

# Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung

Dissertationszusammenfassung

BENJAMIN DOMENIG\*

SCHLAGWÖRTER

Summarisches Verfahren – ZPO – Aktenschluss – Novenrecht – Replikrecht

## I. Einleitung

Das summarische Verfahren ist in der Praxis von überragender Bedeutung. Vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung war es in den einzelnen Kantonen teils sehr unterschiedlich normiert. Dies führte auch nach der Einführung der ZPO zu einer uneinheitlichen Interpretation der Bestimmungen des summarischen Verfahrens durch die kantonalen und regionalen Gerichte. Trotzdem hat sich der Gesetzgeber offensichtlich für eine marginale Normierung des summarischen Verfahrens entschieden.<sup>1</sup>

Der relevanteste Streitpunkt war lange die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Aktenschlusses im summarischen Verfahren. Doch auch die Fragen nach der Anwendung und Ausgestaltung des Noven- und des Replikrechts sind nach einem Blick ins Gesetz erklärungsbedürftig. Der Autor hat im Rahmen seiner Dissertation die kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung analysiert und sich eingehend mit diesen Fragen beschäftigt. Die wichtigsten Erkenntnisse werden im Folgenden in der gebotenen Kürze dargelegt.

## II. Der Aktenschluss im summarischen Verfahren

Der Aktenschluss umschreibt den Zeitpunkt, ab welchem die Verfahrensparteien den Prozessstoff nicht mehr unbeschränkt mit neuen Tatsachenbehauptungen und Be-

weismitteln ergänzen dürfen.<sup>2</sup> Während der Aktenschluss im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren jeweils nach der zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit eintritt,<sup>3</sup> war die Frage im summarischen Verfahren lange umstritten. Das Bundesgericht setzte der unklaren Rechtslage und der damit verbundenen unterschiedlichen kantonalen Rechtsprechung<sup>4</sup> in BGE 146 III 237 ein Ende: Der Aktenschluss tritt im summarischen Verfahren erst nach dem zweiten Schriftenwechsel ein, wenn das Gericht einen solchen anordnet.<sup>5</sup> Damit hat sich das Bundesgericht im Ergebnis einer Mindermeinung angeschlossen.<sup>6</sup> Begründet wird dies damit, dass bei Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels das summarische Verfahren über den Standardfall der einmaligen Anhörung der Parteien erweitert werde, weshalb Art. 229 ZPO analog auf das summarische Verfahren anzuwenden sei.<sup>7</sup>

Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Aktenschluss im summarischen Verfahren ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen.<sup>8</sup>

### A. Das Summarverfahrensrecht regelt den Aktenschluss selbstständig

In Lehre und Rechtsprechung stand bisher jeweils die Frage im Zentrum, ob sich eine sinnngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO aufgrund von Art. 219 ZPO auf

\* BENJAMIN DOMENIG, Dr. iur., M.A. HSG in Law and Economics, Rechtsanwalt, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG. Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9\_13.

<sup>1</sup> BENJAMIN DOMENIG, Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2022, N 1.

<sup>2</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 9; BENEDIKT SEILER, die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1236 m.w.H.

<sup>3</sup> BGE 144 III 117, E. 2.2 m.w.H.

<sup>4</sup> Eine ausführliche Zusammenfassung und Analyse der wichtigsten publizierten und unpublizierten Entscheide findet sich in DOMENIG (Fn. 1), N 48 ff.

<sup>5</sup> BGE 146 III 237, E. 3.1.

<sup>6</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 47 und 67 ff.

<sup>7</sup> BGE 146 III 237, E. 3.1.

<sup>8</sup> Eingehend dazu DOMENIG (Fn. 1), N 122 ff.; kritisch auch EMANUEL THALER/RAINER EGLI, Mietrecht im summarischen Verfahren, mp 2021, 175 ff., 184 f.

das summarische Verfahren rechtfertigt, und wenn ja, in welchem Umfang. Dabei wird verkannt, dass eine sinn-gemässe Anwendung der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens nur dann infrage kommt, wenn die Normen des summarischen Verfahrens nichts anderes bestimmen.

