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

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Benjamin Domenig

von

Büren an der Aare (Bern)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Franco Lorandi

und

Prof. Dr. Benjamin Schindler

Dissertation Nr. 5216

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2022

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 24. Mai 2022

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 41 der Schriftenreihe «Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht»
ISBN 978-3-03891-509-6

myclimate neutral

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde im Mai 2022 an der Universität St. Gallen (HSG) angenommen. Mein Dank geht an alle Personen, die mir die Arbeit an der Dissertation ermöglicht und mich darin bestärkt und motiviert haben.

Insbesondere möchte ich mich beim grossartigen Team der Domenig & Partner Rechtsanwälte AG bedanken, das mir den Rücken freigehalten und mir dadurch ermöglicht hat, mich wenn immer möglich der Dissertation zu widmen. Ein besonderer Dank geht an MLaw Mauro Rappo, der durch sein grossartiges Engagement im Kanzleialltag zum Gelingen der Dissertation beigetragen hat.

Für den fachlichen Austausch, die kritische Durchsicht des Manuskripts, aber auch für die langjährige Freundschaft, danke ich den Herren Dr. iur. HSG Rechtsanwalt Nicolas Dommer, Dr. iur. Rechtsanwalt Sven Rüetschi, Rechtsanwalt Claudio Gür und Bundesrichter PD Dr. iur. Rechtsanwalt Christoph Hurni.

Im Besonderen danke ich auch Herrn Prof. Dr. Franco Lorandi und Herrn Prof. Dr. Benjamin Schindler, die mich als Referenten betreut und mir wertvolle und konstruktive Rückmeldungen zur Verbesserung der vorliegenden Arbeit gegeben haben.

Schliesslich danke ich meinen Eltern, Frau Anna Karin Domenig und Herrn Dr. Rico Domenig, für die uneingeschränkte Unterstützung während meiner persönlichen und beruflichen Laufbahn.

Cudrefin, 5. Juni 2022 Benjamin Domenig

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX
Materialverzeichnis XXXIII
Zusammenfassung XXXV
Abstract XXXVI
Résumé XXXVII

I. Einleitung 1

II. Untersuchungsgegenstand und Methodik 3

1. Untersuchungsgegenstand 3
2. Methodik 3

III. Aktenschluss im summarischen Verfahren 5

1. Terminologie 5
2. Aktenschluss im ordentlichen Verfahren 9
3. Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren 11
4. Aktenschluss in besonderen Summarverfahren 49
5. Der Aktenschluss im summarischen Rechtsmittelverfahren (zweitinstanzlicher Aktenschluss) 74
6. Zwischenfazit 78

IV. Novenrecht im summarischen Verfahren 81

1. Terminologien 81
2. Novenrecht im ordentlichen Verfahren 84
3. Anwendung von Art. 229 ZPO im Summarverfahren 85
4. Novenrecht in besonderen Summarverfahren 103
5. Das Novenrecht im summarischen Rechtsmittelverfahren 123
6. Zwischenfazit 126

V. Replikrecht 129

1. Terminologien 129
2. Replikrecht im Summarverfahren 131
3. Zwischenfazit 143

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen 145

1. Der Aktenschluss im summarischen Verfahren 145
2. Das Novenrecht im summarischen Verfahren 145
3. Das Replikrecht im summarischen Verfahren 146
4. Eine Norm zur Klarstellung de lege ferenda 147

VII. Entscheidsammlung 149

1. Kanton Bern 149
2. Kanton Aargau 166
3. Kanton Luzern 167
4. Kanton St. Gallen 180
5. Kanton Thurgau 188
6. Kanton Wallis 190

Stichwortverzeichnis 193

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX
Materialverzeichnis XXXIII
Zusammenfassung XXXV
Abstract XXXVI
Résumé XXXVII

I. Einleitung 1

II. Untersuchungsgegenstand und Methodik 3

1. Untersuchungsgegenstand 3
2. Methodik 3

III. Aktenschluss im summarischen Verfahren 5

1. Terminologie 5
   1.1. Aktenschluss 5
      1.1.1. Erstinstanzlicher Aktenschluss 5
      1.1.2. Zweitinstanzlicher Aktenschluss 6
   1.2. Eventualmaxime / Eventualgrundsatz 6
   1.3. Aktenschluss und Eventualmaxime als Synonyme? 7
   1.4. Schriftenwechsel 8
2. Aktenschluss im ordentlichen Verfahren 9
3. Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren 11
   3.1. Lehre und Rechtsprechung 12
      3.1.1. Lehre 12
         3.1.1.1. Überwiegende Lehre 12

3.1.1.2. Minderheitsmeinung(en) 14
a) Keine Anwendung von Art. 229 ZPO 14
b) Anwendung der Eventualmaxime im Ermessen des Gerichtes 14
aa) Bei gerichtlicher Anordnung eines einfachen Schriftenwechsels ohne Hauptverhandlung 14
bb) Bei gerichtlicher Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels 15
cc) Bei Durchführung einer Hauptverhandlung 15
3.1.1.3. Fazit 16
3.1.2. Rechtsprechung 16
3.1.2.1. Berner Summarpraxis 17
3.1.2.2. Zürcher und St. Galler Summarpraxis 20
3.1.2.3. Rechtsprechung des Bundesgerichtes 23
a) Richtungsweisende Rechtsprechung des Bundesgerichtes 23
b) Leiturteile 25
3.2. Auslegung von Art. 229 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 252 f. ZPO 28
3.2.1. Grammatikalische Auslegung 28
3.2.1.1. Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Art. 252 ff. ZPO) 28
a) Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels 30
b) Durchführung einer Hauptverhandlung 30
3.2.1.2. Sinngemässe Anwendung der Bestimmungen zum ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) 31
3.2.1.3. Zwischenfazit 34
3.2.2. Systematische Auslegung 34
3.2.3. Historische Auslegung 36
3.2.4. Teleologische Auslegung 39
3.2.5. Sinn und Zweck des summarischen Verfahrens 39
3.2.6. Teleologische Auslegung von Art. 229 ZPO 41
3.2.6.1. Auslegung mit Blick auf die Rechtssicherheit 42
3.2.6.2. Auslegung mit Blick auf das Beschleunigungsgebot 44
3.2.6.3. Auslegung mit Blick auf das Interesse an der Wahrheitsfindung 45
3.2.7. Zwischenfazit 45
3.3. Methodenpluralistisches Fazit 46

4. Aktenschluss in besonderen Summarverfahren 49
4.1. Bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 255 ZPO) 49
4.2. Entscheide mit materieller Rechtskraft 52
4.3. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) 54
4.4. Vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ZPO) 55
4.5. Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO) und Partnerschaftsschutzverfahren (Art. 305 f. ZPO) 57
4.6. Verfahren aus dem SchKG 59
4.6.1. Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG) 59
4.6.1.1. Art. 80 f. SchKG als lex specialis oder lex priori? 59
4.6.1.2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz 63
4.6.1.3. Basler Rechtsöffnungspraxis 63
4.6.2. Nachträglicher Rechtsvorschlag bei Gläubigerwechsel (Art. 77 SchKG) 65
4.6.3. Konkurseröffnungsverfahren und Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) 65
4.6.4. Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 181 f. SchKG) 67
4.6.5. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 ff. SchKG) 69
4.6.6. Feststellung des neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) 70
4.6.7. Arresteinspracheverfahren (Art. 278 SchKG) 71
5. Der Aktenschluss im summarischen Rechtsmittelverfahren (zweitinstanzlicher Aktenschluss) 74
5.1. Berufung (Art. 308 ff. ZPO) 75
5.2. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) 77
6. Zwischenfazit 78

IV. Novenrecht im summarischen Verfahren 81

1. Terminologien 81
1.1. Novenrecht 81
1.2. Noven 82
1.3. Novenschranke 83
2. Novenrecht im ordentlichen Verfahren 84

3. Anwendung von Art. 229 ZPO im Summarverfahren 85
3.1. Lehre und Rechtsprechung 86
3.1.1. Vorbringen von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln «ohne Verzug» 86
3.1.2. Sorgfaltsmassstab beim Vorbringen von unechten Noven 87
3.2. Auslegung von Art. 229 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 252 f. ZPO 88
3.2.1. Grammatikalische Auslegung 88
3.2.2. Systematische Auslegung 90
3.2.3. Historische Auslegung 91
3.2.4. Teleologische Auslegung 92
3.2.4.1. Auslegung mit Blick auf die Rechtssicherheit 92
3.2.4.2. Auslegung mit Blick auf das Beschleunigungsgebot 93
3.2.4.3. Auslegung mit Blick auf das Interesse an der Wahrheitsfindung 94
3.2.5. Methodenpluralistisches Fazit 95
3.3. Sorgfaltsmassstab beim Vorbringen unechter Noven 96
3.3.1. Die rechtserzeugenden Tatsachen 97
3.3.2. Rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Tatsachen 98
3.4. Noven infolge Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht 101
4. Novenrecht in besonderen Summarverfahren 103
4.1. Bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes 103
4.2. Entscheide mit materieller Rechtskraft 105
4.3. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) 106
4.4. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ZPO) 107
4.5. Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO) und Partnerschaftsschutzverfahren (Art. 305 f. ZPO) 109
4.6. Verfahren aus dem SchKG 109
4.6.1. Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG) 109
4.6.1.1. Art. 80 f. SchKG als lex specialis oder lex priori? 109
4.6.1.2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz 110
4.6.1.3. Basler Rechtsöffnungspraxis 115
4.6.2. Nachträglicher Rechtsvorschlag bei Gläubigerwechsel (Art. 77 SchKG) 116

4.6.3. Konkurseröffnungsverfahren und Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) ... 117
4.6.4. Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 181 f. SchKG) ... 118
4.6.5. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 ff. SchKG) ... 119
4.6.6. Feststellung des neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) ... 121
4.6.7. Arresteinspracheverfahren (Art. 278 SchKG) ... 121
5. Das Novenrecht im summarischen Rechtsmittelverfahren ... 123
5.1. Berufung (Art. 308 ff. ZPO) ... 123
5.2. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) ... 126
6. Zwischenfazit ... 126

V. Replikrecht ... 129

1. Terminologien ... 129
1.1. Replikrecht ... 129
1.2. Abgrenzung des Replikrechts zum Schriftenwechsel ... 130
2. Replikrecht im Summarverfahren ... 131
2.1. Anwendungsbereich des Replikrechts im Summarverfahren ... 131
2.2. Frist zur Ausübung des Replikrechts ... 133
2.3. Einschränkungen des Replikrechts und Verzicht ... 137
2.4. Verletzung des Replikrechts ... 138
2.5. Hauptverhandlung im Summarverfahren ... 139
3. Zwischenfazit ... 143

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen ... 145

1. Der Aktenschluss im summarischen Verfahren ... 145
2. Das Novenrecht im summarischen Verfahren ... 145
3. Das Replikrecht im summarischen Verfahren ... 146
4. Eine Norm zur Klarstellung de lege ferenda ... 147

VII. Entscheidsammlung 149

1. Kanton Bern 149
2. Kanton Aargau 166
3. Kanton Luzern 167
4. Kanton St. Gallen 180
5. Kanton Thurgau 188
6. Kanton Wallis 190

Stichwortverzeichnis 193

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
ACJC	Arrêt de la Cour de Justice
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
AR	Appenzell Ausserrhoden
ARMC	Autorité de recours en matière civile
Art.	Artikel
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BE	Bern
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BPatGer	Bundespatentgericht
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

CIVPRO	Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht
CPC	Code de procédure civile du 19. Décembre 2008 (RS 272) / Swiss Civil Procedure Code of 19 December 2008 (SR 272)
CPra	Commentaire Pratique
CR	Commentaire Romand
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design (SR 232.12)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dRSK	digitaler Rechtsprechungs-Kommentar
E	Entwurf
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alia / und andere
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
E ZPO	Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung
FamKomm	Kommentar zum Familienrecht
(f)f.	(fort)folgende
FN	Fussnote
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis
HAVE	Haftung und Versicherung
HG	Handelsgericht
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jhrg.	Jahrgang

Komm	Kommentar
KSK	Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
KUKO	Kurzkommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (SR 281.1)
m.a.W.	mit anderen Worten
mp	Mietrechtspraxis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
N	Nationalrat
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
para.	paragraph
PB	Präjudizienbuch
PC	Petit Commentaire
PK	Praxiskommentar
PKG	Praxis des Kantonsgerichts
Pra	Praxis
PraxiZ	Schriften des Praxisinstituts für Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckung
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
Reprax	Zeitschrift für Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
resp.	Respektive
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RK	Kommission für Rechtsfragen
RK-N	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates
RK-S	Kommission für Rechtsfragen des Ständerates
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
S.	Seite(n)
SA	Société anonyme
SchlBest	Schlussbestimmungen

SchlT	Schlusstitel
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1989 (SR 281.1)
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Schulthess Kommentar
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
u.	und
u.a.	unter anderem
Univ.	Universität
VE	Vorentwurf
VE ZPO	Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
vgl.	vergleiche
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zivilkammer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess international

Literaturverzeichnis

ABBET STÉPHANE, in: Abbet/Veuillet (Hrsg.), La mainlevée de l'opposition, Commentaire des articles 79 à 84 LP, Bern 2017

AEPLI MARTINA, Beweisverfahren, in: Haas/Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, S. 529–565, Zürich 2020

ALDER DANIEL, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1993

ALVAREZ CIPRIANO/PETER JAMES T., in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band II, Art. 200-212, Bern 2012 (zit. BK-ALVAREZ/PETER)

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013

ARTHO VON GUNTEN YVONNE, Die Arresteinsprache, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2001

BACHOFNER EVA, Die Mieterausweisung – Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Mieterausweisung)

BACHOFNER EVA, Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, in: BJM 2020, S. 1–31 (zit. Rechtsöffnungsverfahren)

BAERISWYL DOMINIK, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?, in: SJZ 111/2015, S. 513–521

BÄHLER DANIEL, Eheschutz – ein spannungsgeladenes Summarverfahren, in: CIVPRO 15/2020, S. 93–116 (zit. Eheschutz)

BÄHLER DANIEL, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 271–294, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BÄHLER)

BAUER THOMAS, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band I, Art. 56–63, Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-BAUER)

BAUER THOMAS, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band, II, Art. 177–189, 291, 292, 293–304, 317–332, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BAUER)

BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011

BESSENICH BALTHASAR/FINK STEFAN, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band I, Art. 74–78, Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-BESSENICH/FINK)

BIELER BRIGITTE/FANKHAUSER ROLAND, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 305–307, Basel 2016 (zit. BIELER/FANKHAUSER, ZPO Komm.)

BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911

BOHNET FRANÇOIS, in: Bohnet et al. (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Art. 47, 52, 59–60, 62–65, 68, 84–88, 90, 130–141, 197–218, 248–270, Basel 2019 (zit. CR CPC-BOHNET)

BOHNET FRANÇOIS, Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause A. SA contre 1. B., 2. C. (recours en matière civile) 5A_300/2016 du 14 octobre 2016, in: SZZP 2/2017, S. 120–121 (zit. 5A_300/2016)

BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, in: Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ) 3/2008, S. 263–316 (zit. Procédure sommaire)

BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique, Neuenburg 2013 (zit. Droit de réplique)

BOHNET FRANÇOIS, Les procédures spéciales, in: Lukic (Hrsg.), Le projet de code de procédure civile fédérale, S. 269 ff., Lausanne 2008 (zit. Procédures spéciales)

BOHNET FRANÇOIS, Tribunal fédéral – 21.02.2018 – A. GmbH c. B. SA – 4A_557/2017; ATF 144 III 117; Newsletter avril 2018, in: Droit du Bail 2018, S. 62–64 (zit. Droit du Bail)

BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018

BOLLER URS, Neuere Rechtsprechung im Arrestrecht, in: AJP 9/2015, S. 1282–1300

BORER LAURA, Replik, Duplik und Noveneingaben, in: Haas/Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, S. 509–519, Zürich 2020

BOVEY GRÉGORY/FAVROD-COUNE PASCAL, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, 1. Aufl., Art. 261–270, Basel 2020 (zit. PC CPC-BOVEY/FAVROD-COUNE)

BRACONI ANDREA/CARRON BLAISE/GAURON-CARLIN SABRINA, Code Civil Suisse et Code des Obligations annoté, Basel 2020

BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die neue Schweizerische ZPO – Das ordentliche Verfahren, in: Anwaltsrevue 8/2008, S. 323–326

BRUNNER ALEXANDER/BOLLER FELIX H./FRITSCHI EUGEN, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 190–196, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI)

BRUNNER ALEXANDER/STEININGER THOMAS, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Band II, Art. 243–247, 372–380, 382–388, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-BRUNNER/STEININGER)

BRUNNER ALEXANDER/VISCHER MORITZ, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 308–327, Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER)

BRUNNER MATTHIAS/BIERI LINDA, Zweiter Schriftenwechsel und Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: dRSK 2018, S. 1–5

BÜHLER ALFRED, Das Novenrecht im neuen Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986

BASTONS-BULLETTI FRANÇOISE, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, 1. Aufl., Art. 308–334, Basel 2020 (zit. PC CPC-BASTONS-BULLETTI)

BURKHALTER KAIMAKLIOTIS SABINE, Die Substanzierungslast – insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, in: AJP 10/2007, S. 1263–1268

CHABLOZ ISABELLE, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, 1. Aufl., Art. 6, 40–46, 52–58, 62–65, 154, 159, Basel 2020 (zit. PC CPC-CHABLOZ)

CHAIX FRANÇOIS, L'apport des faits au procés, in: Bohnet (Hrsg.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les practiciens, S. 115–140, Neuchâtel 2010

CHEVALIER MARCO, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Art. 52–53, 248–256, Basel 2013 (zit. CHEVALIER, ZPO Komm.)

DÄPPEN ROBERT K., in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I (OR), Basler Kommentar, Art. 60, 127–142, Basel/Zürich 2019 (zit. BSK OR I-DÄPPEN)

DELABAYS JÉRÔME, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, 1. Aufl., Art. 248–260, Basel 2020 (zit. PC CPC-DELABAYS)

DOLGE ANNETTE, Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, 21. September 2012, ZK 12 217, in: CAN 2012 Nr. 72, S. 202–204

DOMEJ TANJA, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung – Struktur und Charakteristika des Verfahrens, in: ZZPInt 11/2006, S. 239–269

DOMENIG BENJAMIN/GÜR CLAUDIO, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, Prozessrechtliche Aspekte, in: AJP 2/2021, S. 168–178

DONATSCH MARCO, in: Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. Kommentar VRG ZH-DONATSCH)

EGLI RAINER, Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international, Das Rechtsöffnungsverfahren und seine Einbettung in der ZPO, in: CIVPRO 5/2014, S. 67–88 (zit. Rechtsöffnungsverfahren)

EGLI RAINER, Muss der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren mit einer Zustellung rechnen?, in: Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018 (zit. Zustellung)

EICHEL FLORIAN, Grundlagen des summarischen Verfahrens, in: CIVPRO 15/2020, S. 1–26

EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Band I, Berner Kommentar, Art. 1, Bern 2012 (zit. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER)

ENGLER THOMAS, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl., Art. 219–242, Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-ENGLER)

FACINCANI NICOLAS/SUTTER RETO/WISSLER SELINE, Bundesgericht definiert den «Beginn der Hauptverhandlung», Die Novenschranke von Art. 229 Abs. 2 ZPO fällt vor den ersten Parteivorträgen, in: Jusletter 10. Januar 2022, S. 1–17

FINK STEFAN, Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung bei Zahlungseinstellung, in: AJP 2/2019, S. 169–178

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen ZPO, in: ZZZ 28/2011, S. 274–281

FRENKEL DANIELA, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2012

FRITSCHI EUGEN, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2010

FUCHS NICOLAS, Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB, Mit rechtsvergleichenden Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss. Univ. Basel, Zürich 2018

FÜLLEMANN DANIEL, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht – Festschrift für Ivo Schwander, S. 863–879, Zürich/St. Gallen 2011

FÜRST SERAINA, Das Rechtsöffnungsverfahren, in: ZZZ 38/2016, S. 117–129

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014

GEHRI MYRIAM A., in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 52–61, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-GEHRI)

GEHRI MYRIAM A., in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl., Art. 308–334, 389–399, Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-GEHRI)

GENNER SUSANNE, Das Novenrecht im Sozialversicherungsprozess, in: Kieser/Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2015, S. 201–215, Zürich/St. Gallen 2015

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Genf 1999 (zit. Commentaire LP)

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. Poursuite)

GIROUD ROGER/THEUS SIMONI FABIANA, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 171–176, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-GIROUD/THEUS)

GLASL DANIEL, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Band I, Art. 55–58, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-GLASL)

GÖKSU TARKAN, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK ZGB-GÖKSU)

GRIFFEL ALAIN, in: Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. Kommentar VRG ZH-GRIFFEL)

GROBÉTY LAURENT, Zweiter Schriftenwechsel, Hauptverhandlung und Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: Newsletter ZPO Online 19/2020, S. 1–6

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979

GÜNGERICH ANDREAS, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band I, Art. 13, 14–17, 46, Bern 2012 (zit. BK-GÜNGERICH)

GÜNGERICH ANDREAS, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band II, Vorbemerkungen zu Art. 248–270, Art. 248–273, Bern 2012 (zit. BK-GÜNGERICH)

GUT BEAT/RAJOWER FELIX/SONNENMOSER BRIGITTA, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, in: AJP 5/1998, S. 529–546

HALDY JACQUES, Les procédures spéciales, in: Anwaltsrevue 1/2008, S. 327–332

HEINZMANN MICHEL/PASQUIER BRUNO, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, 1. Aufl., Art. 228–229, 231–235, Basel 2020 (zit. PC CPC-HEINZMANN/PASQUIER)

HENCKEL WOLFRAM, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, in: Prozessrecht und materielles Recht, Goettingen 1970

HEUSLER ANDREAS, Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, Bern 2009

HOFMANN DIETER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 257, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-HOFMANN)

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II, Bern 2010

HOSANG ALAIN, KGer LU 2C 14 99 vom 9. Januar 2015; LGVE 2015 Nr. 2, in: ius.focus 10/2016, Nr. 686

HUBER-LEHMANN MELANIE, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 19. Juni 2020, BGer 5A_366/2019 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), in: ZZZ 51/2020, S. 276–277 (zit. Urteilsbesprechung)

HUBER-LEHMANN MELANIE, Stolpersteine des Rechtsöffnungsverfahrens, in: CIVPRO 15/2020, S. 27–56 (zit. Rechtsöffnungsverfahren)

HUBER LUCIUS, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 261–270, Basel 2016 (zit. HUBER, ZPO Komm.)

HUBER UELI, in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Art. 190, 192–194, Zürich 2014 (zit. KUKO SchKG-HUBER)

HUBER UELI/SOGO MIGUEL, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band I, Art. 149–150, Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-HUBER/SOGO)

HUBER UELI/SOGO MIGUEL, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 265–265b, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-HUBER/SOGO)

HUNSPERGER RETO/WICKI JODOK, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik, in: AJP 4/2017, S. 453–463 (zit. Replik zu Fallstricke Replikrecht)

HUNSPERGER RETO/WICKI JODOK, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: AJP 7/2013, S. 975–984 (zit. Fallstricke Replikrecht)

HUNZIKER SILVIA/MAYER-KNOBEL JSABELLE, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 9–13, 23–24, 33–33a, 55, Vor Art. 140–146, Art. 140–145, Zürich 2016 (zit. DBG Komm-HUNZIKER/MAYER-KNOBEL)

HURNI CHRISTOPH, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band 1, Art. 52–58, 61, Bern 2012 (zit. BK-Hurni)

IQBAL YASIM, SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2005

JAUERNIG OTHMAR/HESS BURKHARDT, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011

JENT-SØRENSEN INGRID, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 117–123, 248–260, Zürich 2014 (zit. KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl.)

JENT-SØRENSEN INGRID, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 95–123, 248–260, Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN)

KÄGI ADRIAN/HERZOG JULIAN/STÄHLI DANIEL, Mietrecht – Entwicklungen 2018, in: njus.ch 2019, S. 47–87

KAUFMANN MARTIN, Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international, Ausgewählte Fragen des Rechtsöffnungsverfahrens: Replikrecht und Novenschranke Rechtskraft und Vollstreckung, in: CIVPRO 5/2014, S. 89–106 (zit. Rechtsöffnung)

KAUFMANN MARTIN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Band II, Art. 248–250, 252–256, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN)

KILLIAS LAURENT, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band II, Art. 219-247, Bern 2012 (zit. BK-KILLIAS)

KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Basel, Basel 2010 (zit. Eventualmaxime)

KLINGLER RAFAEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 1, 13, 252–256, Basel 2016 (zit. KLINGLER, ZPO Komm.)

KOFMEL EHRENZELLER SABINE, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 194–196, 261–270, 335–352, Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER)

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl, Bern 2019

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Verjährung der haftpflichtrechtlichen Ansprüche wegen Personenschäden, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, S. 135–151, Zürich 2011

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, in: Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, 4. Aufl., Schulthess Kmmentar, Art. 271–281, Bern/Zürich 2017 (zit. SK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2018 (zit. Schuldbetreibungs- & Konkursrecht)

LACHAT DAVID, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011

LANTER MARKUS, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, in: ZBl 113/2012, S. 167–182 (zit. Replikrecht)

LANTER MARKUS, Zum Replikrecht vor Verwaltungsinstanzen, in: Jusletter 2012, S. 1–4 (zit. Verwaltungsinstanzen)

LARDELLI FLAVIO/VETTER MEINRAD, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I (ZGB), Basler Kommentar, Art. 5 –10, Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER)

LAZOPOULOS MICHAEL/LEIMGRUBER STEFAN, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl., Art. 243–260, Zürich 2015 (OFK ZPO- LAZOPOULOS/LEIMGRUBER)

LEUCH GEORG et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000 (zit. LEUCH et al., Komm ZPO BE)

LEUENBERGER CHRISTOPH, Das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen: ein Grundsatz und seine Anwendung, in: SZZP 1/2014, S. 81–88 (zit. Tatsachen)

LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO), in: Fankhauser et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, S. 379–391, Bern/Zürich 2016 (zit. Bestimmungen)

LEUENBERGER CHRISTOPH, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick, in: AJP 12/2003, S. 1421–1431 (zit. Vorentwurf)

LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, in: ZBJV 156/2020, S. 82–113 (zit. Rechtsprechung)

LEUENBERGER CHRISTOPH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 219–235, Basel 2016 (zit. LEUENBERGER, ZPO Komm.)

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016

LEVANTE MARCO, Aktuelles aus der Rechtsprechung zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: AJP 4/2015, S. 579–590

LIENHARD ANDREAS, Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht, in: ZZZ 53/2021, S. 389–403 (zit. Beweislast)

LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2013 (zit. Prozessleitung)

LORANDI FRANCO, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, in: AJP 11/2008, S. 1378–1395

LÜTHI BENDICHT, Aus der Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Bern, in: ZBJV 153/2017, S. 69–84

MALACRIDA RALPH/ROESLER LUKAS P., in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Art. 69–78, Zürich 2014 (zit. KUKO SchKG-MALACRIDA/ROESLER)

MARGHITOLA RETO, Vorsorgliche Massnahmen und vorsorgliche Beweisführung, in: Haas/Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, S. 213–242, Zürich 2020

MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, in: ZBJV 154/2018, S. 269–296

MARRO PIERRE-YVES, in: Büchler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Art. 6 –10, Zürich 2018 (zit. KUKO ZGB-MARRO)

MAZAN STEPHAN, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 243–256 inkl. Vorbem., Art. 295–296 inkl. Vorbem., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-MAZAN)

MEIER-DIETERLE FELIX C., in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Art. 271–281, Zürich 2014 (zit. KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE)

MEIER-DIETERLE FELIX C., Prozessuale Besonderheiten im Arrestrecht, in: Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 565–580 (zit. Arrestrecht)

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht - eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. Zivilprozessrecht)

MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003 (zit. Vorentwurf)

MEYER-LADEWIG JENS/HARRENDORF STEFAN/KÖNIG STEFAN, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Handkommentar EMRK, 4. Aufl., Art. 5–7, München 2017 (zit. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG)

MEYER HONEGGER CAROLINE, in: Schwenzer/Fankhauser (Hrsg.), Kommentar zum Familienrecht, Scheidung Band II: Anhänge, 3. Aufl., Art. 274, 277–278, Bern 2017 (zit. MEYER HONEGGER, FamKomm Anh. ZPO)

MILANI DOMINIK, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, in: Jusletter 16. Mai 2011, S. 1–13

MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Basel, Basel 2013

MORET SÉBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2014 (zit. Aktenschluss)

MORET SÉBASTIEN, Novenrecht in der ersten und zweiten Instanz, in: PraxiZ – Schriften des Praxisinstituts für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung 6/2018, S. 37–63 (zit. Novenrecht)

MOSCHEN CORINA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Durchsetzung der Informationsrechte nach Art. 715a OR, in: SZW 3/2018, S. 304–313

MÜLLER DOMINIQUE/VOCK DOMINIK, Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im Rechtsöffnungsverfahren, in: ZZZ 38/2016, S. 130–136

MÜLLER HEINRICH ANDREAS, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, in: SJZ 110/2014, S. 369–377

MÜLLER LUKAS/RIZZI NATASCHA, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, in: Reprax 4/2018, S. 179–201

NAEGELI GEORG/MAYHALL NADINE, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 219–235, 236 N 1–19, Art. 237–242, Bern 2014 (zit. KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, 2. Aufl.)

