

# **BGer 4A\_122/2021 vom 14. September 2021**

Bundesgericht, 2021-09-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_122\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_122_2021)

FR: TF 4A\_122/2021 du 14 septembre 2021

IT: TF 4A\_122/2021 del 14 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich nur gegeben, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ).

#### **E. 1.1**

Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag nicht, ist die Beschwerde in Zivilsachen dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt ( Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ). Dieser Begriff ist restriktiv auszulegen. Soweit es bei der aufgeworfenen Frage lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ( BGE 140 III 501 E. 1.3; 135 III 1 E. 1.3). Die Voraussetzung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ist hingegen erfüllt, wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen ( BGE 144 III 164 E. 1; 141 III 159 E. 1.2).

#### **E. 1.2**

Die Frage muss von allgemeiner Tragweite sein ( BGE 140 III 501 E. 1.3; 134 III 267 E. 1.2 mit weiteren Hinweisen). Eine neue Rechtsfrage kann vom Bundesgericht sodann beurteilt werden, wenn dessen Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann, namentlich wenn von unteren Instanzen viele gleichartige Fälle zu beurteilen sein werden ( BGE 140 III 501 E. 1.3; 135 III 1 E. 1.3; vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4309 Ziff. 4.1.3.1 zu Art. 70 E-BGG).

#### **E. 1.3**

Auch eine vom Bundesgericht bereits entschiedene Rechtsfrage kann unter der Voraussetzung von grundsätzlicher Bedeutung sein, dass sich die erneute Überprüfung aufdrängt. Dies kann zutreffen, wenn die Rechtsprechung nicht einheitlich oder in der massgebenden Lehre auf erhebliche Kritik gestossen ist oder wenn in der Zwischenzeit neue Gesetzesbestimmungen in Kraft getreten sind ( BGE 139 II 340 E. 4; 135 III 1 E. 1.3).

#### **E. 1.4**

Einer Rechtsfrage, zu der bereits eine bundesgerichtliche Rechtsprechung besteht, kommt nicht allein deswegen grundsätzliche Bedeutung zu, weil sie vom Bundesgericht im konkret zu beurteilenden Kontext allenfalls noch nie entschieden wurde. Nur wenn begründete Zweifel daran bestehen können, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch unter den besonderen Umständen des konkreten Falles Anwendung findet, und sich dieselbe Frage analog bei weiteren Fällen stellen könnte, geht es nicht mehr allein um die Anwendung von

Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall und kann der Frage grundsätzliche Bedeutung zukommen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_400/2020 vom 9. Dezember 2020 E. 2.3).

### **E. 1.5**

Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist in der Beschwerdeschrift auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist ( Art. 42 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer erkennt, dass der für eine Beschwerde in Zivilsachen notwendige Streitwert nicht erreicht wird. Er ist der Ansicht, es stellten sich zwei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung:

#### **E. 2.1**

Er wirft zunächst die Frage auf, ob sich ein Gericht im Anwendungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes in seiner Urteilsbegründung auf Akten eines anderen, abgeschlossenen Verfahrens abstützen darf, obwohl die entsprechenden Behauptungen von keiner Partei vorgetragen wurden und der Beizug dieser Akten von keiner Partei beantragt worden ist. Er meint, ein solches Vorgehen verstosse gegen Art. 55 Abs. 1 ZPO (Verhandlungsgrundsatz). Die Frage sei in der Lehre umstritten. Einerseits werde der Beizug von Urkunden (Akten des Gerichts) von Amtes wegen unter der Verhandlungsmaxime und der "Flagge" der Gerichtsnotorietät für unzulässig erachtet (vgl. PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 151 ZPO ). Andererseits hielten andere Autoren ein solches Vorgehen grundsätzlich für zulässig (FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 4 ff. zu Art. 151 ZPO ).

#### **E. 2.2**

Sodann stellt er die Frage, ob ein entsprechendes Vorgehen auch zulässig sei, ohne den Parteien zu diesen Tatsachen und Akten das rechtliche Gehör zu gewähren. In der Lehre bestehe zwar Einigkeit, dass den Parteien vor der Berücksichtigung von gerichtsnotorischen Tatsachen das rechtliche Gehör zu gewähren sei. Trotzdem handle es sich um eine vom Bundesgericht bis anhin nicht geklärte Frage.

#### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer ist zwar der Auffassung, beide Fragen seien vom Bundesgericht im Geltungsbereich der eidgenössischen ZPO noch nie beurteilt worden, er verweist aber selbst für beide Fragen auf das zur ehemaligen Thurgauer ZPO ergangene Urteil des Bundesgerichts 4A\_37/2014 vom 24. Juni 2014 E. 2.4.1. Um seine Fragen als grundsätzlich auszuweisen, müsste er darlegen, inwiefern durch die Gesetzesänderung Zweifel daran entstehen könnten, dass die von ihm zitierte Rechtsprechung Anwendung findet. Ansonsten handelt es sich einfach um die Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor Inkrafttreten der ZPO auf einen dieser unterworfenen Fall. Dass formell neue Gesetzesbestimmungen in Kraft getreten sind, ist nur relevant, wenn dadurch Zweifel am Fortbestand der Rechtsprechung aufkommen können (vgl. E. 1.3 und 1.4 hiervor).

##### **E. 2.3.1**

Das ist namentlich in Bezug auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht der Fall, welches auch unter Geltung der kantonalen ZPO durch Art. 29 Abs. 2 BV garantiert war. Insoweit wird nicht rechtsgenügend aufgezeigt, dass der Frage grundsätzliche Bedeutung zukommt, ganz abgesehen davon, dass die Gehörsverletzung auch im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann gleich wie in einer Beschwerde in Zivilsachen - insoweit bestünde kein Anlass, die Eingabe des Beschwerdeführers als Beschwerde in Zivilsachen entgegenzunehmen.

### **E. 2.3.2**

Aber auch in Bezug auf die erste Frage genügen die Ausführungen des Beschwerdeführers nicht: Zwar wird in der Literatur tatsächlich die Auffassung vertreten, der Beizug von Urkunden (Akten des Gerichts) unter der "Flagge" der Gerichtsnotorietät sei unter der Verhandlungsmaxime unzulässig. Begründet wird dies aber nicht damit, es sei unzulässig, dass ein Gericht sein Wissen aus einem Drittverfahren verwende, sondern weil es dem Gericht - besondere Bestimmungen vorbehalten - grundsätzlich untersagt sei, von Amtes wegen Urkunden einzuholen (GUYAN, a.a.O., N. 3 zu Art. 151 ZPO ). Vor dieser Stelle referiert derselbe Autor die zum kantonalen Recht ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts (zit. Urteil 4A\_37/2014 E. 2.4.1), das - unter Vorbehalt von Geheimnissen und des rechtlichen Gehörs - auch eine Berücksichtigung gerichtlicher Kenntnisse aus Drittverfahren für zulässig erachtete. Dies scheint der Autor nicht grundsätzlich zu beanstanden; er führt lediglich aus, würden die Kenntnisse auf das Gericht eingeschränkt, würde den Parteien eine gebührende Reaktion verunmöglicht - insbesondere, wenn auch auf eine Tatsachendarstellung verzichtet werde -, was unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ( Art. 52 ZPO ) und nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht vertretbar sei.

Da in der Regel sämtliche Tatsachen, von denen eine Gerichtsperson im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis erhält, in irgendwelchen Verfahrensakten dokumentiert sind, kann allein dies einer Berücksichtigung nicht entgegenstehen, sonst würde Art. 151 ZPO in Bezug auf die Gerichtsnotorietät insoweit ausgehöhlt. Auch der Hinweis auf die Akten kann nicht unzulässig sein, da dies den Parteien erlaubt, die Gerichtsnotorietät nachzuvollziehen. Auf diesen Punkt geht die Beschwerde nicht rechtsgenügend ein. Der zitierten Literaturstelle kommt offensichtlich nicht die Tragweite zu, die ihr in der Beschwerde zugemessen wird. Auch insoweit genügt diese den Begründungsanforderungen nicht.