Nach der hier vertretenen Auffassung regeln die Bestimmungen des summarischen Verfahrens den Aktenschluss durch *qualifiziertes Schweigen* selbstständig.<sup>9</sup> So räumt die ZPO dem Gericht sowohl für das ordentliche (Art. 225 ZPO), das vereinfachte (Art. 246 Abs. 2 ZPO) als auch für das Berufungsverfahren (Art. 316 Abs. 2 ZPO) die Möglichkeit zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels ein. Auch in Bezug auf das Schlichtungsverfahren findet sich eine Regelung zu den Schriftenwechseln (Art. 202 Abs. 4 ZPO). Einzig im Summarverfahrenrecht sucht man vergebens nach einer ausdrücklichen Regelung oder Verweisnorm.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber hätte in den anderen Verfahrensarten auf eine Regelung der Anzahl Schriftenwechsel verzichtet, wenn er davon ausgegangen wäre, dass ein zweiter Schriftenwechsel gestützt auf Art. 219 ZPO ohnehin zulässig ist. Hätte der Gesetzgeber anders herum den Gerichten im summarischen Verfahren die Möglichkeit zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels einräumen wollen, hätte er dies im Summarverfahrenrecht verankert.<sup>11</sup> Die grammatikalische,<sup>12</sup> historische<sup>13</sup> und teleologische<sup>14</sup> Auslegung führen aus unterschiedlichen Gründen zum gleichen Ergebnis.

Der Gesetzgeber hat dementsprechend die Frage nach der Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels nicht übersehen, sondern durch bewusstes bzw. qualifiziertes Schweigen verneint. Da keine Gesetzeslücke vorliegt, erübrigt sich folglich die Prüfung der analogen Anwen-

dung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren. Mangels Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels muss der Aktenschluss zwingend mit dem Eingang der Stellungnahme des Gesuchsgegners eintreten. Dies gilt auch deshalb, weil in der Regel keine Hauptverhandlung stattfindet und somit keine weiteren Anknüpfungspunkte für den Aktenschluss bestehen.<sup>15</sup> Der Gesuchsteller ist folglich gehalten, sämtliche vorhersehbaren Einwendungen und Einreden des Gesuchsgegners bereits in seinem Gesuch zu entkräften.<sup>16</sup>

## B. Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Unbehelligt von dem in Ziff. II./A. hiervor Gesagten vermag die vom Bundesgericht in BGE 146 III 237 getroffene Lösung und deren Begründung nicht zu überzeugen. So hat das Interesse an Wahrheitsfindung im summarischen Verfahren hinter das zentrale Beschleunigungsgebot zurückzutreten.<sup>17</sup> Zudem hat das Bundesgericht im ordentlichen und vereinfachten Verfahren festgehalten, dass der Aktenschluss nicht ins richterliche Ermessen gestellt werden dürfe, da dies einen für die Parteien vorhersehbaren Prozessablauf verunmöglichen würde.<sup>18</sup> Schliesslich kann vom Gesuchsgegner – im Gegensatz zur Ansicht des Bundesgerichts – nicht erwartet werden, anhand seiner Stellungnahme zu antizipieren, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen wird.<sup>19</sup> Mit dem zwingenden Eintreten des Aktenschlusses nach der ersten Äusserungsmöglichkeit wäre all diesen Punkten Rechnung getragen. Darüber hinaus wäre es einer sorgfältig prozessierenden Partei ohne Weiteres möglich, überraschende Einwände der Gegenpartei im Rahmen des Novenrechts nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zu entkräften.

## III. Novenrecht im summarischen Verfahren

Während der Aktenschluss den Zeitpunkt regelt, ab welchem die Parteien neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nicht mehr unbeschränkt in den Prozess führen dürfen, regelt das Novenrecht Ausnahmen vom

<sup>9</sup> Eingehend dazu DOMENIG (Fn. 1), N 73 ff.

<sup>10</sup> Im Gegensatz zu den Formvorschriften an das Gesuch i.S.v. Art. 252 ZPO, für die das Summarverfahrenrecht in Art. 252 Abs. 2 ZPO direkt auf Art. 130 ZPO verweist.