NORDMANN PHILIPPE, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 166–170, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-NORDMANN)

OBERHAMMER PAUL/WEBER PHILIPP, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER)

OLGIATI ANGELO, Il Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2010

OTTO HANSJÖRG, Die Präklusion, Diss. Univ. Hamburg, Hamburg 1969

PAHUD ERIC, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Band II, Art. 219–235, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-PAHUD)

PESENTI FRANCESCA, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 20, 248–251, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. PESENTI, ZPO Komm.)

PEYER DANIEL, Substanziierung und Beweis im Arrestrecht, in: ZZZ 41/2017, S. 55–68

PFÄNDER BAUMANN STEFANIE, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Band II, Art. 271–273, 295–301, 301a, 303, 304, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-PFÄNDER BAUMANN)

RAPOLD MANUELA/FERRARI-VISCA RETO, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP 3/2013, S. 387–403

RECHBERGER WALTER H., Zur Eventualmaxime – eine rechtsvergleichende Untersuchung, in: Fankhauser et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, S. 471–487, Bern/Zürich 2016

REETZ PETER/FRANCESCHETTI LORENA, Das Replikrecht im Zivilprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2014, S. 121–135, Zürich 2014

REETZ PETER/HILBER SARAH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 313–318, Basel 2016 (zit. REETZ/HILBER, ZPO Komm.)

REISER HANS, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 275–281, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-REISER)

REISER HANS, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 275–281, Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-REISER, 2. Aufl.)

REUT CHRISTOPH, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Luzern, St. Gallen 2016

RICHERS ROMAN/NAEGELI GEORG, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 219–226, 235, 241–242, Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI)

ROHNER THOMAS/WIGET MATTHIAS, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl., Art. 261–270, Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-ROHNER/WIGET)

ROTH GERHARD, in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Art. 87, 177–189, Zürich 2014 (zit. KUKO SchKG-ROTH)

RUBIN BERNHARD, in: McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Art. 22, 248–256, Bern 2010 (zit. SHK ZPO-RUBIN)

RÜETSCHI SVEN, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Univ. Basel, Zürich 2011

RUTZ MAGDALENA, Weiterziehung des Konkursdekretes, in: Angst/Cometta/Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel – Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, S. 343–362, Basel/Genf/München 2000

SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Univ. Bern, Bern 2003 (zit. Fragepflicht)

SARBACH MARTIN, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl., Art. 56–58, Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-SARBACH)

SCHÄRER SUSANNA REGULA, Das Novenrecht im Berufungsverfahren nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1984

SCHMID ERNST F., 5 Jahre ZPO aus Sicht der Praxis – Wünsche für die nächsten fünf Jahre, in: Dolge (Hrsg.), 5 Jahre ZPO Stolpersteine und überraschende Entwicklungen, S. 21–42, Zürich/Basel/Genf 2016

SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Zürich/St. Gallen 2013

SCHÜRMANN FRANK, in: Spühler (Hrsg.), Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. F.R. gegen die Schweiz vom 8. Juni 2001 – Das Gebot des fair trial und die Ordnung des Schriftenwechsels, Zürich/Basel/Genf 2003

SCHWANDER IVO, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Art. 258–260, 305–307, 328–334, 360–371, 381, 402–405, 407b, 407c, 408, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-SCHWANDER)

SCHWANDER IVO, in: Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Art. 7–14, 111–134, 243–260, SchlT Art. 1–4, 7a–7e, Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-SCHWANDER)

SCHWEIGHAUSER JONAS, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 295–304, 407b, Basel 2016 (zit. SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm.)

SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Basel, Basel 2011 (zit. Berufung Diss.)

SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Berufung ZPO)

SOGO MIGUEL/BAECHLER ROMAN, Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: AJP 3/2020, S. 315–333

SOGO MIGUEL/NAEGELI GEORG, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 227–234, 236 N 1–19, 237–240, Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI)

SÖRENSEN NIELS, in: Bohnet/Guillod (Hrsg.), Commentaire Pratique – Droit matrimonial: Fond et procédure, 1. Aufl., Vorbemerkungen zu Art. 308–334, Art. 308–334, Basel 2014 (zit. CPra CPC-SÖRENSEN)

SPICHTIN NICOLAS, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, Diss. Univ. Basel, Basel 2012

SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährung-, Verwirkung- und Fatalfristen, Diss. Univ. Bern, Bern 1975

SPRECHER THOMAS, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, in: SJZ 107/2011, S. 273–285 (zit. Prozessieren)

SPRECHER THOMAS, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 261–269, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-SPRECHER)

SPÜHLER KARL, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 308–327a, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-SPÜHLER)

SPÜHLER KARL/ANDERES SABRINA, Die richtige Parteirollenverteilung im Arresteinspracheverfahren nach Art. 278 SchKG, in: AJP 12/2002, S. 1415–1418

SPYCHER ANNETTE, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band II, Art. 271–307, Bern 2012 (BK-SPYCHER)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. Zivilprozessrecht)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. Zivilprozessrecht, 2. Aufl.)

STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992

STAEHELIN DANIEL, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band I, Art. 79–84, Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-STAEHELIN)

STAEHELIN DANIEL, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band II, Art. 211a, 289, 290, 351, 352, Art. 1–4 und weitere SchlBest, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-STAEHELIN)

STAEHELIN DANIEL, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Band I, Art. 79–84, Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl.)

STALDER CHRISTIAN/VAN DE GRAAF BEATRICE, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 271–307a, Bern 2021 (zit. KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF)

STEINER JAKOB, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Univ. Basel, Zürich/St. Gallen 2019

STEININGER THOMAS, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Art. 243–247, 315–318, 325–327, 372–380, 382–388, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-STEININGER)

STEINMANN GEROLD, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 29, 30 Abs. 1 u. 3, 33, 34, 191c, St. Gallen 2014 (zit. BV Kommentar-STEINMANN)

STERCHI MARTIN H., in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berner Kommentar, Band II, Art. 308–334, Bern 2012 (BK-STERCHI)

STOFFEL WALTER/CHABLOZ ISABELLE, in: Dallèves/Foëx/Jeandin (Hrsg.), Commentaire romand Poursuite et faillite, 1. Aufl., Art. 271–281, Basel 2005 (zit. CR LP-STOFFEL/CHABLOZ)

STÜCHELI PETER, Die Rechtsöffnung, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2000

STUTZ ROBERT M./BEUTLER STEPHAN/KÜNZI MURIEL, Designgesetz (DesG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2006 (zit. SHK DesG-STUTZ/BEUTLER/KÜNZI)

SUTTER-SOMM THOMAS, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick, Neuerungen und Altbewährtes, in: BJM 4/2003, S. 185–202 (zit. Vorentwurf)

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. Zivilprozessrecht)

SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 36, 38–39, 52, 53, Basel 2016 (zit. SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZPO Komm.)

SUTTER-SOMM THOMAS/GRIEDER ALAIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 14, 15, 21, 22, 56, Basel 2016 (zit. SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO Komm.)

SUTTER-SOMM THOMAS/HOSTETTLER YANNICK SEAN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 271–273, Basel 2016 (zit. SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, ZPO Komm.)

SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 23–27, 29, 257, Basel 2016 (zit. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm.)

SUTTER-SOMM THOMAS/SCHRANK CLAUDE, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Art. 37, 46, 55, Basel 2016 (zit. SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO Komm.)

TALBOT PHILIP, in: Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, 4. Aufl., Schulthess Kommentar, Art. 159–196, Bern/Zürich 2017 (zit. SK SchKG-TALBOT)

TANNER MARTIN, Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO unter bersonderer Berücksichtigung der ausserordentlichen Kündigungen nach Art. 257d OR und Art. 257f OR, in: ZZZ 23–24/2010, S. 263–332

TAPPY DENIS, in: Bohnet et al. (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Art. 48–51, 91–123, 142–149, 219–226, 228–247, 271–294, 305–307a, 400–405, 407a-407c, Basel 2019 (zit. CR CPC-TAPPY)

THALER EMANUEL/EGLI RAINER, Mietrecht im summarischen Verfahren, in: mp 3/2021, S. 175–211

TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, in: SZW 5/2012, S. 461–476

VETTERLI ROLF, in: Schwenzer/Fankhauser (Hrsg.), Kommentar zum Familienrecht, Scheidung Band II: Anhänge, 3. Aufl., Anh. ZPO Art. 271–273, Bern 2017 (zit. VETTERLI, FamKomm Anh. ZPO)

VOCK DOMINIK, in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Art. 79–84, Zürich 2014 (zit. KUKO SchKG-VOCK)

VOCK DOMINIK/AEPLI-WIRZ MARTINA, in: Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, 4. Aufl., Schulthess Kommentar, Art. 69–88, Bern/Zürich 2017 (SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ)

VOCK DOMINIK/MEISTER-MÜLLER DANIÈLE, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, S. 124–151, Zürich/Basel/Genf 2018

VOCK DOMINIK/NATER CHRISTOPH, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 1–8, 40 – 45, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-VOCK/NATER)

VOLKART PETER, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 315–318, 325–327, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. DIKE-Komm ZPO-VOLKART)

VON STOSCH FELIX GRAF, Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion im österreichischen und deutschen Recht – de lege lata – de lege ferenda, Diss. Univ. Wien, Berlin 2000

WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRG, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 29–33, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. PK VwVG-WALDMANN/BICKEL)

WALTER HANS PETER, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Band I, Berner Kommentar, Art. 8, Bern 2012 (zit. BK-WALTER)

WALTHER FRIDOLIN, Extrait de l'arrêt de la II Cour de droit public du Tribunal fédéral dans la cause X. contre Y. (recours en matière civile) 5A_403/2014 du 19 août 2014, in: SZZP 6/2014, S. 543–547

WEINGART DENISE, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, Diss. Univ. Bern, Bern 2014

WETZELL GEORG WILHELM, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878

WIDMER MICHAEL, in: McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Art. 227–235, Bern 2010 (zit. SHK ZPO-WIDMER)

WILDHABER BOHNET STÉPHANIE, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in: Jusletter 2013, S. 1–18.

WILLISEGGER DANIEL, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, Art. 219–235, 402–406, 407a-b, 408, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-WILLISEGGER)

WOLF MANFRED/NEUNER JÖRG, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2012

WUFFLI DANIEL/FUHRER DAVID, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Diss. Univ. Basel, Zürich/St. Gallen 2018

WÜTHRICH KARL/KÜNZLER OLIVER/FINK STEFAN, Fischer/Theus Simoni/Gessler (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen zur Zwangsvollstreckung und zu den Rechtsmitteln, Band V, Zürich 2016

ZELLER FRANZ, Medien und Hauptverhandlung – Menschenrechtliche Leitplanken, in: Justice – Justiz – Giustizia 1/2006, S. 1–41

ZÜRCHER JOHANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Art. 261–270, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-ZÜRCHER)

ZWAHLEN HANS, 20 Jahre summarische Feststellung von neuem Vermögen, in: BlSchK 1/2017, S. 1–4

Materialverzeichnis

Amtliches Bulletin des Nationalrats 2008 (zit. AB 2008 N)

Amtliches Bulletin des Ständerats 2007 (zit. AB 2007 S)

Amtliches Bulletin des Ständerats 2008 (zit. AB 2008 S)

Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Juni 2003 (zit. Bericht VE ZPO)

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, 6. April 1886 (zit. Botschaft BBl 1886 I)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den in Gemässheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, 7. Dezember 1888, BBl 1888 IV 1137 ff. (zit. Botschaft BBl 1888 IV)

Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 ff. (zit. Botschaft BBl 1991 III 1)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft BBl 2006)

Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7413 ff. (zit. E ZPO)

Protokoll der Arbeitsgruppe ZPO, Zweite Sitzung vom 20. Oktober 2011, (zit. Arbeitsgruppe ZPO)

Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N 04), 15.11.–16.11.2007 (zit. RK-N 04)

Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N 07), 03.04.–04.04.2008 (zit. RK-N 07)

Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S 02), 15.02.–16.02.2007 (zit. RK-S 02)

Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S 03), 26.03.–27.03.2007 (zit. RK-S 03)

Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S 06), 26.06.–27.06.2008 (zit. RK-S 06)

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2019, 16. März 2020 (zit. Rechenschaftsbericht Zürich)

Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Oktober 2002, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf.download.pdf/entw-zpo-d.pdf> (zuletzt besucht: 7. Juni 2022) (zit. VE ZPO)

Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber.pdf> (zuletzt besucht: 7. Juni 2022) (zit. Vernehmlassungen VE ZPO)

Zusammenfassung

Das summarische Verfahren ist seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Jahre 2011 einheitlich geregelt. Trotzdem haben sich in den Kantonen unterschiedliche Praxen zur Anwendung und Handhabung des summarischen Verfahrens entwickelt. Die vorliegende Arbeit untersucht die Fragestellungen, (a) zu welchem Zeitpunkt im summarischen Verfahren der Aktenschluss eintritt und (b) ob und unter welchen Voraussetzungen nach dem Aktenschluss neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig sind. Sie geht schliesslich (c) der Frage nach, ob beim Replikrecht der Parteien im summarischen Verfahren Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Die Analyse der Normen des summarischen Verfahrens hat ergeben, dass das Summarverfahrensrecht entgegen der herrschenden Lehre die Frage nach dem Zeitpunkt des Aktenschlusses durchaus klärt. Der Gesetzgeber hat durch qualifiziertes Schweigen normiert, dass (a) im summarischen Verfahren nur ein Schriftenwechsel stattfindet. Der Aktenschluss tritt daher – entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes – zwingend nach der ersten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit der Verfahrensparteien ein. Es liegt nicht im Ermessen des Gerichtes, den Zeitpunkt des Aktenschlusses festzulegen.

Anders zu beurteilen ist die Frage nach dem Novenrecht im summarischen Verfahren. Diesbezüglich beinhaltet das Summarverfahrensrecht keine Bestimmungen, weshalb Art. 229 ZPO analog anzuwenden ist. Anders als in Art. 229 ZPO vorgesehen, steht im summarischen Verfahren nicht die Hauptverhandlung, sondern der Aktenschluss im Mitteilpunkt. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind deshalb (b) zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach dem Aktenschluss entstanden sind (echte Noven) oder bereits vor dem Aktenschluss vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Ist der Untersuchungsgrundsatz anwendbar, müssen neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zum Beginn der Urteilsberatung berücksichtigt werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO analog).

Das Replikrecht ist den Verfahrensparteien (c) auch im summarischen Verfahren zu gewähren. Abweichend vom Replikrecht im ordentlichen Verfahren ist es nach der vorliegend vertretenen Auffassung nicht zulässig, um Ansetzung einer Frist für die Ausübung des Replikrechts zu ersuchen, wenn innert der Wartefrist (von üblicherweise zehn Tagen) das Replikrecht ausgeübt werden könnte.

Abstract

Summary proceedings have been uniformly regulated since the effective date of the Swiss Civil Procedure Code in 2011. Nevertheless, different practices have developed in the cantons regarding the application and handling of summary proceedings. The present dissertation examines the questions (a) at which point in time in summary proceedings the file closing occurs and (b) whether and under which conditions new factual allegations and evidence are admissible after the file closing occurs. Finally, (c) it addresses the question whether there are special features to be taken into account in the parties' right to reply in summary proceedings.

The analysis of the laws of summary proceedings has shown that, contrary to the prevailing doctrine, the law of summary proceedings does clarify the question about the point in time at which the file closing occurs. The legislator has regulated by qualified silence that (a) in summary proceedings only one exchange of documents takes place. Therefore, contrary to the rulings of the Federal Supreme Court, the file is necessarily closed after the first unrestricted opportunity of the parties in the proceedings to express their positions. It is not within the discretion of the court to determine the point in time of the file closing.

The question regarding the laws of novelty in summary proceedings is to be assessed differently. In this respect, the summary procedure law does not contain any provisions, which is why Art. 229 CPC must be applied by analogy. Contrary to Art. 229 CPC, in summary proceedings it is not the main hearing but the closing of the file which is the focus of the proceedings. New factual allegations and evidence are therefore (b) admissible if they are brought forward without delay and have only arisen after the closing of the file (genuine novelties) or were already existent before the file closing but could not be brought forward beforehand despite reasonable diligence (non-genuine novelties). If the principle of judicial investigation is applicable, new factual assertions and evidence must be taken into account until the beginning of the deliberations on the judgment (Art. 229 para. 3 CPC by analogy).

The right of reply must also be granted to the parties (c) in the summary proceedings. In deviation from the right of reply in ordinary proceedings, it is not permissible, according to the present opinion, to request the setting of a time limit to exercise the right of reply if the right of reply could be exercised within the waiting period (usually ten days).

Résumé

La procédure sommaire est réglementée de manière uniforme depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse en 2011. Malgré cela, des pratiques différentes se sont développées dans les cantons pour la mise en œuvre et l'application de la procédure sommaire. Le présent travail examine d'une part (a) le moment à partir du quel la clôture du dossier intervient en procédure sommaire et d'autre part, (b) si et à quelles conditions de nouvelles allégations de faits et de nouveaux moyens de preuve peuvent être admis après la clôture du dossier. Enfin, (c) il est examiné s'il sied de tenir compte de particularités pour le droit de réplique des parties en procédure sommaire.

L'analyse des normes de la procédure sommaire a montré que, contrairement à la doctrine dominante, le droit de la procédure sommaire clarifie la question du moment de la clôture du dossier. Le législateur a établi par un silence qualifié que (a) dans la procédure sommaire, seul un échange d'écritures avait lieu. Contrairement à l'avis du Tribunal fédéral, la clôture du dossier intervient donc obligatoirement après que les parties à la procédure ont eu la possibilité de s'exprimer pour la première fois sans restriction. Il n'appartient pas au tribunal de fixer le moment de la clôture du dossier.

La question du droit d'invoquer des novas dans la procédure sommaire doit être appréciée différemment. Le droit de la procédure sommaire ne contient aucune disposition à ce sujet, raison pour laquelle l'art. 229 CPC doit être appliqué par analogie. Contrairement à ce que prévoit l'art. 229 CPC, ce ne sont pas les débats principaux qui sont au centre de la procédure sommaire, mais la clôture du dossier. De nouvelles allégations de faits et de nouveaux moyens de preuve sont donc (b) admissibles s'ils sont présentés sans délai et ne sont apparus qu'après la clôture du dossier (novas proprement dits) ou s'ils existaient déjà avant la clôture du dossier, mais n'ont pas pu être présentés avant malgré une diligence raisonnable (novas improprement dits). Si la maxime inquisitoire est applicable, les nouvelles allégations de faits et les nouveaux moyens de preuve doivent être pris en compte jusqu'au début des délibérations (art. 229 al. 3 CPC par analogie).

Le droit de réplique doit être accordé aux parties à la procédure (c) également en procédure sommaire. De manière divergente au droit de réplique en procédure ordinaire, il n'est – selon l'opinion défendue ici – pas admissible de demander la fixation d'un délai pour l'exercice du droit de réplique si ce dernier pouvait être exercé dans le délai d'attente (usuellement de dix jours).

I. Einleitung

In der Schweiz ist das summarische Verfahren in quantitativer Hinsicht die häufigste zur Anwendung kommende Verfahrensart.[1] Das summarische Verfahren ist daher von überragender Bedeutung. Mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 wurde ein einheitliches summarisches Verfahren eingeführt. Bis dahin galten die 26 kantonalen, teilweise sehr unterschiedlich normierten Summarverfahren. Da sich der Gesetzgeber dazu entschieden hat, den Verfahrensablauf des summarischen Verfahrens nur knapp zu normieren, haben die kantonalen Gerichte ihre vor der Schweizerischen Zivilprozessordnung entwickelte Rechtsprechung teilweise auf die neuen Regeln der Zivilprozessordnung angewendet. Dies resultierte darin, dass für den Verfahrensablauf des summarischen Verfahrens seit 2011 zwar einheitliche Regeln gelten, diese aber mannigfaltig interpretiert und angewendet werden. 1

Eine uneinheitliche Praxis hat sich im summarischen Verfahren auch bezüglich des Aktenschlusses und des Novenrechts entwickelt. Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, einen Beitrag zur Vereinheitlichung des summarischen Verfahrens in Bezug auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses und die Ausgestaltung des Novenrechts zu leisten. 2

Dazu wird als erstes untersucht, wann der Aktenschluss im summarischen Verfahren eintritt (Kapitel III), wobei die Eigenheiten der atypischen Summarverfahren berücksichtigt werden. In der Folge wird die Ausgestaltung des Novenrechts im summarischen Verfahren analysiert (Kapitel IV) und das mit dem Aktenschluss und dem Novenrecht zwingend zusammenhängende Replikrecht – in der gebotenen Kürze – dargelegt (Kapitel V). Die Arbeit schliesst mit der Zusammenfassung und den Schlussfolgerungen (Kapitel VI). 3

Da eine Vielzahl der in der vorliegenden Arbeit analysierten Gerichtsentscheide nicht digital abrufbar sind, sondern bei den jeweiligen Gerichten eingesehen werden müssen, beinhaltet das Kapitel VII eine Sammlung der relevanten, nicht öffentlich zugänglichen Entscheide. 4

[1] Rechenschaftsbericht Zürich, S. 71, wonach die Einzelgerichte des Kantons Zürich über 35’000 Entscheide im summarischen Verfahren und knapp 7’000 Entscheide im ordentlichen Verfahren erlassen haben.

II. Untersuchungsgegenstand und Methodik

1. Untersuchungsgegenstand

Untersuchungsgegenstand ist der Zeitpunkt des Aktenschlusses und die Ausgestaltung des Novenrechts sowie jene des Replikrechts im summarischen Verfahren der Schweizerischen ZPO. Konkret wird in vorliegender Arbeit untersucht, (a) wann im summarischen Verfahren der Aktenschluss eintritt, (b) inwieweit nach dem Aktenschluss neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel (Noven) zulässig sind und, ob (c) die Parteien im summarischen Verfahren das Replikrecht ausüben können und wie dieses ausgestaltet ist. 5

Nicht Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, welche materiell-rechtlichen Angelegenheiten im Summarverfahren zu behandeln sind. Ebenfalls nicht Gegenstand vorliegender Arbeit ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine neue Tatsachenbehauptung oder ein Beweismittel als (echtes oder unechtes) Novum zu qualifizieren ist. 6

2. Methodik

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurde die Rechtsprechung der Zivilgerichte der Schweiz analysiert und kategorisiert. Der Schwerpunkt lag dabei auf den unterschiedlichen Ausgestaltungen des Aktenschlusses und des Novenrechts im Summarverfahren. Nach dem Versuch die unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Gerichte in Fallgruppen zu ordnen, wird dargelegt, welche Auffassung derjenigen des Gesetzgebers entspricht respektive welche Rechtspraxen der Zivilprozessordnung widersprechen. 7

III. Aktenschluss im summarischen Verfahren

1. Terminologie

1.1. Aktenschluss

1.1.1. Erstinstanzlicher Aktenschluss

Die Zivilprozessordnung verwendet den Begriff *Aktenschluss (temps limite* oder *deadline)*[2] nicht. In Art. 299 Abs. 1 ZPO ist nur, aber immerhin, die Rede vom *Abschluss des Schriftenwechsels*. In der Lehre und der Rechtsprechung hat sich der Begriff des Aktenschlusses allerdings durchgesetzt.[3] 8

Der Begriff *Aktenschluss* bezeichnet in erster Linie den Zeitpunkt, ab dem die Verfahrensparteien den Prozessstoff nicht mehr mittels neuer Tatsachenbehauptungen (Vorbringen) und Beweismittel ergänzen dürfen.[4] Vorbehalten bleibt dabei das Novenrecht, das Ausnahmen vom Aktenschluss regelt.[5] 9

Der Aktenschluss ist daher der Zeitpunkt der durch das Verfahrensrecht vorgesehenen Präklusion. Er besagt, dass die Parteien nach seinem Eintritt keinen neuen Prozessstoff mehr in das Verfahren einbringen können.[6] 10

Der Zweck des Aktenschlusses liegt in der Rechtssicherheit, denn ohne ihn wüssten die Parteien von vornherein nicht, bis zu welchem Zeitpunkt sie allfälligen neuen Prozessstoff geltend machen können. Die Rechtssicherheit verlangt danach, das Recht der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzubringen, einzuschränken. Wie in anderen Rechtsgebieten wird mit anderen Worten ein Recht einer Partei eingeschränkt und damit die Rechtssicherheit begünstigt.[7] 11

---

2 CHAIX, N 3 mit Hinweisen; REUT, N 47.

3 Vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2; BGer 5A_187/2021 vom 16. März 2022, E. 8; BGer 5A_188/2021 vom 21. Februar 2022, E. 4.2; BGer 5A_973/2017 vom 4. Juni 2019, E. 4.3.

4 SEILER, Berufung ZPO, N 1235.

5 MORET, Aktenschluss, N 5 f.; WUILLEMIN, N 134 ff.

6 MORET, Aktenschluss, N 3.

7 BGE 90 II 428 E. 8; SPIRO, S. 8 ff.; WOLF/NEUNER, § 17 N 1 f.; BSK OR I-DÄPPEN, Vor Art. 127 - 142 N 1 ff. mit Hinweisen; VON STOSCH, S. 19 f.; OTTO, S. 15 f.

1.1.2. Zweitinstanzlicher Aktenschluss

12 Der erstinstanzliche Aktenschluss wird in Lehre und Rechtsprechung nicht vom zweitinstanzlichen Aktenschluss unterschieden. In dogmatischer Hinsicht ist dies allerdings notwendig, denn die präkludierende Wirkung, wonach die Parteien nach Eintritt des Aktenschlusses keine neuen Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel mehr in das Verfahren einbringen dürfen, trifft nur für den erstinstanzlichen Aktenschluss zu.

13 Im Rechtsmittelverfahren tritt der Aktenschluss mit der Beschwerdeantwort respektive der Berufungsantwort ein, ohne dass damit eine Novenschranke fällt, denn neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dürfen im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden.[8] Allerdings hat auch der Aktenschluss im Rechtsmittelverfahren eine präkludierende Wirkung, zumal nach dem Aktenschluss weitere (unaufgeforderte) Eingaben der Parteien vom Gericht nicht mehr berücksichtigt werden.[9]

1.2. Eventualmaxime / Eventualgrundsatz

14 Bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt haben die Parteien alle möglicherweise relevanten Eventualstandpunkte vorzubringen, d.h. auch diejenigen Standpunkte, die nur relevant sind, wenn die vorbringende Partei im Hauptstandpunkt unterliegt.[10] Hiervon leitet sich die Bezeichnung *Eventualmaxime* ab.[11]

15 Die Eventualmaxime ist mit anderen Worten ein Prozessgrundsatz, der die Verpflichtung der Verfahrensparteien umschreibt, *«alle ihrem Angriff oder ihrer Verteidigung dienenden Rechtsbehelfe, also auch alle nur eventuell zu berücksichtigenden Rechtsbegehren, Tatsachen, Beweis- und weiteren Angriffs- und Verteidigungsmittel, bis zu einem gewissen Zeitpunkt im Prozess vorzubringen»*[12]. Tat-

---

8 Vgl. hierzu N 332 ff.

9 Vgl. hierzu N 212 ff. (Aktenschluss) und N 332 ff. (Novenrecht). Das Replikrecht ist selbstverständlich auch im Rechtsmittelverfahren zu beachten, vgl. N 350 ff.