### **E. 2.4**

Hinzu kommt, dass auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur eidgenössischen ZPO das Gericht sog. gerichtsnotorische Tatsachen im Rahmen des Prozessthemas unbeschadet der Parteibehauptungen von Amtes wegen in den Prozess einführen darf ( BGE 135 III 88 E. 4.1 mit Hinweisen). Dabei hat das Bundesgericht unter Hinweis auf das zit. Urteil 4A\_37/2014 E. 2.4.1 ausdrücklich festgehalten, dazu gehörten namentlich Beweisergebnisse aus früheren Verfahren zwischen den nämlichen Parteien (Urteil des Bundesgerichts 4A\_180/2017 vom 31. Oktober 2017 E. 4.3; vgl. auch Urteile 5A\_467/2020 vom 7. September 2020 E. 5.2; 5A\_774/2017 vom 12. Februar 2018 E. 4.1.1). Zumindest insoweit wurde die Frage unter Geltung der ZPO bereits explizit beantwortet.

### **E. 3**

Dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellen würde, wird nicht hinreichend dargetan, weshalb auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht einzutreten ist und

die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offensteht. Ohnehin sind aber die vom Beschwerdeführer angeführten Tatsachen, die sich aus dem Drittverfahren ergeben, für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend, so dass bereits aus diesem Grund die Beschwerde in Zivilsachen nicht gegeben wäre und sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als nicht stichhaltig erweist:

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt, bei der Vertragsauslegung und Behandlung seiner Rügen habe die Vorinstanz auf Tatsachen und Akten aus dem abgeschlossenen Drittverfahren (KG 1 B 13 44) abgestellt (vgl. Sachverhalt B.b.b), das in den Jahren 2013/2014 am Kantonsgericht Luzern zwischen ihm und dem Verkäufer des Astrolabiums geführt worden sei. Dazu zitiert er zwei Passagen des angefochtenen Entscheides:

#### **E. 3.1.1**

"Berücksichtigt man, wie vom Kläger verlangt, bei der Auslegung auch das Verhalten der Parteien, so ergibt auch dies, dass die Parteien um die Mängel der ursprünglichen Konstruktion wussten, kam es doch immer wieder zum Streit zwischen ihnen um die Fertigstellung. Offenbar kamen bei der Reparatur Funktionsmängel zum Vorschein, von denen die Parteien zu Beginn nichts wissen konnten. Auch gab es Streit um die Vergütung, da der Kläger nicht so klar sagte, wie weit er bereit war, Neukonstruktionen zu bezahlen (KG-Verfahren 1B 13 44 und dort enthaltene Berufungsschrift [...])."

#### **E. 3.1.2**

"Sofern der Kläger aus der Tatsache, dass er für das Astrolabium lediglich Fr. 26'000.- bezahlt hatte und die Reparaturarbeiten Fr. 24'500.- kosteten, ableiten will, dass er mit diesen Reparaturen ein vollkommen funktionierendes Astrolabium verlangen konnte, verkennt er, dass offenbar der tiefe Kaufpreis eben darin begründet war, dass verschiedene Funktionen nicht funktionierten und deshalb ein aufwändiger Interventionsbedarf bestanden hatte (KG-Verfahren 1B 13 44)."

#### **E. 3.1.3**

Der Beschwerdeführer beanstandet, keine Partei habe entsprechende Behauptungen aufgestellt oder den Beizug der Akten des Verfahrens 1B 13 44 beantragt. Er rügt einen Verstoss gegen die Verhandlungsmaxime und eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör.

### **E. 3.2**

Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen ( BGE 142 I 86 E. 2.2 ; 135 I 187 E. 2.2 ; 127 I 54 E. 2b mit Hinweis).