<sup>11</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 100.

<sup>12</sup> Die ZPO sieht im summarischen Verfahren einzig ein Gesuch (Art. 252 ZPO) und eine Stellungnahme (Art. 253 ZPO), aber keinen zweiten Schriftenwechsel vor, vgl. DOMENIG (Fn. 1), N 74 ff.

<sup>13</sup> Der Gesetzgeber ging von einem einfachen Schriftenwechsel als Standardfall in sämtlichen Verfahren aus und hielt fest, dass ein zweiter Schriftenwechsel dem Wesen des summarischen Verfahrens zuwiderlaufe, vgl. Botschaft vom 18. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7350; DOMENIG (Fn. 1), N 102 ff.

<sup>14</sup> Art. 229 ZPO stellt die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt des Verfahrens. Da eine solche in den meisten summarischen Verfahren gar nicht stattfindet, entfällt eine sinn-gemässe Anwendung. Zudem wird die Anzahl Schriftenwechsel und damit der Zeitpunkt des Aktenschlusses abschliessend geregelt, vgl. DOMENIG (Fn. 1), N 111 ff.

<sup>15</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 138 ff.

<sup>16</sup> Eingehend zum Umfang der Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers DOMENIG (Fn. 1), N 278 ff.

<sup>17</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 136 f.; a.M. MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, 315 ff., 320.

<sup>18</sup> BGE 144 III 67, E. 2.1; 140 III 312, E. 6.3.2.3.

<sup>19</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 125.

Aktenschluss. Es beschlägt die Frage, ob neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel trotz des bereits eingetretenen Aktenschlusses vorgebracht werden können und vom Gericht berücksichtigt werden müssen.<sup>20</sup>

Im ordentlichen Verfahren ist das Novenrecht wiederum in Art. 229 ZPO geregelt. Art. 229 ZPO erfüllt demzufolge eine *Doppelfunktion*: In Bezug auf den Aktenschluss normiert Art. 229 ZPO dessen Eintreten, in Bezug auf das Novenrecht die Anforderungen an neue Tatsachen und Beweismittel nach Aktenschluss. Die sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren (vgl. Art. 219 ZPO) ist für beide Funktionen gesondert zu prüfen, weil die Frage nach der Anwendbarkeit des Novenrechts von der Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Aktenschlusses unabhängig ist.

### A. Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren

Im Unterschied zum Aktenschluss gibt das Summarverfahrensrecht keinerlei Aufschluss darüber, wie das Novenrecht in diesem Verfahren ausgestaltet werden soll. Gestützt auf Art. 219 ZPO findet daher Art. 229 ZPO sinngemäss auch auf das summarische Verfahren Anwendung.<sup>21</sup> Weil Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt stellt und eine solche im summarischen Verfahren häufig nicht stattfindet, ist diese Norm für das summarische Verfahren auslegungsbedürftig. Nach der hier vertretenen Ansicht ist Art. 229 ZPO für das summarische Verfahren dahingehend auszulegen, dass der Aktenschluss und nicht die Hauptverhandlung im Mittelpunkt des Normgehalts steht. Aus diesem Grund sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im summarischen Verfahren dann zuzulassen, wenn sie entweder erst nach dem Aktenschluss entstanden sind («echte Noven», Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO analog) oder zwar vor dem Aktenschluss entstanden sind, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten («unechte Noven», Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).<sup>22</sup>

### B. Sorgfaltsmassstab beim Vorbringen unechter Noven

Um dem im summarischen Verfahren zentralen Beschleunigungsgebot gerecht zu werden, sind an den Sorgfaltsmassstab bei der Zulassungsprüfung von unechten Noven nach der hier vertretenen Ansicht höhere Anforderungen zu stellen als im ordentlichen Verfahren. Aus diesem Grund muss der Gesuchsteller sämtliche rechtserzeugenden Tatsachen<sup>23</sup> nicht nur behaupten, sondern substantizieren.<sup>24</sup> Allfällige rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Tatsachen sind vom Gesuchsteller bereits in seinem Gesuch zu entkräften, sofern deren Vorbringen durch den Gesuchsgegner für ihn voraussehbar war.<sup>25</sup> Bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes sind neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 229 ZPO ohne Verzug vorzubringen. Im summarischen Verfahren dürfte eine Noveneinreichung innerhalb von zehn Tagen seit Bekanntwerden dieser Voraussetzung gerecht werden.<sup>26</sup>