10 JAUERNIG/HESS, S. 115; HENCKEL, S. 113; WETZELL, S. 967.

11 GULDENER, S. 181 f., insb. FN 2; MORET, Aktenschluss, N 8; RK-N 07, S. 7; WUILLEMIN, N 134 ff.; SPICHTIN, N 174.

12 KLINGLER, Eventualmaxime, N 1, vgl. auch MORET, Aktenschluss, N 8; JAUERNIG/HESS, S. 115 f. N 5 ff.; HENCKEL, S. 113; WETZELL, S. 967; SHK ZPO-WIDMER, Art. 229 N 1.

sachenbehauptungen und Beweismittel, die *nach* diesem Zeitpunkt vorgebracht werden, werden vom Gericht grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt.[13]

Die Eventualmaxime verschafft einen zeitlich geordneten Ablauf eines Prozesses. Sie soll zudem sicherstellen, dass die zivilrechtliche Streitigkeit innerhalb eines vernünftigen Zeitraums erledigt wird. Der Eventualmaxime kommt deshalb primär eine *Ordnungs-* sowie eine *Beschleunigungsfunktion* zu. Die Eventualmaxime *beschleunigt* den Gerichtsprozess, weil sie den Parteien vorschreibt, ihre Haupt- und Eventualstandpunkte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzubringen. Nicht rechtzeitig vorgebrachte Rechtsbegehren sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel werden im Prozess nicht mehr berücksichtigt.[14] Die Eventualmaxime *ordnet* den Gerichtsprozess, indem sie festlegt, wann die Parteien welche Prozesshandlungen vornehmen müssen. Dadurch wird der Prozessstoff und das Verfahren geordnet und gegliedert.[15] 16

Der Eventualmaxime kommt zudem eine *Schutzfunktion* zu. Dadurch, dass die Eventualmaxime einen Zeitpunkt im Prozess festlegt, an dem sämtliche Haupt- und Eventualvorbringen vorgetragen werden müssen, werden die Parteien vor überraschenden Eingaben der Gegenpartei geschützt. Dies erlaubt den Parteien, ihren Standpunkt zu vertreten, ohne befürchten zu müssen, dass ihre Vorbringen durch spätere Vorträge der Gegenpartei unterlaufen werden.[16] 17

1.3. Aktenschluss und Eventualmaxime als Synonyme?

Die Begriffe *Präklusion, Aktenschluss* und *Eventualmaxime* beziehen sich allesamt auf den Ausschluss von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ab einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt. Die vorliegende Arbeit geht von folgenden Abgrenzungen aus:[17] 18

---

13 HEUSLER, S. 71; REUT, N 43.

14 BGE 131 III 189 E. 2.1.2; KLINGLER, Eventualmaxime, N 36 f.

15 KLINGLER, Eventualmaxime, N 38; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 339; STAEHELIN/SUTTER, § 11 N 40; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 10 N 37; REUT, N 45 f.; SPICHTIN, N 175.

16 Vernehmlassungen VE ZPO, S. 565; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 10 N 37; KLINGLER, Eventualmaxime, N 39.

17 Vgl. auch MORET, Aktenschluss, N 32.

19 *Präklusion* ist ein Oberbegriff, der allgemein für den Ausschluss der Ausübung von Rechten steht. Er beschränkt sich aber nicht auf das Prozessrecht und ist für die Verwendung in der vorliegenden Arbeit nicht hinreichend präzis.

20 Die *Eventualmaxime* verlangt Ordnung und Beschleunigung und schützt die Parteien vor überraschenden Tatsachenbehauptungen. Sie erreicht dies, indem sie den Parteien die Pflicht auferlegt, sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzubringen. Mit anderen Worten beschreibt die Eventualmaxime *was* bis zu welchem Zeitpunkt *(wann)* vorgebracht werden muss. Der Aktenschluss ist damit ein Teilgehalt der Eventualmaxime, weil der Aktenschluss die Frage nach dem Zeitpunkt beantwortet.

21 Soweit sich die vorliegende Arbeit auf den *Aktenschluss* bezieht, ist damit der erstinstanzliche Aktenschluss gemeint.[18] Er geht nach dem hier vertretenen Verständnis aus der Eventualmaxime hervor. Er beschreibt den *bestimmten Zeitpunkt* im Verfahren, bis zu dem die Parteien der Eventualmaxime nachzukommen haben. Das vorliegende Kapitel untersucht, *wann* dieser Zeitpunkt im Summarverfahren eintritt.

1.4. Schriftenwechsel

22 Der Begriff *Schriftenwechsel* wird in der Lehre und Rechtsprechung vielseitig und unpräzis verwendet. Er bezeichnet die wechselseitig erfolgten, schriftlichen Eingaben von den Parteien in einem Gerichtsverfahren. Unter dem *formellen Schriftenwechsel* ist der Schriftenwechsel zu verstehen, der vom Gericht angeordnet wurde (vgl. Art. 202 Abs. 4 ZPO für das Schlichtungsverfahren; Art. 225 ZPO für das ordentliche Verfahren). Die Parteien werden mit anderen Worten aufgefordert, sich zur Sache zu äussern, weshalb diesbezüglich auch von den *aufgeforderten Eingaben* gesprochen werden kann. Der formelle Schriftenwechsel wird in der Regel mit dem (erst- oder zweitinstanzlichen) Aktenschluss abgeschlossen.[19] Davon zu unterscheiden ist der *informelle Schriftenwechsel*, der vom Gericht nicht angeordnet aber von den Parteien in Wahrnehmung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör ausgeführt wird. Dabei handelt es sich folglich um *unaufgeforderte Eingaben* respektive *Stellungnahmen* der Parteien.

---

[18] Soweit sich die vorliegende Arbeit auf den zweitinstanzlichen Aktenschluss bezieht, wird explizit darauf hingewiesen.

[19] Vgl. hierzu N 8 ff.

Der Begriff Schriftenwechsel ist vom Aktenschluss[20] und vom Novenrecht[21] abzugrenzen. Die Anordnung eines Schriftenwechsels bedeutet insbesondere nicht per se, dass in diesem angeordneten formellen Schriftenwechsel neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unbeschränkt zulässig sind. Die Beurteilung dieser Frage richtet sich nach dem Aktenschluss und dem (zumindest im erstinstanzlichen Verfahren) daran anschliessenden Novenrecht. 23

Bezieht sich die vorliegende Arbeit auf den *Schriftenwechsel,* so ist damit der formelle Schriftenwechsel gemeint. Wird auf den informellen Schriftenwechsel Bezug genommen, findet sich ein entsprechender Hinweis. 24

2. Aktenschluss im ordentlichen Verfahren

Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss auch für die anderen Verfahren, soweit die Zivilprozessordnung nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Nachfolgend wird deshalb zusammengefasst, wann der Aktenschluss im ordentlichen Verfahren eintritt. Danach ist zu prüfen, ob die Überlegungen, die für das ordentliche Verfahren angestellt werden, auch für das Summarverfahren gelten. 25

Für das *ordentliche Verfahren* stellte der Gesetzgeber in Art. 229 ZPO folgende Grundnorm auf: 26

[1] In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und:

a. erst nach *Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven); oder*

b. bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).

[2] Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden.

[20] Vgl. N 8 ff.

[21] Vgl. N 226 ff.

[3] Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung.

27 Das ordentliche Verfahren ist in drei Phasen zu gliedern:[22] Die *erste Phase* (auch Vorbereitungsphase) beginnt mit Einreichung der Klage (Art. 221 ZPO) und der Klageantwort (Art. 222 ZPO). Je nach Prozessleitung des Gerichts wird ein zweiter Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) oder eine Instruktionsverhandlung durchgeführt (Art. 226 Abs. 1 ZPO). In der *zweiten Phase* findet die mündliche Hauptverhandlung mit den Parteivorträgen (Art. 228 ZPO), der Beweisabnahme (Art. 231 ZPO) und den Schlussvorträgen (Art. 232 ZPO) statt. Mit der Urteilsberatung tritt das Verfahren in die *dritte Phase* ein. Diese endet mit einem Sach- oder Nichteintretensentscheid des Gerichts (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

28 Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien daher immer zwei unbeschränkte Möglichkeiten, Tatsachen und Beweismittel in das Gerichtsverfahren einzubringen.[23]

29 Die erste unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit ist die Klage respektive die Klageantwort. Die zweite unbeschränkte Äusserung kann entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – nach bloss einfachem Schriftenwechsel – an der Instruktionsverhandlung oder zu Beginn der Hauptverhandlung erfolgen. Anschliessend tritt der *Aktenschluss* und mit ihm die *Novenschranke* ein.[24] Ab diesem Zeitpunkt sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nicht mehr unbeschränkt in den Prozess einführbar, sondern müssen die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllen, um zugelassen zu werden.[25]

30 Ordnet das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an, ohne vorher eine Instruktionsverhandlung durchgeführt zu haben, können die Parteien in diesem zweiten Schriftenwechsel im selben unbeschränkten Umfang neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren einbringen, wie sie dies bereits im ersten

---

22 REUT, N 242; CHAIX, N 21; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 219 N 2; BK-KILLIAS, Art. 219 ZPO N 1.

23 BGE 144 III 67 E. 2.1; BGE 143 III 297 E. 6.6; BGE 141 II 481 E. 3.2.4; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3

24 REUT, N 242.

25 BGer 4A_262/2021 vom 30. September 2021, E. 5.4; BGer 4A_305/2012 vom 6. Februar 2013, E. 3.3; MORET, Aktenschluss, N 408 ff.; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 13.

Schriftenwechsel tun konnten.[26] Einen *Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel* haben die Parteien allerdings nicht (Art. 225 ZPO: «[…] so *kann* das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen»), hingegen aber auf eine zweite – in diesem Fall mündliche – unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit inklusive der Möglichkeit neue Beweismittel einzureichen.

Dem Gericht ist es nicht erlaubt, den Parteien eine dritte Möglichkeit zum unbeschränkten Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismittel einzuräumen. Dann nämlich würde die Eventualmaxime ins Ermessen des Gerichtes gestellt, was zur Folge hätte, dass eine Partei von vornherein nie wüsste, wann der Aktenschluss eintreten wird.[27] Dies würde zu einem für die Parteien unberechenbaren und ungeordneten Ablauf des Prozesses führen.[28] 31

Zusammenfassend tritt der *Aktenschluss im ordentlichen Verfahren* also ein 32

- falls zwei Schriftenwechsel durchgeführt wurden, mit dem Zugang der Duplik beim Gericht;
- falls bloss ein Schriftenwechsel durchgeführt wurde, nach Durchführung einer Instruktionsverhandlung mit offenem Novenrecht[29] oder, falls keine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat, zu Beginn der Hauptverhandlung (d.h. vor Beginn der Parteivorträge).

3. Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren

Im summarischen Verfahren stehen die *Schnelligkeit* (sog. Beschleunigungsgebot) und die *Flexibilität* im Vordergrund. Es stellt sich daher die Frage, wann der Aktenschluss im summarischen Verfahren von Gesetzes wegen eintritt, insbesondere ob den Parteien – wie im ordentlichen Verfahren – immer ein zweimaliges unbeschränktes Äusserungsrecht eingeräumt werden muss. 33

---

26 LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 225 N 3; OFK ZPO-ENGLER, Art. 225 N 4; REUT, N 248; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 225 N 2.

27 BGE 144 III 67 E. 2.1; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3.

28 BGE 144 III 67 E. 2.1.

29 Vgl. zum Novenrecht in der Instruktionsverhandlung BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 226 N 515; BK-KILLIAS, Art. 226 ZPO N 3.

34 Die Beantwortung dieser Frage ist Gegenstand des vorliegenden Kapitels. Sie hängt davon ab, ob die Bestimmungen zum Summarverfahren den Aktenschluss selbständig regeln oder, ob Art. 229 ZPO gestützt auf Art. 219 ZPO im Summarverfahren ebenfalls zur Anwendung kommt und gegebenenfalls mit welchen Anpassungen.

35 Im Nachfolgenden wird zu diesem Zweck in Kapitel 3.1.1 im Sinne eines Überblicks die diesbezüglich herrschende Lehrmeinung den Minderheitsmeinungen gegenübergestellt. Sodann wird in Kapitel 3.1.2 analysiert, ob sich in Bezug auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses in der Rechtsprechung bereits eine einheitliche Praxis entwickelt hat. Schliesslich wird durch Auslegung der Bestimmungen des Summarverfahrensrechts eruiert, wann der Aktenschluss im summarischen Verfahren im Allgemeinen richtigerweise eintritt (Kapitel 3.2). Im darauffolgenden Kapitel wird analysiert, wann der Aktenschluss in den besonderen Summarverfahren eintritt.

3.1. Lehre und Rechtsprechung

3.1.1. Lehre

36 Die Lehre ist sich über der Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren uneinig.

3.1.1.1. Überwiegende Lehre

37 Die überwiegende Lehre hält die sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren für nicht gerechtfertigt. Da Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt des Gerichtsverfahrens stelle, es aber im summarischen Verfahren im Grundsatz keine Hauptverhandlung gebe, sei die Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren von vornherein nicht geeignet.[30] Von zentraler Bedeutung sei, dass die Parteien wissen, wann der Aktenschluss eintrete. Der Aktenschluss müsse daher auch im summarischen Verfahren immer zum gleichen Zeitpunkt eintreten, unabhängig davon, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt werde oder nicht.[31] Die Parteien seien daher grundsätzlich verpflichtet, alle Tatsachenbehauptungen inklusive der Beweismittel im Gesuch respektive der Stellungnahme vorzubringen, wobei es keine Rolle spielen

30 SOGO/BAECHLER, S. 316.

31 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 19.

dürfe, ob dies schriftlich oder mündlich geschehe.[32] Ausnahmen von diesem Grundsatz seien nach dem Novenrecht zu beurteilen.[33]

Soweit das Gericht nach Eingang des Gesuchs die Durchführung einer Hauptverhandlung ansetze, ohne vorab die Stellungnahme des Gesuchsgegners einzuholen, habe der Gesuchsgegner an der Hauptverhandlung ein einmaliges, unbeschränktes Äusserungsrecht. Darüber, ob dieses Äusserungsrecht zu Beginn der Hauptverhandlung ausgeübt werden müsse oder ob das Äusserungsrecht bis zum Ende der Hauptverhandlung bestehe, herrscht in der Lehre allerdings keine Einigkeit.[34] 38

Einig ist sich die Lehre hingegen darin, dass im Summarverfahren grundsätzlich kein zweiter formeller Schriftenwechsel stattfindet und der Aktenschluss nach Abschluss dieses Schriftenwechsels eintritt.[35] Einzelne Autoren befürworten eine Ausnahme vom einmaligen Schriftenwechsel, wenn der im summarischen Verfahren ergehende Entscheid in materielle Rechtskraft erwächst.[36] 39

---

32 BGE 140 III 312; Obergericht des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2014, LF140087, E. 7; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25 f.; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 20 mit Hinweis auf das Obergericht des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011, PF110065, E. 2.3.1; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 23b; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 32; KLINGLER, Eventualmaxime, N 545 f.; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27; BRUNNER/BIERI, S. 4 N 17; SOGO/BAECHLER, S. 317, die sich allerdings im Resultat der Minderheitsmeinung anschliessen, welche die Anwendung der Eventualmaxime ins Ermessen des Gerichts stellt; FÜLLEMANN, S. 876; *a.M.* aber DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 83; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 13; unbegründet aber wohl zustimmend auch BK-GÜNGERICH, Art. 252 ZPO N 9 und Art. 253 ZPO N 14.

33 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 21 f.

34 MORET, Aktenschluss, N 337 f, wonach das unbeschränkte Äusserungsrecht bis zum Verhandlungsende ausgeübt werden könne; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 359; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36, wonach das unbeschränkte Äusserungsrecht zu Beginn der Hauptverhandlung ausgeübt werden müsse, im Widerspruch zu DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27; BOHNET, Procédures spéciales, S. 277, der neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zum Ende des Beweisverfahrens zulassen möchte; BERTI, § 7 N 282, der allerdings einen Anspruch der Parteien auf Durchführung einer Hauptverhandlung bejaht.

35 FÜLLEMANN, S. 877; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 23b; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 32; KLINGLER, Eventualmaxime, N 545 f.; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27; BRUNNER/BIERI, S. 4 N 17.

36 Vgl. hierzu N 151 ff.; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 13.

3.1.1.2. Minderheitsmeinung(en)

a) Keine Anwendung von Art. 229 ZPO

40 Wie die überwiegende Lehre geht auch eine Minderheitsmeinung davon aus, dass Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren keine Anwendung findet. Im Unterschied zur überwiegenden Lehre müsse jedoch davon ausgegangen werden, dass neue Tatsachen und Beweismittel *bis zur Entscheidfällung* vorgebracht werden können und vom Gericht berücksichtigt werden müssen, da die ZPO für das summarische Verfahren keine Regelung betreffend die Eventualmaxime enthalte. Art. 229 ZPO sei aufgrund der ausserordentlichen Rechtsnatur des Summarverfahrens nicht anwendbar.[37] Ein *bloss einfacher Schriftenwechsel* sei nicht genügend: Ein Gericht könne seine Entscheidung nicht auf Tatsachenbehauptungen und Beweismittel abstellen, zu denen die Gegenpartei noch nicht Stellung nehmen konnte.[38] Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, das Gericht müsse den Parteien eine Frist zur Einreichung von Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ansetzen, wenn es auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte.[39]

b) Anwendung der Eventualmaxime im Ermessen des Gerichtes

41 Die mehr beachtete Minderheitsmeinung[40] legt die Anwendung der Eventualmaxime im summarischen Verfahren ins Ermessen des Gerichtes. Nach dieser Ansicht ist der Aktenschluss nicht einheitlich, sondern variiert je nachdem, ob ein zweiter Schriftenwechsel oder eine Hauptverhandlung durchgeführt wird oder nicht.

aa) Bei gerichtlicher Anordnung eines einfachen Schriftenwechsels ohne Hauptverhandlung

42 Diese Minderheitsmeinung folgert aus der Tatsache, dass Art. 256 Abs. 1 ZPO dem Gericht die Kompetenz erteilt, auf eine Verhandlung zu verzichten, dass die Parteien keinen Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung hätten. Deshalb stehe es den Parteien nicht zu, nach dem einfachen Schriftenwechsel ihre Vorbringen bis zur Entscheidfällung frei zu ergänzen. Mit Blick auf die Rechtssicherheit und den verfassungsmässigen Anspruch auf das rechtliche Gehör, dränge es sich

---

37 MEIER, Zivilprozessrecht, S. 359.

38 MEIER, Zivilprozessrecht, S. 358; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 252 N 7; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27.

39 BOHNET, Procédures spéciales, S. 274 f.

40 Vgl. hierzu N 42 ff.

zwar auf, neue Vorbringen bis zur Entscheidfällung zuzulassen.[41] Dies würde aber zu einer Verzögerung des Verfahrens führen, was dem Wesen des Summarverfahrens widerspreche. Der Aktenschluss trete daher bereits nach der Gesuchseinreichung bzw. der Stellungnahme ein, wenn das Gericht bloss einen einfachen Schriftenwechsel und keine Hauptverhandlung anordne. In diesem Fall müssten die Parteien bereits im Gesuch und der Stellungnahme sämtliche Tatsachen und Beweismittel vorbringen.[42]

Diese Ansicht entspricht im Resultat der überwiegenden Lehre[43], zumal auch diese den Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel eintreten lässt. Im Unterschied zur überwiegenden Lehre stellt die Minderheitsmeinung den Eintritt des Aktenschlusses nach dem ersten Schriftenwechsel aber ins Ermessen des Gerichtes. 43

bb) Bei gerichtlicher Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels

Obwohl ein zweiter Schriftenwechsel im summarischen Verfahren grundsätzlich nicht vorgesehen sei, müsse bei Anordnung eines solchen, die unbeschränkte Eingabe neuer Tatsachen und Beweismittel analog zur Regelung des ordentlichen Verfahrens zugelassen werden.[44] In diesem Fall haben die Parteien nach der Ansicht der Minderheitsmeinung also ein zweimaliges, unbeschränktes Äusserungsrecht.[45] 44

cc) Bei Durchführung einer Hauptverhandlung

Setzt das Gericht eine Hauptverhandlung an, *bevor* der Gesuchsgegner eine Stellungnahme einreichen konnte, ist sich die Lehre einig, dass sich der Gesuchsgegner anlässlich der Hauptverhandlung uneingeschränkt äussern darf. Uneinigkeit 45

41 MORET, Aktenschluss, N 336; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 359; *a.M.* BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58.

42 Bericht VE ZPO, S. 125; MORET, Aktenschluss, N 335 f.; CHAIX, S. 135 N 56.

43 Vgl. N 37 ff.

44 MORET, Novenrecht, S. 47; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 316 N 7.

45 SOGO/BAECHLER, S. 319 f.; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 228 N 10; LEUENBERGER, Bestimmungen, S. 388 f.; *a.M.* REUT, N 305, der die Anwendung der Eventualmaxime zwar ebenfalls ins Ermessen des Gerichtes legt, aber die Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels ausschliesst; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27.

besteht allerdings in Bezug auf die Frage, bis wann der Gesuchsgegner dieses unbeschränkte Äusserungsrecht auszuüben hat.[46]

46 Führt das Gericht eine Hauptverhandlung durch, *nachdem* sich der Gesuchsgegner bereits schriftlich äussern durfte, räumt die Minderheitsmeinung beiden Parteien anlässlich der Hauptverhandlung ein erneutes uneingeschränktes Äusserungsrecht ein.[47] Nach der Minderheitsmeinung rechtfertige es sich, den Aktenschluss in sinngemässer Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO auf den *Beginn* der Hauptverhandlung zu legen.[48]

3.1.1.3. Fazit

47 Die Lehre vertritt überwiegend die Ansicht, dass Art. 229 ZPO nicht auf das summarische Verfahren anwendbar ist und der Zeitpunkt des Aktenschlusses nicht im Ermessen des Gerichts liegt.[49] Die Minderheit der Lehre vertritt die gegenteilige Ansicht und legt den Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichtes.[50] Das Bundesgericht hat sich – wie noch zu zeigen sein wird – dieser Minderheitsmeinung angeschlossen.[51]

3.1.2. Rechtsprechung

48 Die kantonale Rechtsprechung beantwortet die Frage nach dem Zeitpunkt des Aktenschlusses im summarischen Verfahren – wie hiernach aufgezeigt wird – nicht einheitlich. Während sich ein Teil der Rechtsprechung der überwiegenden Lehre[52] angeschlossen hat (hiernach als *Berner Summarpraxis*[53] bezeichnet), schlossen

---

46 Vgl. N 38; MORET, Aktenschluss, N 337 f.; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 359; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27; BOHNET, Procédures spéciales, S. 277.

47 LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 228 N 10; LEUENBERGER, Bestimmungen S. 388 f.

48 MORET, Aktenschluss, N 339; SOGO/BAECHLER, S. 333; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; CHAIX, S. 135 N 56; REUT, N 314 f.

49 Vgl. N 37 ff.

50 Vgl. N 41 ff.

51 Vgl. N 67 ff.; allerdings ohne sich tiefgehend mit den Lehrmeinungen auseinanderzusetzen.

52 Vgl. N 37 ff.

53 Vgl. N 49 ff.

sich andere Kantone der Minderheitslehre[54] an (hiernach als *Zürcher und St. Galler Summarpraxis*[55] bezeichnet).

3.1.2.1. Berner Summarpraxis

Der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Bern ZK 12 217 aus dem Jahre 2012 war eines der ersten oberinstanzlichen Urteile in der Schweiz, das sich seit Einführung der neuen ZPO zum Aktenschluss und zum Novenrecht im Summarverfahren äusserte. Das Obergericht entschied erstmals, dass der Aktenschluss bereits nach einem Schriftenwechsel eintrete und zwar unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde oder nicht.[56] 49

Es stellte fest, dass das Replikrecht auch dann zur Anwendung komme, wenn das Prozessrecht – wie in Art. 84 Abs. 2 SchKG – nur einen einfachen Schriftenwechsel vorsehe.[57] Allerdings sei es nicht Sinn und Zweck des Replikrechts, den Parteien die Verbesserung mangelhafter Eingaben zu ermöglichen.[58] 50

Zur Begründung führte das Obergericht an, dass es Art. 229 ZPO nicht unbesehen auf das summarische Verfahren anwenden könne. Gestützt auf Art. 253 ZPO finde regelmässig nur ein Schriftenwechsel statt und es sei dem Gericht anheimgestellt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten. Das summarische Verfahren sehe deshalb nur einen einfachen Schriftenwechsel vor und der Aktenschluss trete nach Abschluss dieses Schriftenwechsels ein. Gegen eine weitere 51

---

54 Vgl. N 41 ff.

55 Vgl. N 56 ff.

56 Obergericht des Kantons Bern vom 8. September 2015, ZK 15 324, E. II/5.2; Obergericht des Kantons Bern vom 4. Dezember 2014, ZK 14 476, E. III/6 f.; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/25, wobei die Vorinstanz in casu einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hatte; *a.M.* Regionalgericht Bern-Mittelland vom 30. April 2014, CIV 14 6394, E. II/21 (vgl. Entscheidsammlung S. 151 hiernach), in welchem das Regionalgericht Art. 229 ZPO analog anwendete, weil es einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hatte.

57 BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2.2; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/22.

58 Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/23; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 49; Regionalgericht Berner Jura-Seeland vom 30. Januar 2017, CIV 16 5717, E. II/3 (vgl. Entscheidsammlung S. 158 hiernach).

Möglichkeit der Parteien, sich unbeschränkt zu äussern, spreche auch die im summarischen Verfahren geforderte Schnelligkeit des Verfahrens.[59]

52 In einem rund drei Jahre später publizierten Entscheid, führte das bernische Obergericht des Weiteren aus, dass es die Gleichbehandlung der Anliegen aller Rechtssuchenden und die Rechtssicherheit erfordern würden, dass der Aktenschluss in allen summarischen Verfahren gleich bestimmt sei. Der Zeitpunkt des Aktenschlusses könne daher nicht davon abhängen, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung durchführe.[60] Der Gesuchsteller müsse sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits in seinem Gesuch vorbringen. Das gelte unabhängig von der Beweislast. Diese Obliegenheit gelte also nicht nur für Tatsachen, für die der Gesuchsteller beweisbelastet ist (Hauptbeweis), sondern auch für seine Gegenbeweise. Das Obergericht auferlegt es m.a.W. dem Gesuchsteller, *sämtliche* nach den Umständen *voraussehbaren Einwendungen* der Gegenpartei bereits im Gesuch zu entkräften. Wenn beispielsweise die Gegenpartei bereits vorprozessual die Verjährung geltend gemacht hat, so müsste der Gesuchsteller nach dieser Rechtsprechung die Verjährungseinrede bereits im Gesuch vorwegnehmen.[61]

---

59 Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/ 25; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 19. Dieser Meinung hat sich das Handelsgericht des Kantons Bern angeschlossen, allerdings ohne expliziten Bezug auf die Rechtsprechung des Obergerichts, vgl. LÜTHI, S. 82 f.; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 20.

60 Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. IV/2.3.1; Regionalgericht Berner Jura-Seeland vom 3. Juli 2018, CIV 17 4592, E. 12 (vgl. Entscheidsammlung S. 163 hiernach); *a.M.* Regionalgericht Berner Jura-Seeland vom 9. August 2018, CIV 18 3003, E. 8 (vgl. Entscheidsammlung S. 164 hiernach); Regionalgericht Bern-Mittelland vom 30. Januar 2015, CIV 14 5765 / 14 6928, E. 10 (vgl. Entscheidsammlung S. 151 hiernach), das die Problematik von verschiedenen Schriftenwechseln nicht erkennt und auch nicht aufwirft und als «Ausrutscher» bezeichnet werden darf.

61 Vgl. auch Obergericht des Kantons Bern vom 4. Dezember 2014, ZK 14 476, E. 6 f.; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. 22–25; Obergericht des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2014, LF140087, E. 7; Regionalgericht Bern-Mittelland vom 17. Februar 2017, CIV 16 3364, E. 11 (vgl. Entscheidsammlung S. 159 hiernach); Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. 2.3.1 f.; Regionalgericht Bern-Mittelland vom 13. Dezember 2016, CIV 16 5334, E. 9 (vgl. Entscheidsammlung S. 157 hiernach).