### **E. 3.3**

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs fällt nur bei für den Prozessausgang wesentlichen Tatsachen in Betracht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.4). Auch aus einer allfälligen Verletzung der Verhandlungsmaxime könnte der Beschwerdeführer nur unter dieser Voraussetzung etwas zu seinen Gunsten ableiten, da die Beschwerde sonst auf einen Streit über die Entscheidungsgründe hinausläufe, woran kein Rechtsschutzinteresse besteht (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_223/2012 vom 20. August 2012 E. 2.4; 4A\_157/2009 vom 22. Juni 2009 E. 2). Er behauptet denn auch, die zu Unrecht beigezogenen Tatsachenbehauptungen und Akten seien wesentlich für den Entscheid der Vorinstanz. Sie habe damit zwei wesentliche Auslegungselemente, deren Nichtberücksichtigung er in der Berufung gerügt habe, zu entkräften versucht. Einerseits habe sie damit sein Argument entkräften wollen, die schriftlichen Äusserungen des Beschwerdegegners nach dem Vertragsschluss deuteten darauf hin, dass dieser ebenfalls davon ausgegangen sei, es sei ein perfekt funktionierendes Astrolabium geschuldet. Andererseits habe sie damit sein Argument widerlegen wollen, wonach der hohe Werklohn ebenfalls für diese, von ihm vertretene Auslegung spreche. Er ist der Auffassung, hätte die Vorinstanz die zu Unrecht beigezogenen Tatsachen und Akten nicht berücksichtigt oder ihm dazu das rechtliche Gehör gewährt, hätte die Vertragsauslegung anders ausfallen müssen, nämlich dass sich der Beschwerdegegner verpflichtet habe, alle fünf Werke/Mechanismen des Astrolabiums so herzustellen, dass sie korrekt funktionieren, d.h. die korrekten Zeiten/Positionen/Werte anzeigen. Dieser Ansicht kann indessen nicht gefolgt werden.

### **E. 3.3.1**

Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid hatte der Beschwerdeführer unter anderem geltend gemacht, bezüglich des Verhaltens der Parteien sei zu beachten, dass der Beschwerdegegner gegenüber ihm immer wieder behauptet habe, das Astrolabium funktioniere tadellos beziehungsweise perfekt. Erst als er sich seiner mangelhaften Arbeit bewusst geworden sei, habe er begonnen zu behaupten, die Abweichung sei in der ursprünglichen Konstruktion begründet. Diese Äusserungen illustrierten, dass er während und noch längere Zeit nach seiner Werksarbeit davon ausgegangen sei, es sei ein tadelloses beziehungsweise perfekt funktionierendes Astrolabium geschuldet. Dies obwohl er gemäss dem Gutachten bei den Arbeiten hätte erkennen müssen, dass die Sternenuhr falsch laufe.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers lässt sich daraus für die entscheidende Frage nichts ableiten. Selbst wenn der Beschwerdegegner an sich davon ausgegangen sein sollte, dass grundsätzlich ein tadelloses beziehungsweise perfekt funktionierendes Astrolabium geschuldet war, könnte der Beschwerdeführer daraus nur etwas ableiten, wenn feststehen würde, dass der Beschwerdegegner bei Vertragsschluss um Konstruktionsmängel in der ursprünglichen Konstruktion gewusst hätte oder die Parteien den Vertrag mit Blick auf diese Möglichkeit geschlossen hätten. Erhält der Beschwerdegegner ohne Hinweis auf Konstruktionsfehler ein defektes Objekt zur Reparatur, kann er nach Treu und Glauben davon ausgehen, ein tadelloses beziehungsweise perfekt funktionierendes Objekt lasse sich durch Reparatur der bestehenden Defekte erreichen. Er muss nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, er müsse eigentliche Konstruktionsfehler ausmerzen. Bei einer eigentlichen Fehlkonstruktion wäre es theoretisch denkbar, dass das zu reparierende Objekt überhaupt nicht korrekt zum Laufen gebracht werden kann, sondern dazu eine völlige Neukonstruktion notwendig wäre. Selbst wenn der Beschwerdegegner bei den Arbeiten hätte erkennen müssen, dass die Sternenuhr falsch läuft, kann daraus für die Frage, ob das

Astrolabium entsprechend seiner ursprünglichen Konstruktion tadellos zum Laufen gebracht werden sollte, oder ob sich der Beschwerdegegner dazu verpflichtet hat, auch allfällige Konstruktionsfehler auszumerzen, nichts abgeleitet werden. Soll auch das Ausmerzen von bei Vertragsschluss noch nicht entdeckten Konstruktionsmängeln Teil der geschuldeten Vertragsleistung bilden, müsste sich dies aus dem Vertrag oder den Umständen klar ergeben, zumal der Umfang der geschuldeten Leistung bei nicht entdeckten Mängeln im Voraus kaum abschätzbar wäre.