### IV. Replikrecht im summarischen Verfahren

Das Replikrecht räumt den Verfahrensbeteiligten das Recht ein, sich vor Erlass von Verfügungen oder eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung von wesentlichen Beweisen mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Das Replikrecht ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und dient der Sachverhaltsaufklärung.<sup>27</sup> Ihm liegt die *fair trial*-Maxime gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK zugrunde, welche für sämtliche gerichtlichen Verfahren gilt. Dementsprechend hat das Replikrecht ungeachtet vom Beschleunigungsgebot auch im summarischen Verfahren zu gelten.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2011, N 1235; SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, N 5 f.; NICOLAS WUILLEMIN, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/St. Gallen 2018, N 134 ff.; eingehend dazu DOMENIG (Fn. 1), N 8 ff., 226 ff.

<sup>21</sup> Eingehend dazu DOMENIG (Fn. 1), N 248 f.

<sup>22</sup> Eingehend dazu DOMENIG (Fn. 1), N 255 ff., N 270.

<sup>23</sup> Tatsachen, von deren Existenz die Entstehung des Rechtsanspruchs abhängt, vgl. ANDREAS LIENHARD, Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht, ZZZ 53/2021, 389 ff., 395 m.w.H.

<sup>24</sup> Eingehend dazu DOMENIG (Fn. 1), N 274 f.

<sup>25</sup> DOMENIG (Fn. 1), N 276 ff.; zu den Begriffen der rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsachen vgl. LIENHARD (Fn. 23), 395 m.w.H.

<sup>26</sup> Statt vieler DOMENIG (Fn. 1), N 345; SOGO/BAECHLER (Fn. 17), 329.

<sup>27</sup> BGE 142 I 86, E. 2.2; 138 I 484, E. 2.1; 137 I 195, E. 2.3.1; DOMENIG (Fn. 1), N 346.

<sup>28</sup> Statt aller DOMENIG (Fn. 1), N 350 m.w.H.; einzig im vorsorglichen Massnahmeverfahren kann es zu Ausnahmen kommen, vgl. BGE 139 I 189, E. 3.5 = Pra 102 (2013) Nr. 112.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die in Lehre und Rechtsprechung etablierte Faustregel, wonach die Wartezeit des Gerichts zur Ausübung des Replikrechts grundsätzlich zehn Tage beträgt, nicht zu beanstanden.<sup>29</sup> Allerdings ist jeweils dem Einzelfall Rechnung zu tragen.

## V. Lösungsvorschlag de lege ferenda

Gestützt auf die hier vertretene Meinung ist eine Anpassung des Summarverfahrensrechts nicht zwingend notwendig, weil die Frage nach dem Aktenschluss im Sinne eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers beantwortet wird. Zudem lässt sich das Novenrecht des ordentlichen Verfahrens analog auf das summarische Verfahren anwenden. Die korrekte Auslegung des geltenden Rechts führt zu einem hinreichend klaren Ergebnis. Dennoch wird zur Klarstellung der geltenden Rechtslage eine Norm de lege ferenda formuliert:<sup>30</sup>

### Art. 253 ZPO – Stellungnahme und Abschluss des Schriftenwechsels

<sup>1</sup> Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. (*bisheriger Wortlaut*)

<sup>2</sup> Ein zweiter Schriftenwechsel ist ausgeschlossen. (*neu*)

### Art. 253a ZPO – Neue Tatsachen und Beweismittel (*neu*)

<sup>1</sup> Nach Abschluss des Schriftenwechsels werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und:

- a. erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven); oder
- b. bereits vor dem Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).

<sup>2</sup> Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung.

<sup>29</sup> Vgl. die Übersicht in DOMENIG (Fn. 1), N 354.

<sup>30</sup> Aus DOMENIG (Fn. 1), N 385.