Ausnahmen von dieser Summarpraxis sahen die Gerichte des Kantons Bern vor, wenn ein Entscheid direkt in materielle Rechtskraft erwuchs[62], sowie im Verfahren um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.[63] 53

Die Gerichte der Kantone Basel Landschaft[64], Basel Stadt[65], Genf[66], Luzern[67] und Zug[68] schlossen sich der Berner Summarpraxis an. 54

---

62 Vgl. N 151 ff.; Obergericht des Kantons Bern vom 4. Dezember 2014, ZK 14 476, E. III/6 f.; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/25.

63 Vgl. N 160; Regionalgericht Bern-Mittelland vom 29. November 2016, CIV 16 5555, E. 7 (vgl. Entscheidsammlung S. 156 hiernach).

64 Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Juli 2014, 410 14 104, E. 2.4; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25 ff.

65 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 20. Dezember 2017, ZK.2017.14, E. 2, allerdings unklar mit Bezug auf einen zweiten Schriftenwechsel; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. Juni 2016, ZR 115/2016, Nr. 35, S. 165 E. 321; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27.

66 Cour de Justice Genève vom 8. März 2013, ACJC/318/2013, E. 3.4; Cour de Justice Genève vom 12. September 2017, ACJC/1117/2017, E. 2 allerdings bei der Durchführung einer Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel zulassend; Cour de Justice Genève vom 6. November 2017, ACJC/1422/2017, E. 2; Cour de Justice Genève vom 20. April 2018, ACJC/502/2018, E. 3.1.2.

67 Die Rechtsprechung des Kantons Luzern ist widersprüchlich. Die neueren Entscheidungen sprechen sich für die Berner Summarpraxis aus: Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 16. August 2018, 1B 18 34 / 1U 18 9, E. 3.1.3 (vgl. Entscheidsammlung S. 176 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 9. November 2016, 1B 16 42 / 1U 16 14, E. 3.1 (vgl. Entscheidsammlung S. 175 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 14. Oktober 2015, 2C 15 46 / 2L 15 6, E. 3 (vgl. Entscheidsammlung S. 169 hiernach); *a.M.* Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 29. Oktober 2019, 1F 19 2, E. 4.6; Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 17. September 2018, 2C 18 49 / 2U 18 7, E. 3.3 ff. (vgl. Entscheidsammlung S. 177 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 4. Juli 2016, 1B 16 26, E. 6.2 (vgl. Entscheidsammlung S. 173 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 2. Mai 2016, 3B 16 9 / 3U 16 24, E. 4.3.3.2 (vgl. Entscheidsammlung S. 172 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 5. April 2016, 3B 15 70, E. 3.2 (vgl. Entscheidsammlung S. 170 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 17. August 2012, 1F 11 6, E. 7 (vgl. Entscheidsammlung S. 167 hiernach).

68 Kantonsgericht des Kantons Zug vom 15. Mai 2020, ES 2020 148, E. 4.2.

55 Die Berner Summarpraxis fand mit den beiden Leitentscheiden des Bundesgerichtes in BGE 144 III 117 und BGE 146 III 237 ein Ende.[69]

3.1.2.2. Zürcher und St. Galler Summarpraxis

56 Die Rechtsprechung aus den Kantonen Zürich und St. Gallen legen die Eventualmaxime und damit den Zeitpunkt des Aktenschlusses im summarischen Verfahren ins Ermessen des Gerichts.

57 Hinsichtlich der Frage des Aktenschlusses im summarischen Verfahren haben die Gerichte des Kantons Zürichs eine Kehrtwende vollzogen.[70] *Bis ins Jahr 2015* urteilten die Gerichte, dass im summarischen Verfahren kein zweiter Schriftenwechsel stattfinde und die Parteien dem Gericht den Sachverhalt mit den Beweismitteln im Gesuch respektive in der Stellungnahme abschliessend beizubringen haben.[71]

58 *Im Jahr 2016* begann der Meinungswechsel, vermochte sich aber noch nicht durchzusetzen, was sich in einer uneinheitlichen Rechtsprechung bis ins Jahr 2018 zeigte.[72] *Spätestens ab 2018* vertrat das Obergericht des Kantons Zürichs die An-

---

69 Obergericht des Kantons Bern vom 17. Februar 2021, ZK 20 563, E. 4.4.1 und E. 4.4.3, wobei das Obergericht diesen Entscheid offensichtlich nicht als Praxisänderung sehen wollte und fälschlicherweise davon ausging, dieser Entscheid entspreche der bisherigen Rechtsprechung.

70 So auch festgestellt in Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, ZB.2019.7, in: CAN 73/2019, S. 225 ff., S. 229.

71 BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. Juni 2016, ZR 115/2016, Nr. 35, E. 2.3/2.3.1, wobei es das Gericht mit Verweis auf KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 33 offengelassen hat, wie es sich verhält, wenn das Gericht nach dem (ersten) Schriftenwechsel ausdrücklich einen zweiten Schriftenwechsel anordnet; Obergericht des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2014, LF140087, E. 7; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 19. November 2012, HE120378, E. 5b; Obergericht des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011, PF110065, E. 2.3.1 mit Bezug auf den Rechtsschutz in klaren Fällen.

72 Das Handelsgericht des Kantons Zürich hielt auch über das Jahr 2018 hinaus noch an der Praxis fest, wonach es im Summarverfahren keinen zweiten Schriftenwechsel gebe, vgl. Handelsgericht des Kantons Zürich vom 25. September 2020, HE200273, E. II/2; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 5. Juni 2019, HG180077, E. 2.1; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 4. Februar 2019, HE180386, E. 5.1.4; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 4. Dezember 2018, HE180375, E. 4.2 f.; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 20. Juni 2018, HE180090, E. 2.2; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 22. Februar 2018, HE170369, E. 3; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 15. Januar 2018, HE170371, E. 2.3.6; Handelsgericht des Kantons Zürich

sicht, dass der Eintritt des Aktenschlusses *in der Regel* nach dem ersten Schriftenwechsel eintrete.[73] Es bestehe kein Anspruch der Parteien auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels oder einer Hauptverhandlung.[74] Wenn das Gericht aber ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel anordne oder eine Hauptverhandlung durchführe, so finde Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO Anwendung. Die Parteien hätten infolgedessen eine weitere Möglichkeit, sich unbeschränkt zur Sache zu äussern und neue Beweismittel einzureichen.[75]

Auch nach Ansicht des St. Galler Kantonsgerichtes kann der Summarrichter einen zweiten Schriftenwechsel anordnen. Auf diesen zweiten Schriftenwechsel finde Art. 229 ZPO Anwendung, da Art. 253 ZPO zwar von einem einmaligen Schriftenwechsel ausgehe, aber weder einen zweiten Schriftenwechsel noch eine Haupt- 59

vom 25. Oktober 2017, HE170290, E. 3.3.1; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 9. Oktober 2017, HE170202, E. 5.3.1.1; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 30. Mai 2017, HE170080, E. 2.2.

73 BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2020, HE200291, E. 3.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. März 2020, RT190189, E. 6.5; Obergericht des Kantons Zürich vom 31. Juli 2019, RT180215, E. 4.4.3; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. August 2017, PS170161, E. 5c, in welchem es aber eine Ausnahme vom Eintritt der Novenschranke nur zulassen möchte, wenn das Gericht von Gesetzes wegen nicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten darf; Obergericht des Kantons Zürich vom 13. April 2017, LF170004, E. 2.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. September 2016, LF160046, E. 3.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 17. August 2015, PF150029, E. 3.5.

74 Obergericht des Kantons Zürich vom 10. Juli 2018, RT180027, E. II/4.2; BGer 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.2, publiziert in BGE 144 III 117 E. 2.2.

75 BGE 144 III 117 E. 2.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. April 2020, RT190200, E. 4.2.5; Obergericht des Kantons Zürich vom 10. April 2019, RT190028, E. 4.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 10. Juli 2018, RT180027, E. 2.2; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 1. September 2016, HE160142, E. 4.3; Obergericht des Kantons Zürich vom 17. August 2015, PF150029, E. 3.5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.172a; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., § 21 N 43, *davon aber wieder abweichend* Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. 3 f.; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 9. Oktober 2017, HE170202, E. 5.3.1.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 22. Juni 2017, RV170003, E. 3.2; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 30. Mai 2017, HE170080, E. 2.2; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 14. Februar 2017, HE160516, E. 3.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 13. Februar 2017, LF160079, E. 5c; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 26. Januar 2016, HE150238, E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1 und 4.2.1.

verhandlung ausschliesse.[76] Entscheide sich das Gericht also für die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, so finde Art. 229 ZPO Anwendung, weshalb die Parteien ein zweites Mal die Möglichkeit erhalten, sich unbeschränkt zu äussern.[77]

60 Das Kantonsgericht St. Gallen lehnt die Ansicht, wonach im Summarverfahren der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel eintrete, explizit ab.[78] Es stützt sich dabei auf die bis dahin ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es das Bundesgericht ins Ermessen des Gerichtes legt, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird oder nicht.[79]

---

76 Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 28. November 2016, BES.2016.43, E. 3; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. 25; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 253 N 9.

77 Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 28. November 2016, BES.2016.43, E. 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.172a und 11.173; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 7. April 2014, BS.2014.2, E. 2 (vgl. Entscheidsammlung S. 180 hiernach), allerdings relativierend für das Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 17. Februar 2014, BS.2013.10, E. II/4b.

78 Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 23. Mai 2018, BS.2018.1, E. III/3bb; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36 und Art. 256 N 4; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 22 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.172a; *a.M.* BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 32 f.; MORET, Aktenschluss, N 333–343 aber noch von einer «gesetzlichen Regelung eines einfachen Schriftenwechsels» ausgehend in Kreisgericht St. Gallen vom 3. Januar 2014, SZ.2013.197, E. 3 (vgl. Entscheidsammlung S. 181 hiernach); Kreisgericht St. Gallen vom 29. April 2015, SZ.2015.34, E. 5 (vgl. Entscheidsammlung S. 184 hiernach).

79 BGE 144 III 117; BGer 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.1 und 2.2; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 23. Mai 2018, BS.2018.1, E. III/3bb; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2 (nicht veröffentlicht in BGE 138 III 620); Kreisgericht St. Gallen vom 28. November 2018, SZ.2018.131, E. 2 (vgl. Entscheidsammlung S. 186 hiernach); Kreisgericht St. Gallen vom 20. August 2018, SZ.2018.43, E. 2 (vgl. Entscheidsammlung S. 185 hiernach).

Der Zürcher und St. Galler Summarpraxis haben sich die Kantone Aargau[80], Neuenburg[81], Freiburg[82], Graubünden[83] und Solothurn[84] angeschlossen. 61

3.1.2.3. Rechtsprechung des Bundesgerichtes

a) Richtungsweisende Rechtsprechung des Bundesgerichtes

In Bezug auf das ordentliche Verfahren hielt das Bundesgericht im Jahr 2014 fest, dass die Eventualmaxime nicht im Ermessen des Gerichtes liegen könne, weil die Parteien nie von vornherein wüssten, wann der Aktenschluss eintrete: «*Ein solches Verfahren widerspricht einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf*».[85] 62

Das Bundesgericht betonte die hohe Bedeutung des Prozessbeschleunigungsgebotes im summarischen Verfahren relativ früh nach Inkrafttreten der schweizeri- 63

---

80 Obergericht des Kantons Aargau vom 5. April 2019, ZSU.2019.46, E. 4 (vgl. Entscheidsammlung S. 166 hiernach), dessen Entscheid vom Bundesgericht bestätigt wurde und somit als Ausgangslage des bundesgerichtlichen Leitentscheides BGer 5A_366/2019 vom 19. Juni 2020, E. 3, 3.1–3.2 diente; Handelsgericht des Kantons Aargau vom 12. April 2017, HSU.2017.44, E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3.

81 Kantonsgericht des Kantons Neuenburg vom 19. April 2018, ARMC.2018.16, E. 4c; Kantonsgericht des Kantons Neuenburg vom 14. November 2016, ARMC.2016.66, E. 2b.

82 Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 22. Dezember 2017, 102 2017 172, E. 3; Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 19. Dezember 2017, 102 2017 310, E. 3; Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 27. September 2017, 101 2017 273, E. 2.1 ff.; Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 27. Oktober 2015, 101 2015 171, E. 2.

83 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.3, wobei dieser Entscheid bereits nach dem Leitentscheid BGE 146 III 237 erging und sich auf diesen stützte; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 23. Mai 2016, KSK 15 79, E. 4b; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 27. März 2012, KSK 12 7, E. 4.

84 BGE 144 III 117 E. II/5.1 f.; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2 (nicht publiziert in BGE 138 III 620); Obergericht des Kantons Solothurn vom 18. Januar 2019, ZKBER.2018.70, E. II/3.1; Obergericht des Kantons Solothurn vom 8. Juni 2018, ZKBES.2018.48, E.II/5.3.

85 BGE 146 III 55 E. 2.3.1; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 bestätigt in BGE 144 III 67 E. 2.1; BGer 4A_494/2017 vom 31. Januar 2018, E. 2.4.1.

schen Zivilprozessordnung.[86] Infolgedessen stellte es bereits im Jahr 2012 fest, dass die Parteien *keinen Anspruch* darauf haben, dass ein *zweiter Schriftenwechsel durchgeführt* wird.[87] In einem Entscheid, in dem es um die Zulässigkeit mehrerer Schriftenwechsel im kantonalen Rechtsmittelverfahren ging, argumentierte das Bundesgericht, dass die Rechtsmittelinstanz bei der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels äusserste Zurückhaltung üben müsse, weil ein solcher im summarischen Verfahren *nicht einmal in der Erstinstanz* möglich sei.[88] In der Tendenz vertrat das Bundesgericht somit die Ansicht, dass im erstinstanzlichen summarischen Verfahren nur ein Schriftwechsel durchgeführt wird.

64 Im selben Jahr folgte bereits die Relativierung des Bundesgerichtes, das nunmehr festhielt, dass ein zweiter Schriftenwechsel im summarischen Verfahren *in der Regel* nicht stattfinde.[89] Es stützte diese Aussage auf den hiervor zitierten BGE 138 III 252, der allerdings – wie in N 63 dargelegt – in der Tendenz von einem zwingend einfachen Schriftenwechsel ausging.

65 Das Bundesgericht sieht den Zweck von Art. 253 ZPO (Stellungnahme zum Gesuch im summarischen Verfahren) darin, den Anspruch des Gesuchsgegners auf rechtliches Gehör zu gewährleisten (Art. 53 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV).[90] Ein zweiter Schriftenwechsel sei in Art. 253 ZPO *nicht* vorgesehen. Deshalb dränge sich angesichts der Natur des Summarverfahrens Zurückhaltung bei der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels auf.[91] Nicht aufgeworfen wurde die Frage, ob in einem (mit Zurückhaltung angeordneten) zweiten Schriftenwechsel unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel ins Verfahren eingebracht werden dürfen.

---

86 BGE 138 III 620 E. 5.1.1 zum Rechtsschutz in klaren Fällen; BGE 138 III 483 E. 3.2.4; BGer 5A_736/2017 vom 8. Juni 2018, E. 3.2.2.

87 BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2 nicht publiziert in BGE 138 III 620.

88 BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109 mit Verweis auf OLGIATI, S. 230 f. Das Bundesgericht wies in derselben Erwägung allerdings ebenfalls darauf hin, dass ein zweiter Schriftenwechsel – wenn überhaupt – nur mit Zurückhaltung angeordnet werden könne.

89 BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2 (nicht publiziert in BGE 138 III 620); BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109.

90 BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; BK-HURNI, Art. 53 ZPO N 52; CHEVALIER, ZPO Komm., Art. 253 N 1.

91 BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109.

Im Jahr 2018 konkretisierte das Bundesgericht, das summarische Verfahren zeichne sich durch seine Geschwindigkeit und Einfachheit aus, weshalb der Gesuchsteller den Sachverhalt darzulegen und Beweismittel anzuführen habe. Noven i.S.v. Art. 229 ZPO seien auch im summarischen Verfahren zulässig. Dies führe aber *nicht* grundsätzlich zu einem zweiten Schriftenwechsel. Ein zweiter Schriftenwechsel könne nur angeordnet werden, wenn es die *besonderen Umstände* erfordern würden, was nur mit *Zurückhaltung* angenommen werden könne.[92] 66

b) Leiturteile

In BGE 144 III 117 und BGE 146 III 237 hat sich das Bundesgericht explizit der Frage angenommen, ob im summarischen Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen sei. 67

Im erstzitierten Leiturteil hat das Bundesgericht in einem ersten Schritt festgestellt, dass es der Wille des Gesetzgebers war, im summarischen Verfahren *nur einen Schriftenwechsel* durchzuführen. Eine «breite Schriftlichkeit»[93] oder mehrere Schriftenwechsel entspreche nicht dem Wesen des summarischen Verfahrens.[94] In einem zweiten Schritt führte das Bundesgericht aus, dass ein zweiter Schriftenwechsel dennoch angeordnet werden könne, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweise.[95] Eine Begründung, weshalb eine Abweichung vom gesetzgeberischen Willen gerechtfertigt sei, ist dem Entscheid nicht zu entnehmen. Die Frage, ob Art. 229 ZPO analog zur Anwendung komme, wenn im summarischen Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde, liess das Bundesgericht explizit offen, nicht aber ohne zu erwähnen, dass es die Mei- 68

---

92 BGer 5A_736/2017 vom 8. Juni 2018, E. 3.2.2 wiederum mit Verweis auf BGE 138 III 483 E. 3, der sich – wie dargelegt – allerdings für einen einfachen Schriftenwechsel aussprach.

93 Was mit einer «breiten Schriftlichkeit» gemeint ist, legt das Bundesgericht nicht dar. Gemeint sind wohl schriftliche Parteieingaben von erheblichem Umfang.

94 BGE 144 III 117 E. 2.1; Botschaft BBl 2006, S. 7350, bestätigt in BGE 146 III 237 E. 3.1.

95 BGE 144 III 117 E. 2.1 f.; BGE 138 III 483 E. 3, der sich – wie dargelegt – allerdings für einen einfachen Schriftenwechsel aussprach, sowie BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2 (nicht publiziert in BGE 138 III 620); LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 17; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 20 ff.; *a.M.* mit weiteren kritischen Anmerkungen BRUNNER/BIERI, S. 3 f. N 15 ff.

nungen, die sich *für* diese analoge Anwendung aussprechen, für «überzeugend» halte.[96]

69 In BGE 146 III 237 erachtete das Bundesgericht die *«Frage nach dem Aktenschluss»* im summarischen Verfahren in Anwendung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG als Frage von grundsätzlicher Bedeutung und trat deshalb auf die Beschwerde in Zivilsachen trotz geringem Streitwert ein.[97] Das Bundesgericht entschied:

a. Im summarischen Verfahren tritt der Aktenschluss *grundsätzlich* bereits nach einem Schriftenwechsel ein;[98]

b. Trotz des gesetzgeberischen Willens, dass nur ein Schriftenwechsel durchzuführen ist, kann ein zweiter Schriftenwechsel *mit gebotener Zurückhaltung* angeordnet werden, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist;[99]

c. *Falls* ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird, so wird das summarische Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert. Die sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO hat zur Folge, dass Noven solange ins Verfahren eingebracht werden können, bis das Gericht die Beratung aufgenommen hat. Dies führt zu einem zweiten Schriftenwechsel mit unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit der Parteien, womit der Aktenschluss erst nach dem zweiten Schriftenwechsel eintritt.[100]

70 In der Begründung wog das Bundesgericht die Vorteile für die oben dargelegte Lösung gegenüber den Nachteilen ab. Zwei Vorteile standen für das Bundesgericht im Vordergrund: Erstens würde die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, in dem sich die Parteien unbeschränkt äussern dürfen, dazu dienen, den

---

96 BGE 144 III 117 E. 2.2; LEUENBERGER, Rechtsprechung, S. 105.

97 BGE 146 III 237 E. 1; GROBÉTY, S. 1 ff.

98 BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 144 III 117 E. 2.2.

99 BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 145 III 213 E. 6.1.3 = Pra 108 (2019) Nr. 124; BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109.

100 BGE 146 III 237 E. 3.1; BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.2.1; BGE 144 III 117 E. 2.2; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; SOGO/BAECHLER, S. 322; LEUENBERGER, Rechtsprechung, S. 106; BOHNET, Droit du Bail, S. 64; *a.M.* BRUNNER/BIERI, S. 3 f. N 15, 17; KÄGI/HERZOG/STÄHLI, S. 48; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.172a; REUT, N 309 f.; CR CPC-TAPPY, Art. 229 N 30.

Sachverhalt zu klären.[101] Zweitens habe ein zweiter Schriftenwechsel mit unbeschränktem Äusserungsrecht der Parteien den Vorteil, *«dass Diskussionen über die Zulässigkeit der Noven entfallen».*[102]

71 Das Bundesgericht gestand ein, dass die von ihm vorgeschlagene Lösung auch *Nachteile* mit sich bringe. Erstens führe ein zweiter Schriftenwechsel mit unbeschränktem Äusserungsrecht zu einer Verzögerung des Verfahrens. Die Verfahrensverzögerung erachtete das Bundesgericht aber nicht als gravierend, denn ein zweiter Schriftenwechsel solle vom Gericht nur zurückhaltend angeordnet werden und auch das Replikrecht der Parteien könne das Verfahren verzögern.[103] Zudem diene die Raschheit des summarischen Verfahrens dem Gesuchsteller. Gerade der Gesuchsteller sei darauf angewiesen, Noven vorbringen zu können, wenn die Stellungnahme zum Gesuch überraschende Einwände beinhalte.[104] Zweitens sei auch die Tatsache, dass es für die Parteien bei dieser Lösung nicht von Beginn an klar sei, in welchem Zeitpunkt der Aktenschluss eintrete, ein Nachteil. Diese Unsicherheit sei den Parteien allerdings zumutbar, weil sie zu Beginn des Verfahrens nicht mit einer zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit rechnen dürften. Zudem liege ein zweiter Schriftenwechsel mit unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit im Interesse des Gesuchstellers. Der Gesuchsgegner wiederum könne anhand des ihm zugestellten Gesuchs und der von ihm vorgebrachten Einwände selbst einschätzen, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden könnte oder nicht.[105]

72 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, sind die Leitentscheide des Bundesgerichtes sowohl im Resultat als auch im Hinblick auf die Begründungsdichte unbefriedigend.[106]

---

101 BGE 146 III 237 E. 3.1; SOGO/BAECHLER, S. 319; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.172a.

102 BGE 146 III 237 E. 3.1; SOGO/BAECHLER, S. 320 f.

103 BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 139 I 189 E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 112; BOHNET, Droit du Bail, S. 64.

104 BGE 146 III 237 E. 3.1; SOGO/BAECHLER, S. 320 f.

105 BGE 146 III 237 E. 3.1.

106 Vgl. hierzu N 138 ff.; kritisch auch THALER/EGLI, S. 184 f.

3.2. Auslegung von Art. 229 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 252 f. ZPO

73 Nachfolgend werden Art. 229 ZPO (Neue Tatsachen und Beweismittel) i.V.m. Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 252 f. ZPO (Gesuch und Stellungnahme) nach den gängigen Auslegungsmethoden ausgelegt.

3.2.1. Grammatikalische Auslegung

74 Als Ausgangspunkt der pluralistischen Methodenlehre dient jeweils das grammatikalische Auslegungselement. Dabei wird eine Norm ihrem genauen Wortlaut folgend ausgelegt.[107]

75 Gestützt auf Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren *sinngemäss* auch für alle anderen Verfahren der ZPO, soweit die ZPO nichts anderes vorsieht. Mit anderen Worten müssen Art. 220 ff. ZPO dann analog auf das summarische Verfahren angewendet werden, wenn das Summarverfahrensrecht die Rechtsfrage nicht bereits beantwortet.

76 Diese *Kaskadenordnung* ist bei der Frage, wie der Aktenschluss im Summarverfahrensrecht ausgestaltet ist, einzuhalten. Ausgangspunkt bildet das Rechtsschutzgesuch der Partei, die das Verfahren einleitet. Das Gericht muss in der Folge die Bestimmungen des einschlägigen Verfahrens[108] anwenden. Beinhalten die Verfahrensbestimmungen konkrete Verweisungen auf Bestimmungen von anderen Verfahren, so folgt das Gericht diesem Verweis. Erst wenn das Gericht nach diesem Vorgehen keine Antworten auf die verfahrensrechtlichen Fragen findet, wendet es sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens und die allgemeinen Bestimmungen des ersten Teils der ZPO an.[109]

3.2.1.1. Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Art. 252 ff. ZPO)

77 Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Bestimmungen zum ordentlichen Verfahren gestützt auf Art. 219 ZPO überhaupt zur Anwendung kommen oder ob sich nicht das Summarverfahrensrecht bereits zur Frage des Aktenschlusses äussert, hat weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre stattgefunden. Das ist

---

107 BGE 131 III 314 E. 2.2; KRAMER, S. 67.

108 Die Zuordnung muss innerhalb der gesetzlichen Titel im 2. Teil (1–10. Titel) vorgenommen werden.

109 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 219 N 17.

erstaunlich, denn die analoge Anwendung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren kommt nur dann in Frage, wenn eine Lücke im Summarverfahrensrecht festgestellt wird, m.a.W. also nur, wenn feststeht, dass sich die Bestimmungen zum summarischen Verfahren nicht zur Rechtsfrage des Zeitpunktes des Aktenschlusses äussern.[110]

Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob (und gegebenenfalls wie) sich das Summarverfahrensrecht in Art. 248 ff. ZPO zur Frage des Zeitpunktes des Aktenschlusses äussert oder auf entsprechende Bestimmungen ausserhalb des Summarverfahrensrechts verweist. 78

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Summarverfahrensrechts sind rudimentär ausgestaltet.[111] Dies wird damit begründet, dass die Verfahrensleitung in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, um dem Einzelfall hinreichend Rechnung tragen zu können.[112] 79

Das 2. Kapitel des 5. Titels der ZPO enthält Bestimmungen zum «Verfahren und Entscheid» im Summarverfahren. Das Verfahren wird mit einem Gesuch eingeleitet.[113] In Bezug auf die Formvorschriften des Gesuchs verweist Art. 252 Abs. 2 ZPO auf Art. 130 ZPO. 80

Das Gericht hat nach Eingang des Gesuchs drei Möglichkeiten. Wenn es das Gesuch als *offensichtlich unzulässig* erachtet, wird es auf das Gesuch nicht eintreten. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es an einer Prozessvoraussetzung fehlt oder wenn für die vom Gesuchsteller beantragte Sache nicht das summarische Verfahren anwendbar ist.[114] Die zweite Möglichkeit ist die Abweisung des Gesuchs, wenn es *offensichtlich unbegründet* ist.[115] Die dritte und letzte Möglichkeit stellt den Regelfall dar: Das Gericht wird die Gegenpartei auffordern, eine Stel- 81

---

110 BGE 141 III 43 E. 2.5.1; BGer 5A_806/2019 vom 14. September 2020, E. 3.1; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 380.

111 HOFMANN/LÜSCHER, S. 161; MEIER, Vorentwurf, S. 74; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 252 N 5.

112 BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 11 und Art. 256 N 2.

113 Botschaft BBl 2006, S. 7350; BSK ZPO-MAZAN, Art. 252 N 3.

114 Botschaft BBl 2006, S. 7350; Bericht VE ZPO, S. 125; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 253 N 4; BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 12.

115 Handelsgericht des Kantons Zürich vom 23. Juni 2011, ZR 111/2012, Nr. 23, S. 56 f., E. 4, in welchem das Handelsgericht das Gesuch für offensichtlich unbegründet erachtete; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 253 N 4; BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 12.

lungnahme zum Gesuch einzureichen. Die Stellungnahme kann schriftlich oder mündlich erfolgen (Art. 253 ZPO).

a) Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels

82 Während die ZPO dem Gericht für das ordentliche Verfahren in Art. 225 ZPO, für das vereinfachte Verfahren in Art. 246 Abs. 2 ZPO, für das Schlichtungsverfahren in Art. 202 Abs. 4 ZPO und für das Berufungsverfahren in Art. 316 Abs. 2 ZPO explizit die Kompetenz einräumt, bei gegebenen Voraussetzungen einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, fehlt eine solche Norm im Summarverfahrensrecht gänzlich.[116] Auch ist diesbezüglich keine Verweisungsnorm vorhanden.

