (§ 201 Abs. 1 ZPO). Ein Doppel der Berufungsschrift wird an die Gegenpartei zur Beantwortung binnen 20 Tagen übermittelt (§ 201 Abs. 2 ZPO). Verspätet eingereichte Berufungen sind ohne Parteiverhandlung unter Mitteilung an die Parteien zurückzuweisen (§ 203 Abs. 1 ZPO). In der Berufungsverhandlung sind jeder Partei zu Berufung und Anschlussberufung je ein Vortrag gestattet (§ 204 Abs. 1 ZPO). Nach dem Schriftenwechsel können die Parteien mit Zustimmung des Gerichts auf die Teilnahme an der Berufungsverhandlung verzichten (§ 204 Abs. 2 ZPO). Das Nichterscheinen einer oder beider Parteien vor Obergericht hat keinen Rechtsnachteil zur Folge. Die erschienene Partei wird zum Vortrag zugelassen und das Urteil auf Grund dieser Anbringen und der Akten gefällt (§ 207 ZPO).

1.2.2 Die Bestimmungen der zugerischen Zivilprozessordnung sehen – anders als bei verspätet eingereichter Berufung – nicht vor, dass im Falle verspäteter oder unterlassener Berufungsantwort keine Parteiverhandlung stattzufinden habe, wie dies beispielsweise §324 Abs. 2 der aargauischen Zivilprozessordnung statuiert (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 6 zu §324). Ebenso wenig wird bestimmt, dass an der Verhandlung nur der Berufungskläger zum Vortrag zugelassen wäre. Im Gegenteil: Jeder Partei ist ausdrücklich und voraussetzungslos ein Vortrag gestattet. Eine Auslegung unter systematischen und grammatischen Gesichtspunkten ergibt somit, dass die Beklagte an der Berufungsverhandlung zum Vortrag zuzulassen war und ihre zur Berufung gemachten Vorbringen grundsätzlich zu hören sind.

1.2.3 Zum gleichen Ergebnis führen die historischen und teleologischen Auslegungselemente. In der ursprünglichen Fassung der Zivilprozessordnung betrug die Berufsfrist 10 Tage, und es war bloss eine Berufungserklärung, keine begründete Berufung einzureichen. Dementsprechend wurde der Gegenpartei von der Berufung bzw. Berufungserklärung lediglich Kenntnis gegeben (§ 201 ZPO in der Fassung vom 3. Oktober 1940; GS XIV S. 284). Eine Begründung der Berufung war zwar nicht vorgeschrieben, doch konnte diese bereits freiwillig in der schriftlichen Berufungserklärung begründet werden. Auch die Gegenpartei durfte vor der mündlichen Verhandlung eine Rechtsschrift mit ihren Ansichten zu den Akten geben (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 41 f.). Gemäss heutiger Fassung von §201 Abs. 1 ZPO beträgt die Berufsfrist 30 Tage, und die Berufung ist nunmehr zu begründen. Das Obergericht führte dazu in einem Entscheid vom 26. November 1987 aus, im Rahmen der Teilrevision der Zivilprozessordnung vom 29. März 1984 (GS 22 S. 485) sei mit der Einführung der Pflicht zur schriftlichen Begründung der Berufung gleichzeitig die schriftliche Berufsantwort vorgesehen worden (§201 Abs. 2 ZPO). Unter früherem Recht sei der Gegenpartei lediglich von der Berufungserklärung Kenntnis gegeben worden, und die Beantwortung der Berufung sei erst anlässlich der mündlichen Berufsverhandlung erfolgt, nachdem der Berufungskläger diese begründet hatte. Die revidierte Verfahrensordnung setze nun aber eine schriftliche Begründung der Berufung voraus, da sonst naturgemäss eine schriftliche Beantwortung der Berufung nicht möglich sei. Konsequenterweise sei durch den neu eingefügten Abs. 2 von § 204 ZPO die Möglichkeit geschaffen worden, dass die Parteien nach dem Schriftenwechsel auf die Teilnahme an der Berufsverhandlung verzichten könnten. Im Zuge der Neuordnung des Berufsverfahrens sei nicht zuletzt wegen der Einführung des Begründungserfordernisses auch eine Ausdehnung der Rechtsmittelfrist auf 30 Tage erfolgt. Das alles mache deutlich, dass die schriftliche Begründung der Berufung ein wesentliches Erfordernis dieses Rechtsmittels darstelle. Fehle eine Berufungsbegründung, könne darin nicht ein formaler, untergeordneter

Mangel erblickt werden, der im Sinne von §90 Abs. 1 ZPO zu verbessern wäre. Bei der Begründungspflicht handle es sich vielmehr um eine Gültigkeitsvoraussetzung der Berufung (GVP 1987/88 S. 136 f.). In einem Urteil vom 10. März 1992 hielt das Obergericht unter Hinweis auf die Materialien fest, dass die 1984 eingeführte Begründungspflicht und damit einhergehende schriftliche Beantwortung der Berufung Verfahrensverzögerungen vorbeugen wolle, indem dem Gericht bereits vor der Berufungsverhandlung die Standpunkte der Parteien bekanntzugeben seien. Unter dem alten Recht habe das Gericht nach den Parteivorträgen oft die Akten nochmals prüfen und heiklen Rechtsfragen nachgehen müssen, wodurch das Urteil erst zu einem späteren Zeitpunkt habe gefällt werden können. Die Berufungsschrift müsse nun das Thema des Berufungsverfahrens abschliessend darlegen, damit von Anfang an klar sei, welche Überlegungen und Entscheidungen der ersten Instanz Gegenstand einer allfälligen Berufungsverhandlung und der zweitinstanzlichen Beurteilung sein werden. Eine Verzögerung des Berufungsverfahrens durch neue Anträge oder Rügen könne damit ausgeschlossen werden. Insbesondere solle die Berufungsverhandlung dem Berufungskläger nicht die Möglichkeit eröffnen, der Berufungsinstanz doch noch vorzutragen, was er in der Berufungsschrift vorzutragen unterliess (OG 1990/17). Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Augenmerk der Gesetzesrevision zur Hauptsache dem Begründungserfordernis galt. Der Gegenstand des Berufungsverfahrens und damit der Berufungsverhandlung und der zweitinstanzlichen Beurteilung wird durch die Berufung sowie die allfällige Anschlussberufung bestimmt, nicht durch deren Beantwortung. Eine Ausweitung des Prozessstoffes ist im Rahmen der Berufungsantwort nicht möglich. Wohl ist nicht zu verkennen, dass der mit der Novelle von 1984 verfolgte Zweck der Verfahrensbeschleunigung eine gewisse Einschränkung erfährt, wenn die Gegenpartei noch in der Berufungsverhandlung zur (mündlichen) Beantwortung der Berufung zugelassen wird, insbesondere wenn dem Berufungskläger – wie vorliegend – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Parteivortrag des Berufungsbeklagten anzusetzen ist. Nicht anders verhält es sich indes, wenn nach ordnungsgemäss durchgeführtem Schriftenwechsel die eine oder andere Partei an der Berufungsverhandlung noch zulässigerweise Noven vorbringt. Auch das kann dazu führen, dass der Gegenseite Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme einzuräumen ist.

1.2.4 Im Lichte einer ganzheitlichen Auslegung ist zusammenfassend festzuhalten, dass § 201 Abs. 2 ZPO den Charakter einer Ordnungsvorschrift hat und nicht bezweckt, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen (vgl. §97 Abs. 1 ZPO-AG; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 6 zu § 97 ZPO-AG).

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 17. Dezember 2002, i.S. 1. D. Inc. und 2. R. / G. AG