### **E. 3.3.2**

Ferner hat der Beschwerdeführer nach den Feststellungen der Vorinstanz ausgeführt, bei der Auslegung der Begleitumstände sei zu berücksichtigen, dass er für den Kauf des Astrolabiums Fr. 26'000.-- bezahlt habe. Für die Arbeiten des Beschwerdegegners habe er nochmals fast gleichviel bezahlt, nämlich Fr. 24'500.--. Wäre es nur darum gegangen, das Astrolabium zusammensetzen, wäre dieser Preis deutlich überhöht. Mit Blick auf den Vertragszweck sei zu beachten, dass der Beschwerdeführer wohl kaum für fast Fr. 30'000.-- ein astronomisches Werk gekauft hätte und dieses für fast gleichviel Geld hätte zusammensetzen lassen, wenn dieses die Werte und Zeiten nicht richtig anzeige. Selbstverständlich habe er mit der Beauftragung des Beschwerdegegners gewollt, dass dieser ihm ein korrekt funktionierendes Astrolabium erstelle, welches die Zeiten/Werte korrekt anzeige, was auch dem Beschwerdegegner habe klar sein müssen.

Auch hier verkennt der Beschwerdeführer, dass der Beschwerdegegner ohne Hinweis auf die Möglichkeit von Konstruktionsfehlern nach Treu und Glauben bei einem zur Reparatur gegebenen Objekt grundsätzlich nicht davon ausgehen muss, es sei unter Umständen auch eine Neukonstruktion zu entwerfen zur Behebung allfälliger Konstruktionsmängel. Aus der Höhe des bezahlten Preises kann der Beschwerdeführer nichts ableiten. Er behauptet zwar sinngemäss, es sei ein Preis vereinbart worden, der für eine blossе Reparatur derart übersetzt erscheine, dass der Beschwerdegegner daraus nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen, dass auch das Ausmerzen allfälliger bei Vertragsschluss noch gar nicht erkannter Konstruktionsmängel geschuldet war. Entsprechende Feststellungen zur Höhe des Preises und dem Umfang der erbrachten Leistung sind dem angefochtenen Entscheid aber nicht zu entnehmen. Dass der Beschwerdeführer die hohen Reparaturkosten allenfalls nur auf sich genommen hat, weil er dafür ein perfekt funktionierendes Astrolabium zu erhalten glaubte, bedeutet nicht, dass er nach Treu und Glauben vom Beschwerdegegner ein solches erwarten durfte, wenn die Mängel in der ursprünglichen Konstruktion und nicht in einer mangelhaften Reparatur des Objekts begründet sind - jedenfalls soweit die Konstruktionsmängel nicht offensichtlich sind und sich im Rahmen der gewöhnlichen Reparatur ohne nennenswerten Aufwand beseitigen lassen. Dass dies der Fall wäre, macht der Beschwerdeführer aber nicht geltend.

### **E. 3.4**

Die vom Beschwerdeführer angeführten Punkte, zu deren Widerlegung die Vorinstanz ihr aus einem Drittverfahren bekannte Tatsachen in ihre Argumentation hat einfließen lassen, sind, auch wenn diese Tatsachen nicht berücksichtigt werden, nicht geeignet, die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip zu einem anderen Ergebnis kommen zu lassen. Es bleibt dabei, dass keine Umstände dargetan sind, aus denen der Beschwerdegegner hätte erkennen müssen, dass mehr geschuldet wäre, als das Objekt entsprechend seiner ursprünglichen Konstruktion fehlerfrei zum Laufen zu bringen. Die

Beseitigung von eigentlichen Konstruktionsfehlern war darin nicht inbegriffen. Den vom Beschwerdeführer beanstandeten Tatsachen kommt keine Prozessrelevanz zu, weshalb insoweit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ausscheidet und einer allfälligen Verletzung der Verhandlungsmaxime keine Bedeutung zukommt. Ohnehin wäre die Rüge einer Gehörsverletzung nicht hinreichend begründet.

#### **E. 3.4.1**

Trotz der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör verlangt das Bundesgericht nämlich von der beschwerdeführenden Partei, dass sie angibt, welche Vorbringen sie in das Verfahren bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können. So wird verhindert, dass eine Rückweisung zum blossen Leerlauf wird, weil die betroffene Partei gar nichts Weiteres zu sagen hat (Urteile des Bundesgerichts 4A\_593/2020 vom 23. Juni 2021 E. 7.2; 5A\_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3; 5A\_699/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 3.1.3; je mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 3.2.4).