83 Art. 256 Abs. 1 ZPO erlaubt dem Gericht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten und sogar aufgrund *der Akten* zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat dem Gericht bei der Frage, ob es eine Hauptverhandlung durchführt, also Ermessen eingeräumt. Eine Kompetenznorm, die es dem Gericht erlauben würde, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, hat der Gesetzgeber ins Summarverfahrensrecht nicht aufgenommen.

84 Nach dem Wortlaut des Summarverfahrensrechts findet demnach kein zweiter Schriftenwechsel statt.[117] Die Frage, ob es im Ermessen des Gerichtes liegt, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, regelt das Summarverfahrensrecht nicht explizit. Wie noch zu zeigen sein wird, ist diese Frage nach der hier vertretenen Ansicht zu verneinen.[118]

b) Durchführung einer Hauptverhandlung

85 Das Gericht kann auf die Durchführung einer Hauptverhandlung *verzichten* (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Dieser Wortlaut spricht dafür, dass die Durchführung einer Hauptverhandlung im Summarverfahren den Regelfall darstellen sollte, es aber im Ermessen des Gerichts liegt, auf eine solche zu verzichten.[119] Das ist nach der hier vertretenen Auffassung zu relativieren. Zwar suggeriert der Wortlaut in der Tat, dass im summarischen Verfahren in der Regel eine Hauptverhandlung stattfindet.

---

116 Vgl. zur systematischen Auslegung N 97 ff.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 225 N 16.

117 Botschaft BBl 2006, S. 7350. wonach ein zweiter Schriftenwechsel dem Wesen des Summarverfahrens zuwider laufen würde; Vernehmlassungen VE ZPO, S. 125; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 252 N 7.

118 Vgl. hierzu N 138 ff.

119 Andernfalls hätte sich der Gesetzgeber für den folgenden Wortlaut entschieden: «Das Gericht kann eine Hauptverhandlung durchführen»; SOGO/BAECHLER,, S. 319.

Sinn und Zweck von Art. 256 Abs. 2 ZPO ist es aber, dem Gericht – was die Durchführung einer Hauptverhandlung angeht – einen Ermessensspielraum einzuräumen. In der Praxis hat sich die Durchführung einer Hauptverhandlung im summarischen Verfahren deshalb zum Ausnahmefall entwickelt.[120] Vom Ermessensspielraum des Gerichts unberührt bleibt der Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung, der sich bei gegebenen Voraussetzungen aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt.[121]

Wie die Hauptverhandlung im summarischen Verfahren durchzuführen ist, regelt das Gesetz nicht. Es lässt offen, ob sich die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung nochmals (beschränkt oder unbeschränkt) zur Sache äussern dürfen.[122] Die Expertenkommission äusserte sich in ihrem Bericht zum Vorentwurf zur ZPO dahingehend, dass das Gericht die Parteien anlässlich der Verhandlung zu Replik und Duplik auffordern, die Verhandlung aber auch nur zum Zwecke der Ausübung der richterlichen Fragepflicht durchführen könne.[123] 86

Der Wortlaut von Art. 256 ZPO ist für die Frage, wann der Aktenschluss bei Durchführung einer Hauptverhandlung eintritt, nicht ergiebig. Dem Wortlaut ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber dadurch, dass er dem Gericht bei der Frage, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt wird oder nicht Ermessen einräumte, auch den Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichtes legen wollte. 87

3.2.1.2. Sinngemässe Anwendung der Bestimmungen zum ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO)

Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten als allgemeiner Teil des Verfahrensrechts.[124] Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens *sinngemäss* für sämtliche anderen Verfahren der ZPO, soweit 88

---

120 Vgl. auch VE ZPO, Art. 265, wonach der Wortlaut noch wie folgt lautete: «Das Gericht kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden».

121 Vgl. N 363 ff.

122 Bejahend soweit noch keine Stellungnahme des Gesuchsgegners eingeholt wurde MORET, Aktenschluss, N 337 f.; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 359; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; BOHNET, Procédures spéciales, S. 277, der neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zum Ende des Beweisverfahrens zulassen möchte; BERTI, § 7 N 282, der allerdings einen Anspruch der Parteien auf Durchführung der Hauptverhandlung bejaht.

123 Bericht VE ZPO, S. 126.

124 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 219 N 3.

das Gesetz nichts anderes bestimmt. Abweichungen von den Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens können sich entweder direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber aufgrund der Natur des besonderen Verfahrens.[125] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Art. 229 ZPO sinngemäss auf das summarische Verfahren anwendbar ist oder ob das Gesetz oder die Natur des summarischen Verfahrens etwas anderes verlangen.[126] Wie bereits gezeigt, enthält das Summarverfahren keine Bestimmung, welche die sinngemässe Anwendung ausschliessen würde.[127] Ob Art. 229 ZPO mit der Natur des summarischen Verfahrens vereinbar ist, ist nicht offensichtlich und muss durch Auslegung eruiert werden.[128] Dabei ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber der teleologischen Auslegung durch die Anordnung der sinngemässen Anwendung den Vorrang einräumen wollte. Diese Vermutung gründet darin, dass der Gesetzgeber in Art. 219 ZPO die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für die übrigen Verfahren explizit nur *sinngemäss* zur Anwendung bringen möchte.

89 Gemäss dem Wortlaut von Art. 229 ZPO wird der Aktenschluss im ordentlichen Verfahren an die Hauptverhandlung geknüpft.[129] Wenn die Parteien bereits vor der Verhandlung zwei unbeschränkte Äusserungsmöglichkeiten hatten, so tritt der Aktenschluss mit Eingang der (schriftlichen oder mündlichen) Duplik beim Gericht ein. Die Novenschranke fällt unmittelbar mit der Eröffnung der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Hatten die Parteien erst eine unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit, so haben sie *zu Beginn der Hauptverhandlung* noch die Möglichkeit, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Erst danach tritt der Aktenschluss ein.[130]

---

125 Botschaft BBl 2006, S. 7338 Ziff. 5.15 und S. 7348; BGE 138 III 483 E. 3.2.2; BOHNET/DROESE, Art. 219 N 1; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 219 N 6 f.; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 219 N 3a; BK-KILLIAS, Art. 219 ZPO N 23.

126 Zwangsläufig führt eine grammatikalische Auslegung des Wortes «sinngemäss» dazu, dass sich die grammatikalische mit der teleologischen Auslegung – wo der *Sinn und Zweck* der fraglichen Norm erörtert wird – überschneidet.

127 Vgl. N 76 ff.

128 BK-KILLIAS, Art. 219 ZPO N 24; DOMEJ, S. 245.

129 Das lässt sich schon daran erkennen, dass Art. 229 Abs. 2 ZPO vom Wortlaut her von der Hauptverhandlung ausgeht: *«In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (...)».*

130 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 8; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 21; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 9.

In Bezug auf das summarische Verfahren ist der Wortlaut von Art. 229 ZPO *wenig ergiebig*. Im summarischen Verfahren kann die Hauptverhandlung nicht Anknüpfungspunkt für den Aktenschluss und das Novenrecht sein. Auf eine Hauptverhandlung kann das Gericht im Summarverfahren nämlich verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO).[131] Eine sinngemässe Anwendung dieser Bestimmungen auf Verfahren, die ohne Hauptverhandlung auskommen, gestaltet sich schwierig. Ein konklusiver Hinweis auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses im Summarverfahren liegt nach grammatikalischer Auslegung nicht vor. Einzig wenn das Gericht auch in einem summarischen Verfahren eine Hauptverhandlung einberuft, können Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO sinngemäss angewendet und aus grammatikalischer Sicht dahingehend interpretiert werden, dass zu Beginn der Hauptverhandlung das unbeschränkte Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel gestattet ist, sofern im bisherigen Verfahren weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung angeordnet wurde. 90

Damit fällt die Anwendung von Art. 229 ZPO im Summarverfahren zumindest dann ausser Betracht, wenn keine Hauptverhandlung stattfindet. Dies stellt den Regelfall dar. Daraus folgt in grammatikalischer Hinsicht, dass Art. 229 ZPO gestützt auf Art. 219 ZPO nur *sinngemäss* Anwendung finden kann, weil Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt des Verfahrens stellt, die im summarischen Verfahren in der Regel aber nicht stattfindet. Der Gesetzgeber ordnet in Art. 219 ZPO explizit an, dass die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für die übrigen Verfahren der ZPO sinngemäss angewendet werden sollen. Vom Rechtsanwender verlangt der Gesetzgeber mit anderen Worten die Auslegung der Verfahrensnormen nach dem Sinn und Zweck – also die teleologische Auslegung – um die Frage zu beantworten, ob und inwiefern die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens zur Anwendung kommen sollen. 91

Ein Blick in die französische oder italienische Fassung der ZPO offenbart diesbezüglich keine abweichenden Erkenntnisse. So sind die Artikel des ordentlichen Verfahrens «par analogie» respektive «per analogia» auf die weiteren Verfahrensarten anzuwenden, was so viel bedeutet, dass sie *ähnlich* wie beim ordentlichen Verfahren angewendet werden sollen. 92

Die grammatikalische Auslegungsmethode ergibt folglich, dass eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren nur dann in Frage kommt, wenn eine Hauptverhandlung durchgeführt wird. Über den Zeitpunkt des 93

[131] Vgl. N 85 f.; KLINGLER, Eventualmaxime, N 546; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 17.

Aktenschlusses und die Möglichkeit im Summarverfahren neue Tatsachen und Beweismittel ins Verfahren einzubringen, gibt die grammatikalische Auslegungsmethode wenig Aufschluss. Diesbezüglich kommt der teleologischen Auslegung bei der Anwendung von Art. 220 ff. ZPO auf andere Verfahren der ZPO besondere Bedeutung zu.

3.2.1.3. Zwischenfazit

94 Das Summarverfahrensrecht verweist für die Frage nach dem Zeitpunkt des Aktenschlusses nicht auf eine Bestimmung ausserhalb des 5. Titels, die für die Beantwortung dieser Frage hinzugezogen werden kann.[132]

95 Die grammatikalische Auslegung von Art. 253 ZPO und Art. 256 ZPO spricht dafür, dass im summarischen Verfahren nur ein Schriftenwechsel zulässig ist und es nicht im Ermessen des Gerichtes liegt, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. Der Aktenschluss tritt nach dieser Auslegungsmethode mit der Stellungnahme i.S.v. Art. 253 ZPO ein.

96 Art. 229 ZPO kommt nach der grammatikalischen Auslegung nur dann sinngemäss zur Anwendung, wenn das Gericht im summarischen Verfahren eine Hauptverhandlung durchführt. Nur in diesem Fall ergibt die grammatikalische Auslegung, dass ein zweiter Schriftenwechsel mit unbeschränktem Äusserungsrecht zulässig ist respektive anlässlich der Hauptverhandlung ein unbeschränktes Äusserungsrecht der Parteien besteht.

3.2.2. Systematische Auslegung

97 Die systematische Auslegung bezweckt, Sinn und Zweck einer Norm unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik und dem Zusammenhang mit anderen Normen zu ermitteln.[133]

98 Das summarische Verfahren ist im 5. Titel der ZPO normiert. Dessen 2. Kapitel regelt das Verfahren und den Entscheid (Art. 252 ff. ZPO). In Bezug auf die formellen Anforderungen an das Gesuch verweist Art. 252 Abs. 2 ZPO auf Art. 130 ZPO. Demnach kann das Gesuch im summarischen Verfahren in Papierform oder elektronisch eingereicht werden. Jedenfalls ist das Gesuch zu unter-

---

132 Anders beispielsweise für die Formvorschriften an das Gesuch i.S.v. Art. 252 ZPO, für die das Summarverfahrensrecht in Art. 252 Abs. 2 ZPO direkt auf Art. 130 ZPO verweist.

133 BGer 5A_626/2018 vom 3. April 2019, E. 6.6; KRAMER, S. 99.

zeichnen (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Anders als im ordentlichen Klageverfahren muss das Gericht bei der Gegenpartei keine Klageantwort i.S.v. Art. 222 ZPO einholen. Vielmehr reicht es aus, wenn das Gericht der Gegenpartei *Gelegenheit* gibt, sich schriftlich oder mündlich zu äussern (Art. 253 ZPO). Damit sind die inhaltlichen Anforderungen an die Stellungnahme im summarischen Verfahren tiefer ausgestaltet als an die Klageantwort des ordentlichen Verfahrens. Dies trägt dem Beschleunigungsgebot des summarischen Verfahrens Rechnung.

Im *ordentlichen Verfahren* ist es dem Gericht erlaubt, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen (Art. 225 ZPO). Das Gericht kann dies aber nur tun, wenn es die Verhältnisse erforderlich machen.[134] Auch im *vereinfachten Verfahren* kann das Gericht nur dann einen zweiten Schriftenwechsel anordnen, wenn es in Anbetracht der Verhältnisse erforderlich ist (Art. 246 Abs. 2 ZPO). Im *Schlichtungsverfahren* ist die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels noch restriktiver geregelt: Dort ist ein zweiter Schriftenwechsel ausnahmsweise zulässig, soweit es sich um Mietstreitigkeiten oder Streitigkeiten aus Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus gleichstellungsrechtlichen Angelegenheiten handelt oder bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von bis zu CHF 2'000.00 (Art. 202 Abs. 4 ZPO).[135] Im *Berufungsverfahren* hat der Gesetzgeber die oberen Instanzen ebenfalls explizit befähigt, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). 99

Die Bestimmungen zum *summarischen Verfahren* beinhalten keine Norm, die es dem Gericht erlauben würde, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. In systematischer Hinsicht kann die Überlegung angestellt werden, ob der Gesetzgeber nicht auf Art. 225 ZPO oder Art. 229 ZPO verwiesen hätte, wenn er diese Bestimmungen auch im summarischen Verfahren zur Anwendung hätte bringen wollen. Immerhin verweist der Gesetzgeber auf Art. 130 ZPO, was dogmatisch nicht notwendig gewesen wäre. Auf den ersten Blick ist diese Überlegung allerdings wenig zielführend, zumal der Gesetzgeber in Art. 219 ZPO die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens bereits für sinngemäss anwendbar erklärt und so Einzelverweise hinfällig macht. Da der Gesetzgeber dem Gericht die Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels aber nicht nur explizit für das ordentliche Verfahren (Art. 225 ZPO), sondern *auch* für das vereinfachte Verfahren (Art. 246 Abs. 2 ZPO), 100

---

134 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 225 N 4; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 225 N 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 225 N 7, wobei das Gericht bei der Einschätzung der Erforderlichkeit eines zweiten Schriftenwechsels Ermessen geniesst.

135 RK-N 04, S. 59 f.; RK-S 06, S. 16; AB 2008 N, N 954 f.

das Schlichtungsverfahren (Art. 202 Abs. 4 ZPO) und das Berufungsverfahren (Art. 316 Abs. 2 ZPO), *nicht* aber für das summarische Verfahren einräumt, liegt die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber für das summarische Verfahren bewusst auf eine solche Rechtsgrundlage verzichtet hat. Mit anderen Worten hätte der Gesetzgeber für das vereinfachte Verfahren und für das Schlichtungsverfahren keine Grundlagen für die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels geschaffen, wenn er davon ausgegangen wäre, dass in Anwendung von Art. 219 i.V.m. Art. 225 ZPO ein solcher in diesen Verfahren ohnehin zulässig gewesen wäre. Im Umkehrschluss hätte der Gesetzgeber auch im summarischen Verfahren eine Rechtsnorm eingefügt, hätte er gewollt, dass ein zweiter Schriftenwechsel auch im summarischen Verfahren zulässig ist. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsfrage nach der hier vertretenen Auffassung nicht übersehen, sondern stillschweigend mitentschieden (sog. qualifiziertes Schweigen). Insoweit bleibt kein Raum für eine richterliche Lückenfüllung.[136] Diese These wird auch dadurch gestützt, dass für das Beschwerdeverfahren – im Gegensatz zum Berufungsverfahren – ein zweiter Schriftenwechsel ebenfalls nicht zulässig ist. Das ist sachlogisch, steht doch für die meisten Entscheide, die im summarischen Verfahren ergehen, die Beschwerde als Rechtsmittel zur Verfügung (Art. 309 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO).[137]

101 Aufgrund der hiervor dargelegten Überlegungen spricht die systematische Auslegung gegen die Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels im summarischen Verfahren. Nach dieser Auslegungsmethode tritt der Aktenschluss folglich zwingend nach dem einfachen (gesetzlich vorgesehenen) Schriftenwechsel ein.

3.2.3. Historische Auslegung

102 Bei der historischen Auslegung soll der Wille des historischen Gesetzgebers erörtert werden. Dieser widerspiegelt sich oftmals in den zum Erlass führenden oder dazugehörenden Materialien.[138] Insbesondere bei jüngeren Gesetzen ist den Gesetzesmaterialien besondere Beachtung zu schenken.[139]

---

136 BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 141 III 43 E. 2.5.1; BGer 5A_806/2019 vom 14. September 2020, E. 3.1.

137 Vgl. zum Aktenschluss im summarischen Rechtsmittelverfahren, N 212 ff.

138 BGE 144 III 29 E. 4.4.1 = Pra 107 (2018) Nr. 106; KRAMER, S. 135.

139 BGE 141 III 481 E. 3.2.3; BGE 141 III 155 E. 4.2; BGE 140 IV 1 E. 3.1 = Pra 108 (2019) Nr. 124; BGer 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018, E. 5.2.

Zufolge der Botschaft sind die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens nur insoweit auf das summarische Verfahren anwendbar, als die Anwendung mit dem Wesen des Summariums vereinbar sind. Sodann hält die Botschaft fest: 103

«Das Gericht gibt der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme (Art. 249). Ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel findet nicht statt, denn breite Schriftlichkeit läuft dem Wesen dieses Verfahrens zuwider. Ausnahmsweise kann sich das Einholen einer Stellungnahme sogar erübrigen (...).»[140] 104

Ermessen räumte der Gesetzgeber dem Gericht nur bei der Frage ein, ob das summarischen Verfahren schriftlich oder mündlich durchzuführen sei.[141] 105

Bemerkenswert ist auch die Tatsache, dass für das *ordentliche Verfahren* im Vorentwurf noch ein doppelter Schriftenwechsel als verfahrensrechtlicher Standard vorgesehen war.[142] Das Prinzip des doppelten Schriftenwechsels wurde in der Vernehmlassungs dann allerdings als zu schwerfällig kritisiert.[143] Die Botschaft wurde in der Folge mit dem Unterschied verabschiedet, dass nunmehr auch im ordentlichen Verfahren nur ein einfacher Schriftenwechsel als Standard vorgesehen war.[144] 106

Für das *vereinfachte Verfahren* wurde ein zweiter Schriftenwechsel im Vorentwurf der ZPO gar explizit ausgeschlossen.[145] Dies mit dem Ziel das Verfahren zu beschleunigen.[146] Erst die Vernehmlassung ergab, dass den Gerichten in Bezug auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels Flexibilität eingeräumt werden sollte.[147] Letzteres mündete in der heutigen Regelung von Art. 246 Abs. 2 ZPO, 107

---

140 Botschaft BBl 2006, S. 7350.

141 Botschaft BBl 2006, S. 7531. Die Botschaft geht davon aus, dass das summarische Verfahren entweder mündlich oder schriftlich erfolge. Der reine Aktenprozess sei beispielsweise im Rechtsöffnungsverfahren und das mündliche Verfahren dagegen beim Eheschutz üblich; Bericht VE ZPO, S. 125.

142 VE ZPO, Art. 214 S. 50; Bericht VE ZPO, Art. 214 S. 105; SUTTER-SOMM, Vorentwurf, S. 193; MEIER, Vorentwurf, S. 26.

143 Botschaft BBl 2006, S. 7338; Vernehmlassungen VE ZPO, S. 560 ff. exemplarisch die Stellungnahme des Verbandes der Bernischen Gerichtsschreiber: «Wo immer möglich, ist dem Beschleunigungsgebot zum Durchbruch zu verhelfen».

144 Botschaft BBl 2006, S. 7338; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 225 N 1.

145 VE ZPO, Art. 238 Abs. 2: «Es findet kein zweiter Schriftenwechsel statt»; LEUENBERGER, Vorentwurf, S. 1429; SUTTER-SOMM, Vorentwurf, S. 190.

146 Bericht VE ZPO, Art. 238 und 238 S. 119.

147 Vernehmlassungen VE ZPO, Art. 238 S. 635 ff.

wonach das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen kann, wenn es die Verhältnisse erfordern. Im Resultat handelt es sich hierbei um eine identische Regelung zu Art. 225 ZPO für das ordentliche Verfahren.[148]

108 Für das *Schlichtungsverfahren* war ein zweiter Schriftenwechsel nicht explizit ausgeschlossen, aber auch nicht explizit vorgesehen.[149] Im Rahmen der Vernehmlassung wurde dies kritisiert.[150] In der Folge wurde eine Norm geschaffen, die es der Schlichtungsbehörde erlaubt, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen.[151]

109 Bereits der Vorentwurf der ZPO hatte für das *summarische Verfahren* keinen zweiten Schriftenwechsel vorgesehen.[152] Im Gegensatz zur Regelung im vereinfachten Verfahren und im Schlichtungsverfahren wurde der Ausschluss eines zweiten Schriftenwechsels im summarischen Verfahren auch in der Vernehmlassung nicht kritisiert.[153]

110 Zusammenfassend ergibt die Auslegung nach der historischen Methode das folgende Resultat: Der Gesetzgeber beabsichtigte, dass es im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nur ausnahmsweise zu einem zweiten Schriftenwechsel kommt. Im summarischen Verfahren findet nach dem Willen des Gesetzgebers kein zweiter Schriftenwechsel statt.[154] Die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels liegt nach der historischen Auslegung nicht im Ermessen des Gerichtes. Die historische Auslegung ergibt daher, dass der Aktenschluss im summarischen Verfahren *zwingend* nach dem ersten Schriftenwechsel eintritt.

---

148 DIKE-Komm ZPO-BRUNNER/STEININGER, Art. 246 N 5.

149 VE ZPO, Art. 103; BK-ALVAREZ/PETER, Art. 202 ZPO N 12 ff.

150 Vernehmlassungen VE ZPO, S. 9 und 506 f.

151 E ZPO, S. 747, Art. 199 Abs. 4 ZPO.

152 VE ZPO, Art. 262 N 65, der dem heute geltenden Art. 253 ZPO entspricht; MEIER, Vorentwurf, S. 76.

153 Einzig die Advokatenkammer Basel hat gefordert, dass eine Replik und Duplik dann zugelassen werden sollen, wenn neue Aspekte vorgetragen wurden. Allerdings verlangte die Advokatenkammer lediglich die Gewährung des rechtlichen Gehörs, vgl. Vernehmlassungen VE ZPO, Art. 262 S. 664; Arbeitsgruppe ZPO, S. 18, die sich in der Tendenz ebenfalls für den Ausschluss eines zweiten Parteivortrages äusserte.

154 Vgl. auch Botschaft BBl 2006, S. 7350; BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 145 III 213 E. 6.1.3 = Pra 108 (2019) Nr. 124; BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; EICHEL, S. 9; THALER/EGLI, S. 184 f.

3.2.4. Teleologische Auslegung

Mithilfe der teleologischen Auslegung sollen Sinn und Zweck der Norm sowie die ihr zugrunde liegenden Werte und zu schützenden Interessen erörtert werden.[155] 111

Weil die auszulegende Norm, Art. 229 ZPO, für das ordentliche Verfahren abgefasst wurde, ist es nicht zielführend, isoliert nach dem Sinn und Zweck der besagten Norm zu fragen. Vielmehr sind bei der Auslegung die Besonderheiten des Summarverfahrens als solche zu beachten. Vorliegend ist daher zuerst der eigentliche Sinn und Zweck des summarischen Verfahrens darzulegen. Danach ist die Frage zu prüfen, wie Art. 229 ZPO teleologisch auszulegen ist, sodass dem Sinn und Zweck des Summarverfahrens bestmöglich Rechnung getragen wird. 112

3.2.5. Sinn und Zweck des summarischen Verfahrens

Die typischen Merkmale des Summarverfahrens sind dessen *Flexibilität* und die *Schnelligkeit*.[156] Im summarischen Verfahren werden deshalb vor allem Angelegenheiten behandelt, die nach einer beschleunigten Behandlung verlangen.[157] 113

Die Flexibilität liegt einerseits in der Form des Verfahrens, namentlich darin, dass es mündlich oder schriftlich durchgeführt werden kann.[158] Zur Flexibilität trägt zudem das Ermessen der Verfahrensleitung bei, welche das Summarverfahren an die jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalles anzupassen hat.[159] 114

---

155 BGE 144 III 29 E. 4.4.1 = Pra 107 (2018) Nr. 106; KRAMER, S. 171 f.

156 AB 2007 S, S. 499; BGE 139 III 78 E. 4.4.4; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; BGer 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018, E. 6; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 28. Januar 2015, ZK1 14 129, E. 3c; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 248 N 4; PESENTI, ZPO Komm., Art. 248 N 6; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 248 N 1; BK-GÜNGERICH, Vorbemerkungen zu Art. 248–270 ZPO N 3; RAPOLD/FERRARI-VISCA, S. 395 f.

157 Botschaft BBl 2006, S. 7243.

158 RK-S 03, S. 6; RK-N 04, S. 5; Botschaft BBl 2006, S. 7349; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 248 N 1.

159 PESENTI, ZPO Komm., Art. 248 N 8; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 248 N 2; VETTERLI, FamKomm Anh. ZPO, Art. 271 N 7; EICHEL, S. 7.

115 Die Schnelligkeit des Verfahrens ist auf die Beweismittelbeschränkung und die Beschränkung der gerichtlichen Kognition auf Evidenz[160] zurückzuführen.[161] Die besondere Bedeutung der Raschheit des summarischen Verfahrens wurde in der ZPO an diversen Stellen berücksichtigt: Unter anderem fällt die Schlichtungsverhandlung weg (Art.198 lit. a ZPO), der Stillstand der Fristen gilt nicht für das summarische Verfahren (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO) und das Gericht kann auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO).[162] Zudem hat sich der Gesetzgeber gegen die Zulässigkeit der Streitverkündungsklage im summarischen Verfahren entschieden, weil dies zu einer gewissen Komplikation und Verlängerung des Prozesses führen würde, was dem Wesen des Verfahrens widerspricht.[163] Auch das Rechtsmittelverfahren gegen einen Entscheid, der im summarischen Verfahren ergangen ist, muss beschleunigt abgewickelt werden.[164] Deshalb ist die Rechtsmittelfrist im summarischen Rechtsmittelverfahren kürzer und eine Anschlussberufung ist ausgeschlossen (Art. 314 ZPO; Art. 321 Abs. 2 ZPO).[165]

116 Zusammenfassend verfolgt das summarische Verfahren vor allem den Zweck, Angelegenheiten über die schnell entschieden werden soll, von einem Gericht beurteilen zu lassen. Wie in allen Verfahren bezweckt auch das summarische Verfahren die materielle Wahrheitsfindung. Da in summarischen Verfahren ergehende Entscheide aber oftmals vorläufiger Natur sind, tritt die Bedeutung der Wahrheitsfindung im Vergleich zum ordentlichen und zum vereinfachten Verfahren in den Hintergrund. Mit anderen Worten darf das Gericht, das im summarischen Verfahren zu entscheiden hat, einen materiell nicht richtigen Entscheid in Kauf nehmen,

---

160 Dies ist insbesondere beim Rechtsschutz in klaren Fällen der Fall.

161 Botschaft BBl 2006, S. 7349; PESENTI, ZPO Komm., Art. 248 N 1; BK-GÜNGERICH, Vorbemerkungen zu Art. 248 – 270 ZPO N 3.

162 BGer 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018, E. 6, in dem das Bundesgericht das Summarverfahren für die Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts für Verwaltungsräte anwendbar erklärt hat, weil das Summarverfahren besonders schnell sei. In einem anderen Verfahren könnten die Mitglieder eines Verwaltungsrates ihre Rechte nicht innert nützlicher Frist durchsetzen; MOSCHEN/VON DER CRONE, S. 310 f.

