

gelten. Das Gesuch um Sicherstellung der Parteikosten der Gesuchstellerin im Hauptprozess ist abzuweisen.

**9 § 321 Abs. 1 und 3 ZPO.**

**Novenrecht bezüglich zivilrechtlicher Einwendungen.** Auch im Falle einer zivilrechtlichen Einwendung wie Erfüllung, welche als eine Frage der Rechtsanwendung in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten ist, müssen die dafür erforderlichen Tatsachen, d.h. tatsächlichen Behauptungen und Beweismittel, wie bei den zivilrechtlichen Einreden rechtzeitig vorliegen, andernfalls sie vom Novenverbot erfasst werden und die zivilrechtliche Einwendung deshalb nicht geprüft werden kann (Präzisierung der Rechtsprechung zu AGVE 1996 Nr. 20 S. 69 ff.).

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 19. Mai 2004 in Sachen Z. F. GmbH gegen C. B.

*Aus den Erwägungen*

1. Gemäss § 321 Abs. 1 ZPO können in der schriftlichen Begründung von Appellation und Anschlussappellation sowie in der Antwort auf diese neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden, wenn eine Partei dartut, dass sie diese im erstinstanzliche Verfahren nicht mehr hat vorbringen können. Einer Partei, die vor erster Instanz säumig war, steht dieses Recht nicht zu (§ 321 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Der Beklagte reichte trotz zweimaliger Aufforderung durch den Gerichtspräsidenten keine Klageantwort ein, d.h. er blieb vor erster Instanz säumig. Ihm steht deshalb das Recht, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, d.h. tatsächliche Behauptungen und Bestreitungen, Beweismittel, Beweisanträge und Beweiseinreden sowie zivilrechtliche Einreden und Gestaltungsrechte (Bühler, Das Novenrecht im neuen Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986, S. 80) im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, nicht zu. Sinngemäss macht er mit Appellation (zumindest teilweise) Erfüllung geltend. Dabei handelt es sich um eine zivilrechtliche Einwendung, welche zivilrecht-

lich die (teilweise) Aufhebung des Anspruchs zur Folge hat, und nicht um ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne des Novenrechts. Eine solche zivilrechtliche Einwendung ist als eine Frage der Rechtsanwendung in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten, sofern die dafür erforderlichen Tatsachen vorliegen (Bühler, a.a.O., S. 81 ff.). Dies ist indessen nicht der Fall, da der Beklagte die der (teilweisen) Erfüllung zu Grunde liegenden tatsächlichen Behauptungen erstmals mit Appellation vorträgt und die dazu notwendigen Beweismittel, Zahlungsbelege und Quittungen, erstmals mit Appellation einreicht. Damit aber ist er infolge Säumnis vor Vorinstanz ausgeschlossen, weshalb der Einwendungstatbestand der (teilweisen) Erfüllung nicht geprüft werden kann, da die dafür erforderlichen Tatsachen nicht vorliegen und eine erneute Prüfung des Sachverhalts gestützt auf die neuen Belege vor Obergericht nicht zulässig ist, zumal es sich dabei um unechte Noven, d.h. um solche handelt, die sich bereits vor Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids verwirklicht haben und dem Beklagten auch bereits bekannt waren (Bühler, a.a.O., S. 93).

Die damalige 2. und heutige 4. Zivilkammer des Obergerichts hat in publizierter Rechtsprechung (AGVE 1996 Nr. 20 S. 69 ff.) bisher anders entschieden und den Einwendungstatbestand der Tilgung im Rechtsöffnungsverfahren beachtet, auch wenn er sich auf Tatsachenbehauptungen und Beweismittel stützte, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können, aber erst in zweiter Instanz vorgebracht wurden. Daran kann jedoch nicht festgehalten werden, da zwar der Einwendungstatbestand der Erfüllung als eine Frage der Rechtsanwendung jederzeit geltend gemacht werden kann und von Amtes wegen zu beachten ist, die dazu notwendigen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel aber rechtzeitig vorliegen müssen. Mit anderen Worten gilt bezüglich der Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nichts anderes als bei den zivilrechtlichen Einreden, sie müssen rechtzeitig vorliegen, andernfalls sie vom Novenverbot erfasst werden (vgl. dazu auch Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 5 zu § 183 mit Hinweisen).

**10 § 209 Abs. 2 ZPO; Art. 367 Abs. 2 OR.**

**Vorsorgliche Beweisabnahme.** Indem die Beweissicherung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR nach der aargauischen Zivilprozessordnung in das Beweissicherungsverfahren gemäss §§ 209 ff. ZPO gewiesen wird und dadurch die Gegenpartei und allfällige Dritte als Streithelfer in das Verfahren miteinbezogen werden und Gelegenheit erhalten, sich zur Person des Experten und zum Gesuch zu äussern, und der Gerichtspräsident danach über allfällige solche Einwendungen entscheidet, wird kein Bundesrecht vereitelt.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 28. Januar 2004 in Sachen R. AG.

*Aus den Erwägungen*

1. b) Im aargauischen Zivilprozessrecht ist die Beweissicherung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR ausdrücklich in das Beweissicherungsverfahren gemäss § 209 ff. ZPO gewiesen. Gemäss § 209 Abs. 2 ZPO ist eine vorsorgliche Beweisabnahme voraussetzungslos zulässig.

Mit der kantonalechtlichen Lösung wird das bundesrechtlich geregelte Institut von Art. 367 Abs. 2 OR nicht beeinträchtigt. In diesem geht es gemäss dem Gesetzestext um die Gewährleistung der amtlichen Prüfung des Werkes und der Beurkundung des Befundes. Das Bundesrecht gebietet also, dass sichergestellt ist, dass auf Gesuch einer Partei des Werkvertrags ein Sachverständiger bestimmt wird und dieser ein Gutachten abgibt, welches beurkundet wird. Wenn nach aargauischem Prozessrecht die andere Vertragspartei in das Verfahren einbezogen und ihr Gelegenheit gegeben wird, sich zur Person des Experten und zum Gesuch zu äussern, und der Gerichtspräsident über allfällige solche Einwendungen befindet (§ 213 ZPO), wird damit das Bundesrecht nicht vereitelt. Das Gleiche gilt selbstredend auch, wenn weitere Beteiligte, auf die allenfalls in einem späteren Prozess Regress genommen würde, einbezogen werden. Auch damit bleibt der bundesrechtlich zu gewährleistende Anspruch auf