#### **E. 3.4.2**

Diesbezüglich fehlen rechtsgenügende Angaben in der Beschwerde. Unbehelflich ist, wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerdereplik ausführt, er müsse sein rechtliches Gehör nicht vor Bundesgericht wahrnehmen, zumal er dafür Akteneinsicht in die Akten des Verfahrens KG 1 B 13 44 benötigen würde. Es geht nicht um die vom Beschwerdeführer in der Replik thematisierte Möglichkeit, eine Gehörsverletzung zu heilen, sondern um die Begründungsanforderungen an die Rüge einer Gehörsverletzung. Die Begründung hat aber in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 ; 132 I 42 E. 3.3.4). Dies ist hier nicht der Fall. Bereits die in der Beschwerde erhobene Rüge der Gehörsverletzung hätte dazu Anlass gegeben auszuführen, was der Beschwerdeführer bei Gewährung des rechtlichen Gehörs hätte in das Verfahren einbringen wollen, zumal ihm der Inhalt der Verfahrensakten, auf welche die Vorinstanz verwies, als damalige Verfahrenspartei bekannt sein musste, so dass er insoweit seine Beschwerde rechtsgenügend hätte begründen können (vgl. zit. Urteil 4A\_453/2016 E. 4.3). Aber selbst wenn er zum Entscheid darüber, ob er sich äussern will, Akteneinsicht benötigt hätte, hätte er zur hinreichenden Begründung in der Beschwerde zumindest darlegen müssen, inwiefern dies der Fall ist (vgl. zit. Urteil 4A\_453/2016 E. 4.3; vgl. auch Urteil 4D\_91/2011 vom 4. April 2012 E. 5.5.2) und dass er nach Erhalt des angefochtenen Entscheides Einsicht in die Akten beantragt hat, sie ihm aber nicht rechtzeitig für eine Berücksichtigung in seiner Beschwerde gewährt worden ist. Denn nur diesfalls könnten von ihm keine weiteren Angaben in der Beschwerde verlangt werden.

#### **E. 3.5**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, weil sie nicht begründet habe, gestützt auf welche Grundlage sie die Akten des Verfahrens KG 1 B 13 44 beigezogen habe. Über die Begründung könne nur spekuliert werden, so dass eine sachgerechte Anfechtung dieser Handlung und ihrer Begründung nicht möglich gewesen sei.

#### **E. 3.5.1**

Der Beschwerdeführer behauptet, er könne nur über die Begründung spekulieren, er hat aber erkannt, dass seine Berufung von der gleichen Richterin beurteilt worden ist, die auch im Verfahren KG 1 B 13 44 als Richterin involviert war. Vor diesem Hintergrund musste für ihn offensichtlich sein, dass es sich aus Sicht der Richterin um gerichtsnotorische Tatsachen handelte.

#### **E. 3.5.2**

Der Beschwerdeführer "spekuliert" denn auch einzig darüber, ob die vorinstanzliche Richterin sich auf Art. 151 ZPO (gerichtsnotorische Tatsachen) stützen wolle. Er nennt keine alternativen Grundlagen für eine Berücksichtigung, die in seinen Augen allenfalls in Betracht hätten kommen können. Es bestand für ihn mithin weder eine Ungewissheit, die eine sachgerechte Anfechtung hätte erschweren können, noch fehlten ihm zu dieser die notwendigen Angaben. Da der Beschwerdeführer tatsächlich erkannt hat, auf welcher Grundlage die Berücksichtigung der Tatsachen erfolgte, war ihm eine sachgerechte Anfechtung möglich. Insoweit ist die Rüge der Gehörsverletzung nicht zu hören, abgesehen davon, dass sie keine für den Ausgang des Verfahrens entscheidenden Punkte betrifft und daher ohnehin an der Sache vorbeigeht.

#### **E. 4**

Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist nicht einzutreten. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Da der Beschwerdegegner nicht anwaltlich vertreten ist, steht ihm keine Parteientschädigung zu ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 133 III 439 E. 4 mit Hinweis).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.