163 Botschaft BBl 2006, S. 7285.

164 BGE 139 III 78 E. 4.4.4; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109.

165 Botschaft BBl 2006, S. 7373; BGer 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018, E. 6.

weil es dem Beschleunigungsgebot Rechnung getragen und deshalb nicht alle denkbaren Beweismittel abgenommen hat.[166]

3.2.6. Teleologische Auslegung von Art. 229 ZPO

Das Gericht ist verpflichtet, das Verfahren möglichst zügig vorzubereiten und durchzuführen (Art. 124 Abs. 1 ZPO; sog. Grundsatz der beförderlichen Durchführung des Verfahrens).[167] Deshalb müssen die Parteien verpflichtet werden, bis zu einem gewissen Zeitpunkt sämtliche Behauptungen, Vorbringen und Argumente dem Gericht vorzutragen (sog. Konzentrations- bzw. Eventualgrundsatz). Darin liegt der Sinn und Zweck von Art. 229 ZPO: Die Möglichkeit zur Einbringung von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln soll zeitlich begrenzt werden, um dem Grundsatz der beförderlichen Durchführung des Verfahrens Rechnung zu tragen. Die Norm hat also die Aufgabe, den Spannungskonflikt zwischen der Wahrheitsfindung und der Verfahrensbeschleunigung auszuwiegen.[168] 117

Das Novenrecht und damit auch die Frage nach dem Aktenschluss gehört zu den Kernfragen des Prozessrechtes.[169] Dem Aktenschluss und dem Novenrecht kommt eine Beschleunigungs-, eine Ordnungs- und eine Schutzfunktion zu.[170] Ein im Verfahren spät angelegter Aktenschluss und ein grosszügiges Novenrecht dienen der *Wahrheitsfindung*.[171] Tritt der Aktenschluss früh ein und ist das Novenrecht streng ausgestaltet, steht die *Verfahrensbeschleunigung* im Vordergrund, wobei das Gericht in der materiellen Wahrheitsfindung eingeschränkt wird.[172] Die Ordnungsfunktion bezweckt letztlich die *Rechtssicherheit* für die Verfahrensparteien. 118

Dieses Spannungsverhältnis besteht auch im summarischen Verfahren. Namentlich besteht im summarischen Verfahren ein solches *Spannungsverhältnis* zwischen dem Beschleunigungsgebot und dem Gebot der Rechtssicherheit einerseits sowie dem Interesse an der Wahrheitsfindung andererseits. Dieser Spannungskonflikt ist nicht kompromisslos lösbar, so dass diese Maximen im Summarverfahren 119

---

166 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 24; MORET, Aktenschluss, N 330.

167 LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 1.

168 SPICHTIN, N 174; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 2.

169 Botschaft BBl 2006, S. 7340; AB 2007 S, 529; AB 2008 N, 965; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 1; FACINCANI/SUTTER/WISSLER, S. 3 N 2.

170 Vgl. hierzu N 14 ff.

171 BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 2.

172 AB 2008 N, 965 und 1629; RK-N 07, S. 16.

Einbussen hinnehmen müssen. Nachfolgend wird dargelegt, wie der Aktenschluss zu regeln wäre, würde jeweils nur auf eine der genannten Prozessmaximen Rücksicht genommen.

3.2.6.1. Auslegung mit Blick auf die Rechtssicherheit

120 Das Bestehen von klaren Regeln, die vor allen Gerichten in Anwendung der Zivilprozessordnung Geltung beanspruchen, ist aus Sicht der Rechtssicherheit von zentraler Bedeutung.[173] Wenn die Eventualmaxime in das Ermessen des Gerichtes gelegt wird, hat dies zur Folge, dass die Parteien von vornherein nie wissen, wann der Aktenschluss eintritt. Dies widerspricht einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf.[174]

121 Auch der Ablauf des summarischen Verfahrens muss geordnet und berechenbar sein. Das ist nur möglich, wenn die Parteien von Beginn an wissen, wie viele Äusserungsmöglichkeiten ihnen zustehen. Die Rechtssicherheit ist daher nur gewährleistet, wenn beide Parteien entweder immer *eine* Äusserungsmöglichkeit (Aktenschluss nach einem unbeschränkten Schriftenwechsel respektive einer unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit) oder aber stets *zwei* Möglichkeiten haben, sich unbeschränkt zu äussern (Aktenschluss nach zwei unbeschränkten Schriftenwechseln respektive zwei unbeschränkten Äusserungsmöglichkeiten). Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit ist es jedenfalls ausgeschlossen, dass der Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichtes gelegt wird.[175]

---

173 BGE 146 III 55 E. 2.4.2; BPatGer O2017_007 vom 1. November 2019, E. 18; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.2; SPICHTIN, N 188.

174 BGE 144 III 67 E. 2.1; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3; BGer 4A_494/2017 vom 31. Januar 2018, E. 2.4.1; Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. IV/2.3.1; Regionalgericht Berner Jura-Seeland vom 3. Juli 2018, CIV 17 4592, E. 12 (vgl. Entscheidsammlung S. 163 hiernach); SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Art. 257 N 19; SPICHTIN, N 189.

175 BGE 140 III 312; Obergericht des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011, PF110065, E. 2.3.1; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 19 f.; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 32; KLINGLER, Eventualmaxime, N 545 f.; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 83; unbegründet aber wohl zustimmend auch BK-GÜNGERICH, Art. 252 ZPO N 9 und Art. 253 N 14; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36.

Das Bundesgericht hat den Zeitpunkt des Aktenschlusses im summarischen Verfahren ins Ermessen des Gerichtes gelegt.[176] Es begründet dies damit, dass die *Unsicherheit* zumutbar sei, weil die Parteien zu Beginn des Verfahrens nicht mit einer zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit rechnen dürfen. Ein zweiter Schriftenwechsel liege zudem im Interesse des Gesuchstellers. Dem Gesuchsgegner sei die Unsicherheit zuzumuten, weil er anhand des Gesuches und seiner eigenen Stellungnahme einschätzen könne, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen werde. Diese Argumentation ist nach der hier vertretenen Auffassung aus drei Gründen abzulehnen: 122

Erstens ist nicht ersichtlich, inwiefern die Tatsache, dass die Parteien nicht mit einer zweiten Äusserungsmöglichkeit rechnen dürfen, einen positiven Effekt auf die Rechtssicherheit für die Parteien hat.[177] Der Prozessablauf bleibt für die Parteien unberechenbar. 123

Zweitens liegt die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels nicht zwingend im Interesse des Gesuchstellers. Der Gesuchsteller hat ein Gesuch in einem summarischen Verfahren eingereicht, weshalb die zügige Beurteilung der Angelegenheit in aller Regel in seinem Interesse liegen wird. Ein zweiter Schriftenwechsel verzögert das Verfahren, weshalb dies per se nicht im Interesse des Gesuchstellers liegen kann. 124

Schliesslich ist das Argument, dass der Gesuchsgegner anhand des Gesuchs und seiner eigenen Stellungnahme einschätzen könne, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde oder nicht, nicht nachvollziehbar. Die Ausführungen in N 49 ff. haben ergeben, dass die Praxis der Kantone in Bezug auf den Aktenschluss des summarischen Verfahrens sehr unterschiedlich ist und sich in Bezug auf die Anzahl Schriftenwechsel keine einheitliche Praxis durchsetzen konnte. Vom Gesuchsgegner kann daher nicht erwartet werden, anhand des Gesuchs und der Stellungnahme zu beurteilen, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen wird oder nicht. 125

Möchte man den Spannungskonflikt zwischen dem Beschleunigungsgebot und dem Gebot der Rechtssicherheit einerseits sowie dem Gebot der Wahrheitsfindung andererseits zugunsten der Rechtssicherheit lösen, so muss der Zeitpunkt des Aktenschlusses im Vorherein klar definiert sein. Dies ist der Fall, wenn es entweder 126

---

176 Vgl. hierzu N 67 ff.; BGE 146 III 237 E. 3.1.

177 Zudem steht die Begründung des Bundesgerichtes in direktem Widerspruch zur Begründung in BGE 140 III 312, in welchem es letztlich ebenfalls um die Frage ging, ob der Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichtes gelegt werden könne.

immer nur eine unbeschränkte Äusserungsmöglickeit oder immer zwei unbeschränkte Äusserungsmöglichkeiten gibt. Das Gebot der Rechtssicherheit schliesst es jedenfalls aus, den Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichtes zu legen.

127 Um den Parteien die mit Art. 229 ZPO angestrebte Rechtssicherheit gewähren zu können, muss der Aktenschluss zu einem Zeitpunkt festgelegt werden, zu dem es in jedem Summarverfahren kommt. Das kann folglich nur der einfache Schriftenwechsel sein.

128 Einzige Ausnahme bildet dabei der Fall, in dem das Gericht direkt nach Gesuchseingang eine Hauptverhandlung einberuft. Diesfalls liegt kein vollständiger erster Schriftenwechsel vor. Der Rechtssicherheit schadet dieser Umstand offensichtlich nicht, da sich die Ausgangslage für die gesuchstellende Partei nicht verändert. Sie hat weiterhin sämtliche Vorbringen in ihrem Gesuch in den Prozess zu tragen. Die gesuchsgegnerische Partei kann anschliessend zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorbringen. Danach tritt der Aktenschluss ein.

3.2.6.2. Auslegung mit Blick auf das Beschleunigungsgebot

129 Folgt man dem im Summarverfahren zentralen Beschleunigungsgebot[178], muss der Aktenschluss so früh wie möglich eintreten. Der Aktenschluss ist daher gleich nach dem Zeitpunkt festzulegen, nach welchem beide Parteien einmal die Möglichkeit erhalten haben, sich unbeschränkt zu äussern.

130 Dies ist wiederum nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme des Gesuchsgegners oder – falls direkt nach Gesuchseingang eine Hauptverhandlung einberufen wurde – nach dem ersten Parteivortrag des Gesuchsgegners der Fall.

131 Eine Nachfristansetzung bei versäumter Stellungnahme zum Gesuch widerspricht dem Beschleunigungsgebot und ist daher nicht angebracht.[179] Sollte der Gesuchsgegner innert Frist keine Stellungnahme einreichen, kann das Gericht gestützt auf das Gesuch seine Entscheidung treffen.

132 Möchte man den Spannungskonflikt zwischen dem Beschleunigungsgebot und dem Gebot der Rechtssicherheit einerseits sowie dem Gebot der Wahrheitsfindung

---

178 SPICHTIN, N 188.

179 BGE 138 III 483 E. 3.2.4; Obergericht des Kantons Zug vom 8. Februar 2018, BZ 2018 46, E. 3.

andererseits zugunsten des Beschleunigungsgebots lösen, so muss der Zeitpunkt des Aktenschlusses so früh wie möglich eintreten. Im summarischen Verfahren tritt der Aktenschluss nach diesem Verständnis nach der jeweils ersten Äusserungsmöglichkeit der Parteien ein.

3.2.6.3. Auslegung mit Blick auf das Interesse an der Wahrheitsfindung

Trotz des Umstandes, dass ein Gericht eine materiell unrichtige Entscheidung in Kauf nehmen darf, weil nicht sämtliche Beweismittel abzunehmen sind[180], besteht auch in summarischen Verfahren ein Interesse an der materiellen Wahrheitsfindung. 133

Ein früher Aktenschluss, insbesondere wenn er mit einem absoluten Novenverbot verbunden ist, steht dem Interesse an der Wahrheitsfindung entgegen.[181] Wenn der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme Tatsachen und Beweismittel in den Prozess einbringt, mit denen der Gesuchsteller nicht rechnen konnte, bliebe Letzterem folglich nur eine Stellungnahme im Rahmen des Replikrechts übrig. Die neuen Vorbringen des Gesuchsgegners dürften darin nur bestritten, aber nicht mit neuen Tatsachen und Beweismitteln widerlegt werden. Müsste das Gericht solche Beweismittel aus dem Recht weisen, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit eines materiell unrichtigen Entscheides. 134

Um dem Interesse an der Wahrheitsfindung bestmöglich gerecht zu werden, müsste der Aktenschluss folglich so spät wie möglich erfolgen. Der spätest mögliche Zeitpunkt ist der Beginn der Urteilsberatung. Neue Tatsachen und Beweismittel könnten demnach solange unbeschränkt vorgebracht werden, bis das Gericht zur Entscheidfällung schreitet. Nur so kann das Gericht auf Grundlage sämtlicher zulässigen Beweismaterialien entscheiden und folglich einen vermeintlich richtigen Entscheid fällen. 135

3.2.7. Zwischenfazit

Der Sinn und Zweck von Art. 229 ZPO liegt darin, den Konflikt zwischen dem Wunsch nach der materiellen Wahrheitsfindung und jenem nach einem schnellen und effizienten Verfahren zu normieren. Dem Beschleunigungsgebot kommt im summarischen Verfahren erhebliche Bedeutung zu. Es tritt im summarischen Verfahren vor die Maxime der Wahrheitsfindung. Im summarischen Verfahren kann 136

---

180 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 24.

181 AB 2008 N, 965 und 1629; RK-N 07, S. 16.

der Maxime der Wahrheitsfindung im Rahmen des Novenrechts hinreichend Rechnung getragen werden, soweit es sich um neue Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel i.S.v. Art. 229 ZPO handelt.

137 Die teleologische Auslegung von Art. 229 ZPO im Kontext des Summarverfahrens ergibt daher, dass der Zeitpunkt des Aktenschlusses nach der ersten, unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit der Parteien eintreten muss. Mit Blick auf das Gebot der Rechtssicherheit ist es in teleologischer Hinsicht von Bedeutung, dass der Zeitpunkt des Aktenschlusses immer identisch ist und vom Gericht nicht zeitlich nach vorne oder hinten verschoben werden kann.

3.3. Methodenpluralistisches Fazit

138 Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ist der Gesetzeswortlaut klar, ist die rechtsanwendende Behörde daran gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind zulässig (oder sogar geboten), wenn triftige Gründe bestehen, die annehmen lassen, dass der klare Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm (historisches Element), aus ihrem Sinn und Zweck (teleologisches Element) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisches Element) ergeben.[182]

139 Eine *Lücke im Gesetz* liegt vor, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat aber der Gesetzgeber eine Rechtsfrage *nicht* übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden, so bleibt *kein Raum für eine richterliche Lückenfüllung* (sog. qualifiziertes Schweigen).[183] Voraussetzung für die analoge Anwendung eines Rechtssatzes ist stets, dass zunächst das Vorliegen einer Lücke im Gesetz festgestellt wird.[184] Das Bundesgericht verfolgt dabei einen pragmatischen Methodenpluralismus. Demnach werden die verschiedenen Auslegungsmethoden keiner Prioritätsordnung unterworfen.[185] Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat der

---

182 BGE 145 III 324 E. 6.6; BGE 144 IV 97 E. 3.1.1; BGer 5A_806/2019 vom 14. September 2020, E. 3.1.

183 BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGer 5A_806/2019 vom 14. September 2020, E. 3.1.

184 BGE 141 III 43 E. 2.5.1; BGer 5A_806/2019 vom 14. September 2020, E. 3.1; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 380.

185 BGE 144 III 29 E. 4.4.1 = Pra 107 (2018) Nr. 106.

Gesetzgeber den Zeitpunkt des Aktenschlusses im summarischen Verfahren nicht etwa übersehen, sondern stillschweigend normiert.

Das *grammatikalische Element* ergibt, dass das Gesetz ein Gesuch (Art. 252 ZPO) und eine Stellungnahme (Art. 253 ZPO) vorsieht. Einen zweiten Schriftenwechsel sieht der Wortlaut nicht vor. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Gesetzgeber die Rechtsfrage nach der Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels jedoch nicht übersehen, sondern hierzu bewusst, also qualifiziert, geschwiegen. Diese Schlussfolgerung bestätigt auch die *teleologische Auslegung*. Die sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO käme überhaupt nur dann in Frage, wenn im summarischen Verfahren eine Hauptverhandlung stattfände.[186] Sie ist aber letztlich zu verneinen. Erstens regelt das Summarverfahrensrecht die Anzahl der formellen Schriftenwechsel und damit den Zeitpunkt des Aktenschlusses abschliessend, weshalb für die sinngemässe Anwendung von Art 229 ZPO kein Raum bleibt. Zweitens stellt Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt des Verfahrens. Eine solche findet im summarischen Verfahren in der Regel nicht statt (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Immerhin legt die grammatikalische Auslegung aufgrund des Wortlautes in Art. 219 ZPO nahe, dass der teleologischen Auslegungsmethode besondere Bedeutung zukommt. 140

Die *systematische Auslegungsmethode* hat gezeigt, dass der Gesetzgeber die Rechtsfrage nach der Zulässigkeit weiterer Schriftenwechsel für sämtliche Verfahren der Zivilprozessordnung (Schlichtungsverfahren, ordentliches Verfahren, vereinfachtes Verfahren) und für das Berufungsverfahren positiv normiert, das heisst die Anordnung eines Schriftenwechsels unter gegebenen Voraussetzungen erlaubt. Einzig im summarischen Verfahren und folgerichtig im Beschwerdeverfahren fehlt eine solche Kompetenznorm zugunsten des Gerichtes. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsfrage für das summarische Verfahren daher nicht übersehen, sondern durch qualifiziertes Schweigen geregelt.[187] Das systematische Auslegungselement spricht folglich gegen die Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels im summarischen Verfahren. 141

Auch nach der *historischen Auslegungsmethode* ergibt sich, dass der Gesetzgeber in allen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung *von einem einfachen Schriftenwechsel* als Standard ausging. Im summarischen Verfahren sah der Ge- 142

186 Vgl. N 85 f.

187 *A.M.* LEUENBERGER, Bestimmungen, S. 381, der die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens ohne Weiteres für sinngemäss anwendbar hält, wenn das besondere Verfahren keine *ausdrückliche Regelung* enthält.

setzgeber keinen zweiten oder mehrfachen Schriftenwechsel vor, da ein solcher dem Wesen des summarischen Verfahrens widersprechen würde.

143 Im Rahmen der *teleologischen Auslegung* sind die Maximen *Rechtssicherheit, Beschleunigung* und *Wahrheitsfindung* gegeneinander abzuwägen. In Bezug auf die Frage des Zeitpunktes des Aktenschlusses hat sich ergeben, dass sowohl die Rechtssicherheit als auch das Beschleunigungsgebot verlangen, dass der Aktenschluss nach dem einfachen Schriftenwechsel eintritt. Einzig das Gebot der Wahrheitsfindung verlangt es, den Aktenschluss so spät als möglich zu terminieren.

144 Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich für die Frage, wann der Aktenschluss im summarischen Verfahren eintritt, ein *deutliches Ergebnis*. Bereits der Gesetzeswortlaut ist klar, wenn dem Gesetzgeber ein qualifiziertes Schweigen unterstellt wird. Die übrigen Auslegungsmethoden haben nicht etwa triftige Gründe aufgezeigt, die dafür sprechen würden, dass der Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Sie haben ganz im Gegenteil ergeben, dass ein zweiter Schriftenwechsel im summarischen Verfahren nicht zulässig ist und dessen Anordnung auch nicht im Ermessen des Gerichts liegt.[188] Weil keine gesetzliche Lücke festgestellt werden kann, stellt sich die Frage der analogen Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren nicht.[189]

145 Der Aktenschluss tritt im summarischen Verfahren folglich immer nach der Stellungnahme des Gesuchsgegners ein.[190] Diese Stellungnahme kann schriftlich oder mündlich (anlässlich einer Hauptverhandlung) mündlich erfolgen. Danach tritt der Aktenschluss und damit die Novenschranke ein. Die Zulässigkeit von neuen Tatsachen und Beweismitteln, die nach diesem Zeitpunkt in das Verfahren eingebracht werden, richtet sich nach dem Novenrecht.

---

188 DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27; *a.M.* MORET, Aktenschluss, N 335 f.; MORET, Novenrecht, S. 47; CHAIX, S. 135 N 56; SOGO/BAECHLER, S. 319 f.; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 228 N 10; LEUENBERGER, Bestimmungen, S. 388 f.; SPICHTIN, N 189.

189 BGE 141 III 43 E. 2.5.1; BGer 5A_806/2019 vom 14. September 2020, E. 3.1; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 380.

190 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 20; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 23b; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 32; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27; BK-GÜNGERICH, Art. 252 ZPO N 9 und Art. 253 N 14; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 83; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 13; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 358.

4. Aktenschluss in besonderen Summarverfahren

4.1. Bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 255 ZPO)

Im summarischen Verfahren gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime (Art. 55 und Art. 153 ZPO).[191] 146

In Abweichung dieses Grundsatzes hat der Gesetzgeber in diversen Verfahren den Untersuchungsgrundsatz für anwendbar erklärt. Der Untersuchungsgrundsatz ist im summarischen Verfahren anwendbar, wenn das Gericht als Konkurs- oder Nachlassgericht entscheidet (Art. 255 lit. a ZPO) oder es Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu treffen hat (Art. 255 lit. b ZPO).[192] Nach einem Teil der Lehre ist diese Auflistung aufgrund des Wortlautes abschliessend.[193] Diese Ansicht ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen[194]: Der Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens ist in der Zivilprozessordnung nicht abschliessend aufgeführt.[195] Soweit es der Gesetzgeber der Rechtsprechung und Lehre überlässt, die Anwendung des Summarverfahrens auf weitere Angelegenheiten auszudehnen, muss dies für diese Angelegenheiten auch für die Anwendung der Verfahrensmaximen gelten. Mit anderen Worten ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes für Angelegen- 147

---

191 Botschaft BBl 2006, S. 7350; BGer 4A_440/2016 vom 24. Oktober 2016, E. 5.2.2; BSK ZPO-MAZAN, Art. 255 N 1; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 255 N 1; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1; BK-GÜNGERICH, Art. 255 ZPO N 1; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 7, der die Anwendung der Verhandlungsmaxime im summarischen Verfahren auch aus Art. 255 ZPO e contrario ableitet; BOHNET, Procédure sommaire, S. 273.

192 MORET, Aktenschluss, N 331.

193 DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 255 N 18; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 5; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1; BOHNET, Procédure sommaire, S. 288 f.; FUCHS, S. 308; LACHAT, S. 172; HALDY, S. 327–332; TRAUTMANN/VON DER CRONE, S. 470 FN 64 mit dem Hinweis, es wäre wünschenswert, wenn Art. 250 ZPO nicht abschliessend wäre.

194 Vgl. auch LORANDI, S. 1384; SCHÖNBÄCHLER, S. 394; DOMENIG/GÜR, S. 174; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 255 N 3.

195 Die Aufzählungen in Art. 249 ZPO, Art. 250 ZPO, Art. 251 ZPO und Art. 251a ZPO deuten mit dem Wort «insbesondere» darauf hin, dass es sich um nicht abschliessende Aufzählungen handelt; Botschaft BBl 2006, S. 7349 Ziff. 5.17; BGE 144 III 100 E. 6; BGE 138 III 166 E. 3.3 und E. 3.9 = Pra 101 (2012) Nr. 102.

heiten ausschliessen wollte, obschon er es offen liess, welche Angelegenheiten in der Zukunft im summarischen Verfahren beurteilt werden würden.[196] Dass die Aufführung in Art. 255 ZPO nicht abschliessend sein kann, geht auch aus dem Verhältnis zu Art. 247 ZPO hervor. Eine arbeitsrechtliche Streitigkeit beispielsweise fällt in Anwendung von Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO in den Anwendungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes. Dieselbe Streitigkeit kann in Anwendung von Art. 257 ZPO im summarischen Verfahren rechtsanhängig gemacht werden. Wäre Art. 255 ZPO abschliessend, fände der Untersuchungsgrundsatz in diesem Fall nicht Anwendung. Es ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen, dass der Kläger durch die Wahl der Verfahrensart auch die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes beeinflussen kann.[197]

148 In den Verfahren nach Art. 255 ZPO kommt der *beschränkte Untersuchungsgrundsatz* zur Anwendung.[198] Das Gericht hat den Sachverhalt daher von Amtes wegen festzustellen, aber nicht zu erforschen. Es ist also nach wie vor Aufgabe der Parteien, das Tatsächliche beizubringen und die Beweismittel zu nennen.[199] Sie tragen die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhalts und tragen die Last, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen (Behauptungslast), zu bestreiten (Bestreitungslast) und im Bestreitungsfalle zu substantiieren (Substantiierungslast).[200] Auch unter Geltung des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes müssen die Tatsachenvorträge der Parteien schlüssig sein.[201]

149 Unter Anwendung des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes ist das Gericht lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen.[202] Das Gericht hat nachzufragen, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel

196 DOMENIG/GÜR, S. 174; Dass darauf in Art. 255 ZPO nicht mit dem Wort «insbesondere» hingewiesen wurde, darf als gesetzgeberisches Versehen bezeichnet werden.

197 TANNER, S. 267; *a.M.* KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1a.

198 BGer 5A_519/2019 vom 29. Oktober 2019, E. 3.4.3; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 62 ff. und N 70; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1.

199 Botschaft BBl 2006, S. 7313; BGer 5A_300/2016 vom 14. Oktober 2016, E. 5.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Januar 2017, RT160191, E. 4.2; BOHNET, 5A_300/2016, S. 120 ff.; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahrens, S. 32.

200 Botschaft BBl 2006, S. 7348; BGer 4A_635/2009 vom 24. März 2010, E. 2.1, 2.2; BGer 4A_12/2010 vom 25. Februar 2010, E. 3.1; Obergericht des Kantons Thurgau vom 11. Januar 2019, ZBS.2018.29, E. 2c (vgl. Entscheidsammlung S. 188 hiernach); WUILLEMIN, N 71 f.; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 64; MÜLLER/VOCK, S. 132.

201 BGE 141 III 569 E. 2.3.1 = Pra 105 (2016) Nr. 99; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 64.

202 BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 65; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 387; REUT, N 39.

genau bezeichnet werden. Es ermittelt nicht aus eigenem Antrieb. Sind die Parteien anwaltlich vertreten, muss sich das Gericht in seiner Fragepflicht zurückhalten, als wäre die Verhandlungsmaxime im ordentlichen Verfahren anwendbar.[203]

In Lehre und Rechtsprechung nicht diskutiert wurde die Frage, ob sich die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes auf den Aktenschluss oder auf das Novenrecht auswirkt.[204] Nach der hier vertretenen Auffassung tritt der Aktenschluss auch bei Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes mit der Stellungnahme der gesuchsgegnerischen Partei ein. Die Begründung liegt darin, dass die Parteien den Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslasten grundsätzlich in dem Gesuch respektive in der Stellungnahme zum Gesuch nachkommen müssen, denn das Gericht kann das Gesuch auch unter Anwendung des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes abweisen, wenn es offensichtlich unbegründet ist (Art. 253 ZPO).[205] M.a.W. hat die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses, sondern auf das – erst mit dem Aktenschluss wirkende – Novenrecht. Die Eventualmaxime wird also nicht aufgeschoben oder verschoben, sondern nur insoweit aufgeweicht, als das Gericht noch Tatsachen berücksichtigen muss, welche die Parteien nicht rechtzeitig vorgebracht haben.[206] Dies geht auch aus dem Wortlaut von Art. 229 Abs. 3 ZPO hervor, der von *neuen Tatsachen und Beweismitteln* spricht. Die Neuheit der Tatsachen 150

[203] Botschaft BBl 2006, S. 6956; BGer 4C.211/2004 vom 7. September 2004, E. 2.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.1 = Pra 105 (2016) Nr. 99; Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 15. September 2016, KGVS C1 15 232 / C2 15 47, E. 1.4 (vgl. Entscheidsammlung S. 190 hiernach).

[204] Dahingehend auch Obergericht des Kantons Zürich vom 12. März 2018, RT170196, E. 3.3.3; Die Frage ist dogmatischer Natur, denn ob der Aktenschluss zeitlich nach hinten verschoben wird oder das Novenrecht aufgeweicht wird, ändert nichts daran, dass neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vom Gericht berücksichtigt werden müssen.

[205] Ist das Gesuch zwar nicht offensichtlich unbegründet und muss das Gericht in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes Beweise erheben, die eine Partei ohne Weiteres hätte im Gesuch respektive in der Stellungnahme einbringen können, kann das Gericht der Aufwand verursachenden Partei die deswegen entstandenen Prozesskosten auferlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

[206] BSK ZPO-BÄHLER, Art. 272 N 1; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 67; SK SchKG-TALBOT, Art. 190 N 22.

und Beweismittel muss sich gegenüber dem im Schriftenwechsel Ausgeführten ergeben, um diese Norm überhaupt zur Anwendung bringen zu können.[207]

4.2. Entscheide mit materieller Rechtskraft

151 Im *ordentlichen Verfahren* werden umstrittene Zivilansprüche definitiv beurteilt. Nach Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erwächst das Urteil in Rechtskraft und ist vollstreckbar.

152 Das *summarische Verfahren* verfolgt üblicherweise einen anderen Zweck. Es ist einem Hauptsacheverfahren in der Regel nur vorgelagert und der Entscheid ist meist nur vorläufiger Natur.[208] Der Entscheid des summarischen Verfahrens soll bis zum Ergehen des Urteils in der Hauptsache einen einstweiligen Zustand schaffen.[209] Das gilt allerdings nicht für alle summarischen Verfahren. Beispielsweise beim Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO steht kein Hauptverfahren zur Verfügung, das im Anschluss rechtshängig gemacht werden könnte.[210] Dasselbe gilt für Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[211]

---

207 BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 102 (2013) Nr. 26; Obergericht des Kantons Bern vom 22. August 2018, ZK 18 234, E. IV/29; Obergericht des Kantons Zürich vom 24. Februar 2016, RT150111, E. II/5.2; DIKE-Komm ZPO-GLASL, Art. 55 N 37; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 15; eher zustimmend OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 10; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 22; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 23, der von der Derogation der Eventualmaxime ausgeht; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 9; SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm., Art. 296 N 21; WUILLEMIN, N 134; KLINGLER, Eventualmaxime, N 252, N 636; MORDASINI-ROHNER, N 486; LIENHARD, Prozessleitung, N 684; SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO Komm., Art. 56 N 14.

208 Summarentscheide sind den ordentlichen Entscheiden hinsichtlich formeller Rechtskraft insoweit gleichgestellt, als dass sie mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit unwiderrufbar werden. Vorbehalten bleibt die Revision nach Art. 328 ff. ZPO, vgl. hierzu BGE 141 III 376 E. 3.3.4.

209 Bericht VE ZPO, S. 128; BGE 136 III 583 E. 2.3 = Pra 100 (2011) Nr. 55; BK-GÜNGERICH, Vorbemerkungen zu Art. 248–270 ZPO N 4; MORET, Aktenschluss, N 330; FÜRST, S. 118.

210 Botschaft BBl 2006, S. 7352; AB 2008 S, S. 727; RK-N 04, S. 46; RK-S 06, S. 14; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 360.

211 BGE 138 III 728 E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 35; BK-GÜNGERICH, Vorbemerkungen zu Art. 248–270 ZPO N 6 und Art. 257 N 1; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 19, 24; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 24; auch weitere summarische Verfahren können in einem Endentscheid mit materieller Rechtskraft münden, so

Teilweise sprechen sich Rechtsprechung und Lehre dafür aus, dass der Aktenschluss im summarischen Verfahren zumindest dann erst nach zweimaliger unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit eintreten könne, wenn das Verfahren mit einem Entscheid abgeschlossen werde, welcher nach Ausschöpfung der Rechtsmittel volle materielle Rechtskraft entwickelt.[212] 153

Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Tatsache, dass einzelne Entscheide, die aus summarischen Verfahren ergehen, in volle materielle Rechtskraft erwachsen, keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses. Ein zweiter Schriftenwechsel respektive eine zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit ist im summarischen Verfahren ungeachtet einer allfälligen materiellen Rechtskraft des Entscheids nicht zulässig. Für die unterschiedliche Handhabung des Aktenschlusses in Verfahren deren Entscheide in volle materielle Rechtskraft erwachsen, findet sich keine Rechtsgrundlage in der Zivilprozessordnung.[213] Die Unterscheidung ist denn auch nicht notwendig: In den summarischen Verfahren, die in einem Entscheid mit materieller Rechtskraft münden, reicht blosses Glaubhaftmachen der Ansprüche nicht aus.[214] In diesem Fall muss das Gericht eine umfassende Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vornehmen.[215] In Anwendung von 154

bspw. die Anordnung der Auskunftserteilung an Aktionäre (Art. 697 Abs. 4 OR) und Gläubiger (Art. 958e Abs. 2 OR) aber auch die Durchsetzung des Anspruchs des Verwaltungsratsmitgliedes auf Einsicht und Auskunft nach Art. 715a OR, vgl. hierzu BGE 144 III 100 E. 6; MOSCHEN/VON DER CRONE, S. 310.

212 Obergericht des Kantons Bern vom 22. Mai 2019, ZK 19 175, E. IV/12.3; Obergericht des Kantons Bern vom 13. März 2017, ZK 17 53, E. 11.4.2; Obergericht des Kantons Bern vom 4. Dezember 2014, ZK 14 476, E. III/6; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 23. Mai 2016, KSK 15 79, E. 4b; Regionalgericht Berner Jura-Seeland vom 3. Juli 2018, CIV 17 4592, E. 12 (vgl. Entscheidsammlung S. 163 hiernach); Regionalgericht Bern-Mittelland vom 17. November 2016, CIV 16 5584, E. I/10 (vgl. Entscheidsammlung S. 155 hiernach); SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 21; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 13; *a.M.* Obergericht des Kantons Zürich vom 13. Februar 2017, LF160079, E. II/5d, das eine Unterscheidung der summarischen Verfahren nach der Rechtskraft mangels Rechtsgrundlage ausschliessst; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27.

213 Obergericht des Kantons Zürich vom 13. Februar 2017, LF160079, E. II/5d; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 27.

214 BGE 144 III 100 E. 6; BGE 137 III 255 E. 4.1.2; BGE 120 II 352 E. 2; BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.2.2 und 4.3.2.

215 BGE 120 II 352 E. 2; BSK ZPO-MAZAN, Art. 254 N 7a; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 254 N 7; BOHNET, Procédure sommaire, S. 267; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 Rz 45; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 254

Art. 254 Abs. 1 lit. b ZPO muss das Gericht in diesem Fall andere Beweismittel als den Urkundenbeweis zulassen.[216] Der Tatsache, dass diese (atypischen) Summarverfahren nach bloss einmaliger Äusserungsmöglichkeit der Parteien in einem Entscheid mit voller materieller Rechtskraft erwachsen, wird daher durch die Beweisstrenge und die Zulässigkeit weiterer Beweismittelarten hinreichend Rechnung getragen.[217]

155 Da es sich bei summarischen Verfahren, die mit einem Entscheid abgeschlossen werden, welcher nach Ausschöpfung der Rechtsmittel materiell rechtskräftig wird, in der Regel um zivilrechtliche Ansprüche i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt, haben die Parteien Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung.[218] Der Aktenschluss bleibt hiervon jedoch unberührt. An der Hauptverhandlung haben die Parteien lediglich Anspruch auf das rechtliche Gehör.[219]

4.3. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO)

156 Das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen unterscheidet sich als atypisches Summarverfahren in Bezug auf den Aktenschluss und das Novenrecht nicht vom typischen Summarverfahren. Unabhängig davon, ob im Rechtsschutz in klaren Fällen eine Hauptverhandlung durchgeführt wird oder nicht, tritt der Aktenschluss nach der Stellungnahme zum Gesuch ein.[220] Allerdings ist nach Rechtsprechung und Lehre im Verfahren nach Art. 257 ZPO dann eine Hauptverhandlung durchzuführen, wenn die Voraussetzungen von Art. 6 EMRK erfüllt sind.[221] Diese

---

N 16; CR CPC-BOHNET, Art. 254 N 7; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 254 N 8; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 254 N 1; BK-GÜNGERICH, Art. 254 ZPO N 6.

216 BGE 144 III 100 E. 6; BGE 120 II 352 E. 2b; DIKE-Komm ZPO-GLASL, Art. 55 N 37; SPICHTIN, N 39; *a.M.* BK-GÜNGERICH, Art. 257 ZPO N 14.

217 SPICHTIN, N 39.

218 BGer 4A_451/2020 vom 12. November 2020, E. 2.3; BK-GÜNGERICH, Art. 256 ZPO N 9 ff.

219 Vgl. hierzu N 363 ff.

220 BGer 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.2 in dem das Bundesgericht im Rahmen einer Mieterausweisung nach Art. 257 ZPO zu beurteilen hatte, wann der Aktenschluss eintrete und dabei keine Unterscheidung zum Verfahren nach Art. 252 ff. ZPO vornahm; Obergericht des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011, PF110065, E. 2.3.1; SPICHTIN, N 153 und 189 f.

221 Vgl. N 363 ff.; BGer 4A_451/2020 vom 12. November 2020, E. 2.3; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 23. Mai 2018, BS.2018.1, E. 3bb; BK-GÜNGERICH, Art. 257 ZPO N 13; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.173.

Voraussetzungen sind im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen in der Regel erfüllt, weshalb die Parteien einen Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung haben. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist allerdings die Kodifizierung des Anspruchs auf das rechtliches Gehör. Sie und damit die Durchführung der Hauptverhandlung hat daher keinerlei Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses.[222]

Der Tatsache, dass der Entscheid des Gerichtes, das eine Rechtsschutzangelegenheit in klaren Fällen beurteilt, nach Ausschöpfung der Rechtsmittel in materielle Rechtskraft erwächst, ist durch die erhöhte Beweisstrenge und die Zulässigkeit anderer Beweismittel i.S.v. Art. 254 Abs. 2 ZPO Rechnung zu tragen.[223] 157

4.4. Vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ZPO)

Die Beurteilung der vorsorglichen Massnahme erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO). Das Verfahren richtet sich nach Art. 252 ff. ZPO, soweit die Bestimmungen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens keine besonderen Regelungen vorsehen.[224] Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, kann das Gericht einen Nichteintretensentscheid fällen, ohne dass es dem Gesuchsgegner die Möglichkeit zur Stellungnahme einräumt respektive einräumen muss.[225] Ist das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen offensichtlich unbegründet, so wird das Gericht das Gesuch ohne Anhörung des Gesuchsgegners abweisen (Art. 253 ZPO).[226] 158

Art. 261 ff. ZPO sieht keine besonderen Normen vor, welche den Zeitpunkt des Aktenschlusses beeinflussen würden. Nach der hier vertretenen Auffassung findet daher auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren nur ein Schriftenwechsel statt und der Aktenschluss tritt mit der Stellungnahme des Gesuchsgegners ein.[227] 159

---

222 Vgl. hierzu N 363 ff.

223 Vgl. N 151 ff.; SPICHTIN, N 39.

224 Botschaft BBl 2006, S. 7353; BSK ZPO-SPRECHER, Vor Art. 261–269 N 73.

225 Vorbehalten bleibt die Ansetzung einer Nachfrist i.S.v. Art. 132 Abs. 1 ZPO, die auch im summarischen Verfahren berücksichtigt werden muss. Eine Nachfrist i.S.v. Art. 223 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren nicht anzusetzen, vgl. hierzu; BGE 138 III 483 E. 3.2.4; Obergericht des Kantons Zug vom 8. Februar 2018, BZ 2018 46, E. 3.

226 BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 68.

227 Handelsgericht des Kantons Zürich vom 26. September 2018, HE180385, E. 5.1; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 24. April 2018, HE180060, E. 3; *a.M.*

160 Bei der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB kommt gestützt auf Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO respektive Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO ebenfalls das summarische Verfahren zur Anwendung.[228] Der Aktenschluss tritt infolgedessen ebenfalls mit der Stellungnahme des Gesuchsgegners ein.[229] Eine Lockerung des Novenrechts – wie dies in der Rechtsprechung teilweise befürwortet wird – ist nicht zulässig. Zwar bejaht das Bundesgericht in diesen Fällen eine Lockerung des Beweismasses gestützt auf Art. 961 Abs. 3 ZGB,[230] für eine analoge Lockerung des Novenrechts fehlt es allerdings an einer gesetzlichen Grundlage.[231]

BGE 144 III 117; BGer 5A_736/2017 vom 8. Juni 2018, E. 3.2.2; Kreisgericht St. Gallen vom 28. November 2018, SZ.2018.131, E. 2 (vgl. Entscheidsammlung S. 186 hiernach), welches den Zeitpunkt des Aktenschlusses davon abhängig macht, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet habe (vorliegend verneint); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 2. Mai 2016, 3B 16 9 / 3U 16 24, E. 4.3.3.2 (vgl. Entscheidsammlung S. 172 hiernach), welches einen zweifachen Schriftenwechsel vorsieht, sich dabei aber auf BGE 140 III 312 E. 6.3.2 stützt, der sich zum ordentlichen Verfahren äusserte und für das summarische Verfahren nicht berücksichtigt werden kann; Obergericht des Kantons Solothurn vom 18. Januar 2019, ZKBER.2018.70, E. 3.1.

228 BGE 137 III 563 E. 3.1 f., wonach die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes sowohl unter Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO als auch unter Ziff. 11 fällt, unabhängig davon aber eine vorsorgliche Massnahme im Sinne der ZPO vorliege.

229 Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 7. April 2014, BS.2014.2, E. 2a (vgl. Entscheidsammlung S. 180 hiernach); Kreisgericht St. Gallen vom 20. August 2018, SZ.2018.43, E. 2 (vgl. Entscheidsammlung S. 185 hiernach); vgl. zur richterlichen Fragepflicht im Verfahren um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts Obergericht des Kantons Zürich vom 6. Januar 2020, PF190060, E. 3.

230 BGE 137 III 563 E. 3.3.

231 Vgl. zum Novenrecht in vorsorglichen Massnahmeverfahren, N 294 ff.; vgl. bspw. Regionalgericht Bern-Mittelland vom 23. März 2017, CIV 16 6747, E. 9 (vgl. Entscheidsammlung S. 160 hiernach); Regionalgericht Bern-Mittelland vom 29. November 2016, CIV 16 5555, E. 7 (vgl. Entscheidsammlung S. 156 hiernach); Regionalgericht Bern-Mittelland vom 17. November 2016, CIV 16 5584, E. 10 f. (vgl. Entscheidsammlung S. 155 hiernach); Regionalgericht Bern-Mittelland vom 15. November 2016, CIV 16 5598, E. 8 (vgl. Entscheidsammlung S. 153 hiernach).

4.5. Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO) und Partnerschaftsschutzverfahren (Art. 305 f. ZPO)

Die besonderen eherechtlichen Verfahren sind im sechsten Titel der ZPO und damit ausserhalb des summarischen Verfahrens, welches im fünften Titel geregelt ist, normiert (Art. 271 ff. ZPO). Dasselbe gilt für das Verfahren bei eingetragener Partnerschaft, dessen Regelungen im achten Titel zu finden sind (Art. 305 ff. ZPO). Für diese Verfahren sind die Bestimmungen des summarischen Verfahrens daher grundsätzlich *nicht* anwendbar.[232] Ausnahmen sieht Art. 271 ZPO vor. Hiernach sind für diejenigen eherechtlichen Verfahren, die einer schnellen Beurteilung bedürfen, die Bestimmungen des summarischen Verfahrens anwendbar.[233] In aller Regel handelt es sich hierbei um Gesuche, mit denen ausserhalb eines ordentlichen Prozesses Massnahmen beantragt werden, die auf den Schutz der ehelichen Gemeinschaft abzielen (sog. Eheschutzverfahren).[234] Die Aufzählung der dem summarischen Verfahren unterworfenen Angelegenheiten in Art. 271 ZPO ist nicht abschliessend.[235] Für die eingetragene Partnerschaft findet sich die Parallelnorm in Art. 305 ZPO. Die dort für das summarische Verfahren vorgesehenen Massnahmen entsprechen im weiteren Sinne den in Art. 271 ZPO vorgesehenen Eheschutzmassnahmen und können daher als *Partnerschaftsschutzverfahren* bezeichnet werden.[236] Auch die Aufzählung dieser dem summarischen Verfahren unterworfenen Angelegenheiten in Art. 305 ZPO ist nicht abschliessend. [237] 161

---

232 Es handelt sich um ein besonderes ordentliches Verfahren, auf das primär die Bestimmungen von Art. 274 ff. ZPO anwendbar sind. Subsidiär gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ff. ZPO). Das Schlichtungsverfahren entfällt gestützt auf Art. 198 lit. c ZPO; MEYER HONEGGER, FamKomm Anh. ZPO, Art. 274 N 4.

233 Der Vorentwurf der ZPO unterschied nicht zwischen den Massnahmen im eherechtlichen Verfahren und den übrigen Angelegenheiten, die dem summarischen Verfahren unterworfen wurden, was in der Vernehmlassung zu Kritik führte; VE ZPO, Art. 259; FOUNTOULAKIS, S. 275.

234 BSK ZPO-BÄHLER, Art. 271 N 1.

235 KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 271 N 4; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 271 N 2; FOUNTOULAKIS, S. 274 FN 3.

236 Botschaft BBl 2006, S. 7369; DIKE-Komm ZPO-SCHWANDER, Art. 305 N 8; BIELER/FANKHAUSER, ZPO Komm., Art. 305 N 3.

237 DIKE-Komm ZPO-SCHWANDER, Art. 305 N 8; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 305 N 3; BIELER/FANKHAUSER, ZPO Komm., Art. 305 N 3.

162 Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich lediglich mit dem Aktenschluss in den *Eheschutz- und Partnerschaftsschutzverfahren*, die im summarischen Verfahren behandelt werden.

163 In den Eheschutz- und Partnerschaftsschutzverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO i.V.m. Art. 306 ZPO). In solchen Fällen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. In Anwendung dieses *(sozialen) Untersuchungsgrundsatzes* muss das Gericht aus sozialpolitischen Gründen ein allfälliges Ungleichgewicht der Parteien ermitteln und gegebenenfalls ausgleichen.[238] Da in eherechtlichen Auseinandersetzungen oftmals auch über Kinderbelange zu entscheiden ist, ist darauf hinzuweisen, dass diesbezüglich der *uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz* und der *Offizialgrundsatz* zur Anwendung kommen (Art. 296 Abs. 1 ZPO; Art. 296 Abs. 3 ZGB). In dieser Konstellation hat das Gericht demnach unterschiedliche Verfahrensgrundsätze (sozialer Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz für das eherechtliche respektive für das Verfahren bei eingetragener Partnerschaft einerseits, uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz und Offizialgrundsatz für die Kinderbelange andererseits) zu beachten.[239]

164 Die Anwendung des beschränkten (sozialen) Untersuchungsgrundsatzes an sich hat nach der hier vertretenen Auffassung keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses.[240]

165 Fraglich und zu prüfen ist allerdings, ob die verfahrensrechtliche Spezialnorm in Art. 273 ZPO i.V.m. Art. 306 ZPO einen Einfluss auf den Aktenschluss in den Eheschutz- respektive Partnerschaftsschutzverfahren hat. Im Gegensatz zu Art. 256 ZPO verpflichtet Art. 273 ZPO das Gericht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung.[241] Es darf darauf nur verzichten, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist, was dann der Fall sein dürfte, wenn die Parteien eine vollständige Trennungsvereinbarung zur Ge-

---

238 BSK ZPO-BÄHLER, Art. 272 N 1; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 71; DIKE-KOMM ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N 2 ff.; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, ZPO Komm., Art. 272 N 12.

239 Botschaft BBl 2006, S. 7360; BÄHLER, Eheschutz, S. 96.

240 Vgl. N 146 ff.; Der Untersuchungsgrundsatz wirkt sich nach der hier vertretenen Auffassung lediglich auf die Zulässigkeit von Beweismitteln und das Novenrecht aus; FOUNTOULAKIS, S. 276.

241 BIELER/FANKHAUSER, ZPO Komm., Art. 306 N 7.

nehmigung einreichen.[242] Dem Wortlaut von Art. 273 ZPO ist nichts zu entnehmen, was auf eine spezialgesetzliche Regelung des Aktenschlusses hinweist. Das Gericht wird nur zum Versuch verpflichtet, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen (Art. 273 Abs. 3 ZPO). In der Verhandlung im besonderen eherechtlichen Verfahren und im Verfahren bei eingetragener Partnerschaft geht es also vor allem darum, zu *vermitteln.*[243]

Art. 273 ZPO weicht was den Aktenschluss anbelangt nicht von den Bestimmungen in Art. 252 ff. ZPO ab. Die Verhandlung i.S.v. Art. 273 ZPO dient der *Beweisabnahme* und der *Vermittlung* zwischen den Parteien.[244] Der Aktenschluss tritt mit der Stellungnahme des Gesuchsgegners ein.[245] 166

4.6. Verfahren aus dem SchKG

4.6.1. Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG)

4.6.1.1. Art. 80 f. SchKG als lex specialis oder lex priori?

Der Entscheid über die definitive Rechtsöffnung (Art. 80 f. SchKG) und jener über die provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 f. SchKG) werden im summarischen Verfahren getroffen (Art. 248 lit. a ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO).[246] Es ist zu prüfen, ob das Rechtsöffnungsverfahren hinsichtlich des Zeitpunkts des Akten- 167

---

242 BÄHLER, Eheschutz, S. 99; VETTERLI, FamKomm Anh. ZPO, Art. 273 N 2; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 273 N 2; FOUNTOULAKIS, S. 276.

243 BÄHLER, Eheschutz, S. 101; VETTERLI, FamKomm Anh. ZPO, Art. 273 N 2 ff.; DIKE-Komm ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273 N 1, N 4 und N 16; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 273 N 5 f.; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, ZPO Komm., Art. 273 N 26 ff.

244 DIKE-Komm ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273 N 4.

245 Obergericht des Kantons Solothurn vom 18. Januar 2019, ZKBER.2018.70, E. 3.1, das allerdings mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGer 4A_273/2012 festhielt, dass es im Ermessen des Gerichts liege, einen zweiten Schriftenwechsel anzusetzen; Obergericht des Kantons Thurgau vom 11. Januar 2019, ZBS.2018.29, E. 2 (vgl. Entscheidsammlung S. 188 hiernach), das anzunehmen scheint, dass der Aktenschluss mit der Stellungnahme eintrat, die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel aber dann – richtigerweise – novenrechtlich als zulässig erachtete.

246 BGE 138 III 483 E. 3.1; BSK SchKG I- STAEHELIN, Art. 84 N 2a; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 14; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 70; FÜRST, S. 121.

schlusses im Vergleich zum typischen Summarverfahren Besonderheiten aufweist.

168 Das Rechtsöffnungsverfahren zeichnet sich durch *qualifizierte Schnelligkeit* aus und wird in Lehre und Rechtsprechung als *«besonders rasches summarisches Verfahren»* bezeichnet.[247] Es ist primär in Art. 84 SchKG geregelt, der nebst der örtlichen Zuständigkeit auch das Verfahren bestimmt. Hiernach erhält der Gesuchsgegner «*sofort nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme»* und das Gericht hat innert fünf Tagen seit Eingang der Stellungnahme zu entscheiden (Art. 84 Abs. 2 SchKG). Diese Fünftagesfrist ist bloss eine Ordnungsfrist.[248]

169 Fraglich ist, ob Art. 84 Abs. 2 SchKG einen zweiten Schriftenwechsel im Rechtsöffnungsverfahren ausschliesst. In Lehre und Rechtsprechung wird diese Frage kaum diskutiert. Dort, wo die Frage aufgeworfen wird, findet oftmals eine Vermischung mit der Frage statt, ob den Parteien ein Replikrecht zukommt oder ob der Gesuchsteller bei nicht zu erwartenden Vorbringen der Schuldnerin neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen darf.[249] Ersteres betrifft allerdings den Anspruch auf rechtliches Gehör.[250] Zweiteres ist eine novenrechtliche Frage.[251] Die hier interessierende Frage ist allerdings nicht, ob und inwiefern den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren oder wie das Novenrecht ausgestaltet ist, sondern ob Art. 84 Abs. 2 SchKG einer zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit der Parteien entgegensteht.

---

247 BGE 145 III 213 E. 6.1.3 = Pra 108 (2019) Nr. 124; Obergericht des Kantons Zürich vom 13. April 2018, RT180012, E. 6.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2014, RT140129, E. 2.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Mai 2013, RT130076, E. 2c; Obergericht des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2012, RT120122, E. 4.2; FÜRST, S. 121; EGLI, Zustellung, S. 483; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 28.

248 BGer 5D_92/2009 vom 21. August 2009, E. 2.3 und 3.1; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 62; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 28.

249 Vgl. bspw. KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 14; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 18; SHK LP-ABBET, Art. 84 N 98; HOSANG, Nr. 268; MÜLLER/VOCK, S. 132 f.; VOCK/MEISTER-MÜLLER, S. 139; AMONN/WALTHER, § 19 N 19; für eine korrekte Trennung dieser Fragen vgl. Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2017, ZR 117/2018, Nr. 13, E. 2; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 4.2; FÜRST, S. 126; BACHOFNER, Rechtsöffnungsverfahren, S. 19 f.

250 Vgl. hierzu N 346 ff.

251 Vgl. hierzu N 302 ff.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes findet ein zweiter Schriftenwechsel nicht statt, denn Art. 84 Abs. 2 SchKG verpflichtet das Gericht, nach Eingang der Stellungnahme des Gesuchsgegners über die Sache zu entscheiden.[252] Der Wortlaut lässt daher keinen Interpretationsraum für weitere unbeschränkte Parteivorträge.[253] 170

Das Bundesgericht nahm sich dieser Frage bis anhin trotz etlicher Gelegenheiten nicht an: Dem summarverfahrensrechtlichen Leitentscheid BGE 146 III 237 lag ein Rechtsöffnungsverfahren zu Grunde.[254] Für die Beurteilung des Aktenschlusses im Rechtsöffnungsverfahren stützte sich das Bundesgericht einzig auf Art. 229 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO.[255] Die Auswirkungen von Art. 84 Abs. 2 SchKG auf die Anzahl der Schriftenwechsel und den Zeitpunkt des Aktenschlusses, prüfte das Bundesgericht nicht, was gleichzeitig erstaunlich als auch bedauernswert ist.[256] 171

In einem früheren Entscheid verneinte das Bundesgericht die Anwendung von Art. 223 ZPO (versäumte Klageantwort) auf das Rechtsöffnungsverfahren. Es stützte diesen Entscheid auf Art. 84 Abs. 2 SchKG und die gebotene Prozessbeschleunigung im summarischen Verfahren. Die Zeitvorgabe von fünf Tagen gründet, so das Bundesgericht, *«auf der Überlegung, dass es der Schuldner nicht in der Hand haben sollte, durch Unterlassen oder Erheben des Rechtsvorschlages gleichzeitig betreibende Gläubiger zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen»*.[257] Der Zweck des summarischen Rechtsöffnungsverfahrens sei es, diesen Schutz zu gewähren. Die Tatsache, dass es sich in der in Art. 84 Abs. 2 SchKG genannten Zeitvorgabe um eine Ordnungsfrist handle, ändere daran nichts.[258] Im Kern verneinte das Bundesgericht die Anwendung von Art. 223 ZPO folglich, weil das Rechts- 172

252 BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 49; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 49.

253 Obergericht des Kantons Zürich vom 20. März 2020, RT190189, E. 6.5; Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2017, ZR 117/2018, Nr. 13, E. 2; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 4.2; FÜRST, S. 126.

254 BGE 146 III 237 E. 2 und E. 3.3.

255 Vgl. hierzu N 67 ff.

256 Vgl. auch BGer 5A_465/2014 vom 20. August 2014, E. 6.1; Cour de Justice Genève vom 8. März 2013, ACJC/318/2013, E. 3.4; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 23. Mai 2016, KSK 15 79, E. 4b; HUBER-LEHMANN, Urteilbesprechung, S. 277.

257 Botschaft BBl 1888 IV, S. 1145 ff.; BGE 138 III 483 E. 3.2.4; KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 14; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 26; EGLI, Zustellung, S. 483.

258 Botschaft BBl 1888 IV, S. 1146; BGE 138 III 483 E. 3.2.4; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 45.

öffnungsverfahren nach dem Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 SchKG besonders zu beschleunigen sei.[259] Diese Überlegung ist nun auch für die Frage nach dem Zeitpunkt des Aktenschlusses im Rechtsöffnungsverfahren anzustellen: Das Beschleunigungsgebot hat im Rechtsöffnungsverfahren überragende Bedeutung[260], weshalb dem Wortlaut in Art. 84 Abs. 2 SchKG zu folgen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein zweiter Schriftenwechsel im Rechtsöffnungsverfahren nicht vorgesehen. Ein solcher kann auch vom Gericht nicht angeordnet werden, denn nur die Fünftagesfrist ist eine Ordnungsvorschrift, nicht aber die Verfahrensvorschrift des zwingend einfachen Schriftenwechsels.[261] Das Replikrecht ist den Parteien vorbehalten, allerdings dürfen keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, soweit diese nicht als echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren sind.[262]

173 Während HUBER-LEHMANN Art. 84 Abs. 2 SchKG der Norm Art. 253 ZPO als *lex specialis* vorgehen lassen möchte, geht EGLI davon aus, dass Art. 253 ZPO vorgeht, weil es sich bei dieser Norm um die neuere Bestimmung handle *(lex posterior derogat legi priori)*.[263] Diese Frage stellt sich nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht, da zwischen diesen beiden Normen keine Konkurrenz besteht und folglich nicht beurteilt werden muss, welche Norm der anderen vor-

---

259 EGLI, Zustellung, S. 498.

260 BGE 145 III 213 E. 6.1.3 = Pra 108 (2019) Nr. 124; Obergericht des Kantons Zürich vom 13. April 2018, RT180012, E. 6.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2014, RT140129, E. 2.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Mai 2013, RT130076, E. 2c; Obergericht des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2012, RT120122, E. 4.2; FÜRST, S. 121; EGLI, Zustellung, S. 483; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 28.

261 Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/21; Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2017, ZR 117/2018, Nr. 13, E. 4.2; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 2; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 49; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 82 und 84; HUBER-LEHMANN, Urteilsbesprechung, S. 277; DOLGE, S. 204; FÜRST, S. 126; *a.M.* allerdings ohne Art. 84 Abs. 2 SchKG zu berücksichtigen: BGE 145 III 213 E. 6.1.3 = Pra 108 (2019) Nr. 124; BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 3.1 und E. 4; BGer 5A_465/2014 vom 20. August 2014, E. 6.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 10. Juli 2018, RT180027, E. 4.2; SHK LP-ABBET, Art. 84 N 98; SOGO/BAECHLER, S. 319 FN 41, allerdings ohne Begründung.

262 Vgl. hierzu N 302 ff.; KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 17.

263 HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 49; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 74.

geht.[264] Sowohl Art. 253 ZPO als auch Art. 84 Abs. 2 SchKG untersagen die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels.

4.6.1.2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Das Rechtsöffnungsverfahren untersteht grundsätzlich dem Verhandlungsgrundsatz.[265] Umstritten ist allerdings, ob für die Prüfung der Voraussetzungen der Rechtsöffnung ebenfalls die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommt oder ob diesbezüglich nicht der Untersuchungsgrundsatz gilt.[266] Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre verneinen, dass im Rechtsöffnungsverfahren neben den Prozessvoraussetzungen auch die Voraussetzungen der Rechtsöffnung von Amtes wegen zu prüfen sind. Dies mit der Begründung, es handle sich dabei um eine reine Rechtsfrage, für welche der Grundsatz *iura novit curia* gelte (Art. 57 ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz komme deshalb nicht zur Anwendung.[267] 174

Wie hiervor bereits dargelegt[268], hat die (allfällige) Anwendung des (asymmetrischen) Untersuchungsgrundsatzes keinen Einfluss auf den Aktenschluss, sondern auf das Novenrecht.[269] 175

4.6.1.3. Basler Rechtsöffnungspraxis

Nach der *Basler Rechtsöffnungspraxis* hat der Schuldner bei zweiseitigen Verträgen die Einrede der nicht gehörig erbrachten Gegenleistung nur zu behaupten und nicht glaubhaft zu machen.[270] 176

---

264 KRAMER, S. 125 ff.

265 BGE 144 III 552 E. 4.1.3 = Pra 109 (2019) Nr. 69; BGer 5A_740/2018 vom 1. April 2019, E. 6.1.3 nicht publiziert in BGE 145 III 160 = Pra 109 (2020) Nr. 3; Obergericht des Kantons Bern vom 17. Februar 2021, ZK 20 563, E. 4.4.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 12. März 2018, RT170196, E. 3.3.3; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 31; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1; MÜLLER/VOCK, S. 130.

266 HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 32.

267 BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.2.2; BGer 5A_46/2018 vom 4. März 2019, E. 3.1; STÜCHELI, S. 127 f.; SHK LP-ABBET, Art. 84 N 103 und 105; vgl. im Einzelnen HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 34 ff.

268 Vgl. N 146 ff.

269 Vgl. zum Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren, N 305 ff.

270 BGer 5A_1008/2014 vom 1. Juni 2015, E. 3.3; Obergericht des Kantons Bern vom 1. Dezember 2014, ZK 14 468, E. IV/2; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 82 N 20.

177 Fraglich ist, ob die Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis zu einem weiteren Schriftenwechsel und damit zur Verschiebung des Aktenschlusses führt. Diese Frage wird von einem Teil der Lehre bejaht[271] und von einem anderen Teil der Lehre und Rechtsprechung verneint.[272]

178 Die Basler Rechtsöffnungspraxis beruht auf Art. 82 OR. Hiernach kann der Gläubiger den Schuldner erst zur Leistung anhalten, wenn er selbst den Vertrag erfüllt oder die Erfüllung angeboten hat. Solange der Gläubiger nicht erfüllt oder die Erfüllung angeboten hat, darf der Schuldner seine Leistung zurückbehalten, weshalb ein Rechtsöffnungsgesuch des Gläubigers abzuweisen wäre.[273] Macht der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren geltend, der Gläubiger habe nicht gehörig erfüllt, handelt es sich letztlich um eine (materiell-rechtliche) Einrede nach Art. 82 Abs. 2 SchKG mit dem einzigen Unterschied, dass diese Einrede nicht sofort glaubhaft, sondern lediglich behauptet werden muss. Die Basler Rechtsöffnungspraxis wirkt sich daher nur auf das Beweismass aus, das für den Schuldner reduziert wird.[274]

179 Die Basler Rechtsöffnungspraxis vermag den Zeitpunkt des Aktenschlusses nicht zu beeinflussen.[275] Vielmehr ist die Frage, ob der Gläubiger der Einrede des Schuldners mit neuen Tatsachen und Beweismitteln entgegnen darf, nach dem Novenrecht zu beurteilen.[276]

---

271 KAUFMANN, Rechtsöffnung S. 102; BACHOFNER, Rechtsöffnungsverfahren, S. 20 FN 88; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 82 N 29.

272 Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 19. Juni 2002, PKG 2002 S. 165, E. 2, das Gericht bejahte den Anspruch auf das rechtliche Gehör; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Juni 2012, RT110134, E. 3c, in welchem das Gericht die neuen Vorbringen des Gläubigers unter dem Novenrecht als zulässig erachtete; SOGO/BAECHLER, S. 328 f.; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a, anders noch in der Vorauflage: BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl., Art. 84 N 49.

273 Obergericht des Kantons Bern vom 1. Dezember 2014, ZK 14 468, E. IV/2.

274 MÜLLER/VOCK, S. 135; SOGO/BAECHLER, S. 328 f.; KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 19 f.

275 Obergericht des Kantons Bern vom 1. Dezember 2014, ZK 14 468, E. IV/2; SOGO/BAECHLER, S. 328 f.; *a.M.* KAUFMANN, Rechtsöffnung, S. 102, welcher dem Gläubiger gestützt auf die Basler Rechtsöffnungspraxis eine unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit einzuräumen scheint.

276 Vgl. hierzu N 314 ff.; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Juni 2012, RT110134, E. 3c; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25.

4.6.2. Nachträglicher Rechtsvorschlag bei Gläubigerwechsel (Art. 77 SchKG)

Der Entscheid über die Zulassung eines nach einem Gläubigerwechsel erfolgten Rechtsvorschlages erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. b ZPO).[277] 180

Zweck dieses Verfahrens ist die Beurteilung, ob die Begründung des Rechtsvorschlages vom Schuldner glaubhaft gemacht wurde.[278] Aus der Verpflichtung des Gerichtes in Art. 77 Abs. 3 SchKG, wonach es *«nach der Einvernahme der Parteien»* über die Zulassung des Rechtsvorschlages entscheidet, kann nicht geschlossen werden, dass ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt und der Aktenschluss damit verschoben werden.[279] Das Verfahren richtet sich nach Art. 252 ff. ZPO. Nach der hier vertretenen Auffassung weist der Wortlaut von Art. 77 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur darauf hin, dass das Gericht bei der Zulassungsbeurteilung des nachträglichen Rechtsvorschlages einerseits das rechtliche Gehör zu gewähren und andererseits die gerichtliche Fragepflicht auszuüben hat. 181

4.6.3. Konkurseröffnungsverfahren und Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG)

Die Konkurseröffnung erfolgt auf Antrag des Gläubigers unter Vorlegung der Konkursandrohung und des Zahlungsbefehls (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Entscheide des Konkursgerichts fallen im summarischen Verfahren unter Anwendung des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes (Art. 251 lit. a ZPO; Art. 255 lit. a ZPO). Dieser hat keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses.[280] 182

Ist das Konkursbegehren gestellt, so wird den Parteien die gerichtliche Verhandlung angezeigt (Art. 168 SchKG). Zu prüfen ist deshalb, ob der Wortlaut von Art. 168 SchKG einen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses zeitigt. 183

Das Konkurseröffnungsverfahren ist ein neues, eigenständiges Verfahren. Es folgt nicht automatisch aus dem Einleitungsverfahren und auch nicht aus der Konkurs- 184

---

277 KUKO SchKG-MALACRIDA/ROESLER, Art. 77 N 6.

278 BSK SchKG I-BESSENICH/FINK, Art. 77 N 10.

279 BGer 5A_736/2017 vom 8. Juni 2018, E. 3.2.2: Das Bundesgericht beurteilte in einem Verfahren um Zulassung eines nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG) die Frage nach der Anzahl Schriftenwechsel richtigerweise ausschliesslich nach Art. 252 ff. ZPO; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. Juli 2017, ZR 116/2017, Nr. 49, E. 3.2.3.

280 Vgl. N 146 ff.

androhung.[281] Der Konkursantrag des Gläubigers ist die erste Prozesshandlung, die das eigentliche Konkursverfahren einleitet.[282] Darin ist das Gesuch i.S.v. Art. 252 ZPO zu erkennen. Art. 168 SchKG geht Art. 256 Abs. 1 ZPO als *lex specialis* vor, zumal es nicht im Ermessen des Gerichtes liegt, auf eine Verhandlung zu verzichten.[283]

185 Die Anzeige der gerichtlichen Verhandlung stellt keine Vorladung dar, da die Parteien nicht verpflichtet sind, an der Verhandlung teilzunehmen.[284] Damit ist auch gesagt, dass sich der Schuldner zum Antrag des Gläubigers äussern kann, es aber nicht muss. In Abweichung von Art. 253 ZPO erhält der Schuldner nicht die Möglichkeit, sich schriftlich zu äussern. Vielmehr hat er seine Stellungnahme anlässlich der Verhandlung mündlich vorzutragen. Das Konkurseröffnungsverfahren beinhaltet also keine Bestimmung, die den Aktenschluss zeitlich bestimmt. Für die Bestimmung des Zeitpunktes des Aktenschlusses gelten die Normen des summarischen Verfahrens. Deshalb können Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im ersten Parteivortrag des Schuldners unbeschränkt vorgebracht werden. Nach dem Parteivortrag des Schuldners tritt der Aktenschluss ein.[285]

186 Äussert sich der Schuldner unaufgefordert schriftlich, so ist die Eingabe vom Gericht dennoch entgegenzunehmen und zwar unabhängig davon, ob diese vor oder anlässlich des mündlichen Parteivortrages eingereicht wird.[286] Ungeachtet einer solchen unaufgeforderten schriftlichen Eingabe tritt der Aktenschluss erst nach dem mündlichen Parteivortrag ein.[287]

187 Zur Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln im Konkursverfahren vgl. N 318 f.

---

281 BGE 138 III 225 E. 3.2.

282 BSK SchKG II-NORDMANN, Art. 166 N 3.

283 BGer 5A_403/2014 vom 19. August 2014, E. 4.1; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 171 N 3a.

284 BGE 138 III 225 E. 3.4; BLUMENSTEIN, S. 573.

285 N 138 ff.

286 WALTHER, S. 546 f.; *a.M.* BGer 5A_403/2014 vom 19. August 2014, E. 4.2.1.

287 Für das ordentliche Verfahren, vgl. LEUENBERGER, Tatsachen, S. 87 f.; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 13.

4.6.4. Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 181 f. SchKG)

Für die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung i.S.v. Art. 181 f. SchKG ist das summarische Verfahren gestützt auf Art. 251 lit. b ZPO anwendbar. Für die Durchsetzung von Wechsel- und Checkforderungen sieht das Gesetz eine *besonders strenge* und *schnelle Durchsetzung* der Wechselforderung respektive eine *rasche Konkurseröffnung* vor.[288] 188

Im Gegensatz zum Rechtsvorschlag in der Betreibung auf Pfändung, Pfandverwertung oder im Konkurs muss der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung vom Schuldner *begründet* werden (Art. 179 Abs. 1 SchKG).[289] Zudem bedarf der Rechtsvorschlag der Bewilligung des Gerichts, um wirksam zu werden (Art. 182 SchKG). Art. 181 Satz 2 SchKG verpflichtet das Gericht, die Parteien vorzuladen. Anders als gemäss Art. 252 Abs. 1 ZPO und Art. 84 Abs. 2 SchKG *muss* das Gericht in diesem summarischen Verfahren eine Verhandlung durchführen. Die Einholung von schriftlichen Stellungnahmen reicht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht aus.[290] Dies wirft die Frage auf, wann der Aktenschluss in einem solchen Verfahren eintritt. 189

Während die erste Fassung von Art. 181 SchKG noch vorsah, das Gericht entscheide *«mit oder ohne Einvernahme der Parteien»*[291], wurde die heute geltende Bestimmung per 1. Januar 1997 in Kraft gesetzt.[292] Das Bundesgericht hat in einem altrechtlichen Entscheid festgehalten, es gehe darum, den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren und das Gericht zu befähigen, in der Sache auch zu entscheiden, wenn die Parteien trotz erfolgter Vorladung nicht an der Verhandlung 190

---

288 Botschaft BBl 1886 I, S. 8; BSK SchKG II-BAUER, Art. 177 N 6. Die besondere Schnelligkeit des Verfahrens ergibt sich insbesondere durch die verkürzten Fristen in Art. 179 SchKG (Rechtsvorschlag), Art. 20 SchKG (Beschwerde) und die Anforderungen an die Behörden, Entscheide rasch zu erlassen vgl. Art. 178 Abs. 1 SchKG, Art. 180 Abs. 2 SchKG, Art. 181 Abs. 1 SchKG, Art. 184 Abs. 1 SchKG. Schliesslich entfallen bei der Wechselbetreibung die Betreibungsferien (Art. 56 Ziff. 2 SchKG).

289 BSK SchKG II-BAUER, Art. 177 N 10 und Art. 179 N 9.

290 BSK SchKG II-BAUER, Art. 181 N 8; KUKO SchKG-ROTH, Art. 181 N 3; SK SchKG-TALBOT, Art. 181 N 3; SPRECHER, Prozessieren, S. 279.

291 Botschaft BBl 1888 IV, S. 1197 f.

292 Botschaft BBl 1991 III 1, S. 113, ohne Angabe über die Gründe, weshalb die Norm angepasst wurde; BSK SchKG II-BAUER, Art. 181 N 8, der den Grund für die Änderung richtigerweise darin erkennt, dass das mündliche Verfahren aufgrund der notwendigen Schnelligkeit gegenüber dem schriftlichen Verfahren vorgezogen wurde.

anwesend seien.[293] Dieser Auffassung ist beizupflichten. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber in diesem Verfahren den Aktenschluss in die Verhandlung verschieben wollte.

191 Die verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Wechselbetreibung liegen einerseits darin, dass Art. 181 SchKG als *lex specialis* zu Art. 256 ZPO vorgeht und das Gericht mit dem Ziel eines beschleunigten Verfahrensabschlusses eine Verhandlung durchführen muss.[294] Findet eine Verhandlung statt, richtet sich diese (mit der Ausnahme, dass die Verhandlung zwingend ist) nach Art. 256 ZPO. Die Verhandlung dient der Ausübung der richterlichen Fragepflicht – und soweit notwendig – der Abnahme von Beweisen.[295] Andererseits tritt ausnahmsweise nicht der Gläubiger als Gesuchsteller i.S.v. Art. 252 ZPO auf. Vielmehr stellt der Schuldner das Gesuch, es sei der Rechtsvorschlag zu bewilligen, weshalb er Gesuchsteller und der Gläubiger Gesuchsgegner ist.[296] Der Gläubiger wird nun nicht in Anwendung von Art. 253 ZPO zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme aufgefordert. Es erfolgt in Anwendung von Art. 181 SchKG die Vorladung zur Verhandlung. Anlässlich der Verhandlung erhält der Gläubiger Gelegenheit, sich zum Gesuch des Schuldners zu äussern. Der Gläubiger hat insbesondere das Recht, zu den Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln des Schuldners Stellung zu nehmen und durch eigene Beweise zu entkräften.[297] Nach dem mündlichen Parteivortrag des Gläubigers tritt der Aktenschluss ein. Infolgedessen kann sich der Schuldner an der Verhandlung nicht mehr unbeschränkt äussern. Allerdings muss das Gericht aufgrund des beschränkten, asymmetrischen Untersuchungsgrundsatzes neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche die Vorbringen des Schuldners stützen, bis zum Beginn der Urteilsberatung berücksichtigen.[298]

---

293 BGE 27 I 407 E. 3; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 181 N 3; BSK SchKG II-BAUER, Art. 181 N 8; KUKO SchKG-ROTH, Art. 181 N 6.

294 BSK SchKG II-BAUER, Art. 181 N 8; SPRECHER, Prozessieren, S. 279; *a.M.* Obergericht des Kantons Zürich vom 14. August 2017, PS170161, E. 5c; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. Juli 2017, ZR 116/2017, Nr. 49, S. 166, das darauf schliesst, dass die Novenschranke erst in der Hauptverhandlung eintrete, weil das Gericht die Parteien «vorladen» und nicht nur «einvernehmen» müsse.

295 Vgl. N 138.

296 BGE 139 III 498 E. 2.2.1; BSK SchKG II-BAUER, Art. 182 N 1.

297 BGE 113 III 89 E. 4a = Pra 76 (1987) Nr. 156; BSK SchKG II-BAUER, Art. 182 N 3.

298 Vgl. hierzu N 321 ff.

Zur Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln vgl. die Ausführungen in N 321 ff. 192

4.6.5. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 ff. SchKG)

Die Konkurseröffnung i.S.v. Art. 190 ff. SchKG findet im summarischen Verfahren statt und es ist der Untersuchungsgrundsatz zu beachten (Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. Art. 255 lit. a ZPO).[299] Der Schuldner muss vom Gericht «*geladen und einvernommen*» werden (Art. 190 Abs. 2 SchKG), was wiederum die Frage aufwirft, ob für das Verfahren der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung eine verfahrensrechtliche Besonderheit zu berücksichtigen ist. 193

Ob eine Verhandlung durchgeführt werden muss oder das Gericht den Schuldner stattdessen schriftlich einvernehmen kann, ist umstritten.[300] Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Durchführung einer Verhandlung zwingend. Die gegenteiligen Auffassungen beruhen beinahe ausschliesslich auf der Rechtsprechung des Obergerichtes des Kantons Thurgau aus dem Jahre 2001, welche die Frage gestützt auf kantonales Prozessrecht verneinte.[301] Unter Geltung der eidgenössischen ZPO ist die Auffassung nicht mehr mit guten Gründen vertretbar. 194

In Abweichung von Art. 253 ZPO räumt das Gericht dem Schuldner nicht die Möglichkeit ein, vor der Verhandlung schriftlich Stellung zu nehmen, sondern lädt ihn zur Verhandlung vor (Art. 190 Abs. 2 SchKG). Anlässlich der Verhandlung kann der Schuldner seine Stellungnahme mündlich erstatten. Damit tritt der Aktenschluss erst nach seinem mündlichen Parteivortrag ein. Nimmt der Schuldner bereits vor der Verhandlung schriftlich Stellung, hat dies keinen Einfluss auf 195

---

299 BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 25.

300 Für eine zwingende Verhandlung: Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 11. Juni 1986, BJM 1987, S. 98; IQBAL, S. 103; SK SchKG-TALBOT, Art. 190 N 20; SHK ZPO-RUBIN, Art. 253 N 6; LEVANTE, S. 585; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 27 (anders noch in der Vorauflage); verneinend dahingegen Obergericht des Kantons Thurgau vom 13. August 2001, RBOG 2001 Nr. 22, E. 2a; KUKO SchKG-HUBER, Art. 190 N 20; WÜTHRICH/KÜNZLER/FINK, S. 36; FRITSCHI, S. 153; FINK, S. 173; vom Bundesgericht offengelassen in BGer 5P.169/2003 vom 6. Juni 2003, E. 2.3.4.

301 Obergericht des Kantons Thurgau vom 13. August 2001, RBOG 2001 Nr. 22, E. 2a.

den Aktenschluss.[302] Der Schuldner wird diesfalls an der Verhandlung die Möglichkeit erhalten, seine schriftlichen Äusserungen ohne Einschränkung zu ergänzen. Im Weiteren dient die Verhandlung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs beider Parteien und zur Ausübung der Fragepflicht.[303] Art. 190 Abs. 2 SchKG setzt nicht voraus, dass der Schuldner tatsächlich an der Verhandlung teilnimmt, sie räumt ihm nur den Anspruch ein, dass ihm der Verhandlungstermin bekanntgegeben wird, anlässlich dessen er sich zum Konkursbegehren äussern darf.[304]

196 Bei Art. 190 Abs. 2 SchKG handelt es sich daher um eine *lex specialis* zu Art. 252 ZPO und Art. 256 Abs. 1 ZPO, weil das Gericht dem Schuldner keine Möglichkeit gibt, schriftlich Stellung zu nehmen und auf eine Verhandlung nicht verzichtet werden kann.

197 Weil der Untersuchungsgrundsatz anwendbar ist, sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vom Gericht ohne Weiteres auch nach dem Aktenschluss zu berücksichtigen (Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. Art. 255 lit. a ZPO).[305]

4.6.6. Feststellung des neuen Vermögens (Art. 265a SchKG)

198 Der Entscheid über das Vorliegen von neuem Vermögen ergeht im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO).

199 Der Wortlaut von Art. 265a Abs. 1 Satz 2 SchKG verpflichtet das Gericht zwar, die Parteien *anzuhören*. Daraus ist aber keine Verhandlungspflicht abzuleiten, denn die Anhörung kann auch schriftlich erfolgen.[306]

200 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Verfahren um Feststellung von neuem Vermögen – anders als das Rechtsöffnungsverfahren – vom Schuldner durch Erhebung der Einrede des fehlenden neuen Vermögens und nicht vom Gläubiger in Gang gesetzt wird.[307] Gesuchsteller i.S.v. Art. 252 ZPO ist daher der Schuldner, weshalb das Gericht (ausnahmsweise) den Gläubiger aufzufordern hat, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO). Der Aktenschluss tritt nach

---

302 Für das ordentliche Verfahren, vgl. LEUENBERGER, Tatsachen, S. 87 f.; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 13.

303 IQBAL, S. 103.

304 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 11. Juni 1986, BJM 1987, S. 98.

305 Vgl. hierzu N 325 ff.

306 GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, S. 533; ZWAHLEN, S. 1.

307 BGE 139 III 498 E. 2.2.4 und E. 2.3; BSK SchKG II-HUBER/SOGO, Art. 265a N 21.

der Stellungnahme des Gläubigers ein, unabhängig davon, ob diese schriftlich oder anlässlich einer Verhandlung mündlich erfolgt.

4.6.7. Arresteinspracheverfahren (Art. 278 SchKG)

Die Beurteilung des Gesuchs um Arrestbewilligung (Arrestgesuch) und die allenfalls vom Arrestschuldner erfolgende Einsprache wird im summarischen Verfahren vorgenommen (Art. 251 lit. a ZPO).[308] 201

Wird das Arrestgesuch i.S.v. Art. 272 SchKG bewilligt, können der Arrestschuldner oder ein in seinen Rechten betroffener Dritter innert zehn Tagen seit Zustellung der Arresturkunde Einsprache erheben (Art. 278 SchKG). Macht der Arrestschuldner respektive der Dritte von diesem Recht Gebrauch, so gibt das Gericht den Beteiligten «*Gelegenheit zur Stellungnahme*» (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Umstritten ist, ob das Arrestbewilligungsverfahren eine Einheit mit dem Arresteinspracheverfahren bildet und wann in diesem Fall der Aktenschluss eintritt. Für die Beurteilung, zu welchem Zeitpunkt der Aktenschluss eintritt, ist entscheidend, welches im Arrestbewilligungs- respektive Arresteinspracheverfahren die ersten Parteivorträge sind.[309] 202

Die Gerichte der Kantone Zürich und Graubünden sehen das Arresteinspracheverfahren als Teil des Arrestbewilligungsverfahrens. Mit der Einspracheerhebung werde das ursprünglich bloss bedingt erledigte Arrestbewilligungsverfahren wieder aufgenommen, weshalb der Arrestgläubiger auch im Arresteinspracheverfahren in der Gesuchstellerrolle bleibe.[310] Nehme der Gesuchsteller in Anwendung von Art. 278 Abs. 2 SchKG Stellung, so handle es sich dabei bereits um seinen *zweiten Parteivortrag* und nicht um die Gesuchsantwort. Wann der Aktenschluss eintrete, hänge davon ab, ob im zweiten Schriftenwechsel neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zugelassen werden oder nicht. Erhalte der Gesuchsteller die Möglichkeit, sich im zweiten Schriftenwechsel unbeschränkt zu äussern, 203

308 BGer 5A_228/2017 vom 26. Juni 2017, E. 3.1.

309 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.3.

310 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.3; Obergericht des Kantons Zürich vom 18. Juni 2020, ZR 119/2020 Nr. 31, S. 124.

müsse dem Gesuchsgegner diese Gelegenheit ebenfalls eingeräumt werden. Erst danach trete der Aktenschluss ein.[311]

204 Die gegenteilige Auffassung wird vom Kantonsgericht Basel-Landschaft vertreten: Es hänge systemimmanent mit dem Arrestbewilligungsverfahren zusammen, dass der Gesuchsteller (Arrestgläubiger) eine Stellungnahme mehr als der Gesuchsgegner (Arrestschuldner) einreichen könne und zwar unabhängig davon, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordne oder nicht.[312]

205 Die Berner Justiz sprach sich dafür aus, dass der Aktenschluss erst mit dem Beginn der Urteilsberatung eintrete. Nach dieser Ansicht können die Parteien ungeachtet von angeordneten Stellungnahmen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen.[313]

206 Vorab ist die Parteirollenverteilung im Arrestverfahren zu prüfen. Bis zur Gesetzesnovelle von 1991 war es am Schuldner, die *Arrestaufhebungsklage* zu erheben, nachdem der Arrestbefehl vom Gericht erlassen wurde.[314] Infolgedessen wurde dem Schuldner auch im Arresteinspracheverfahren die Rolle des Gesuchstellers zugesprochen.[315] Diese Ansicht wird von der Lehre zu Recht abgelehnt.[316] Letztlich handelt es sich bei der Bewilligung des Arrestgesuchs um eine superprovisorische Massnahme i.S.v. Art. 265 ZPO.[317] Der Arrest stellt ein überfallartiges Sicherungsmittel für den (behaupteten) Anspruch des Gläubigers dar. Es würde dem Zweck dieser Sicherungsmassnahme zuwiderlaufen, wenn der Arrestschuldner vor Beurteilung des Arrestbewilligungsgesuchs angehört werden würde. Deshalb erhält der Arrestschuldner erst nach der Sicherung Gelegenheit, sich zum Arrestbewilligungsgesuch zu äussern.[318] Das Arrestbewilligungsverfahren unter-

311 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.4; Obergericht des Kantons Zürich vom 25. Februar 2021, PS210027, E. 2.2.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 18. Juni 2020, ZR 119/2020 Nr. 31, S. 125, E. 4.7 f.; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 278 N 11.

312 Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 7. Januar 2020, 410 19 259, E. 3.2; PEYER, S. 56 f.

313 Obergericht des Kantons Bern vom 27. März 2019, ZK 18 527, E. 6.4.4. f.

314 Botschaft BBl 1991 III 1, S. 170.

315 SPÜHLER/ANDERES, S. 1415.

316 ARTHO VON GUNTEN, S. 68; SPÜHLER/ANDERES, S. 1416 f.

317 BGE 135 III 232 E. 1.2; BGE 133 III 589 E. 1; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Februar 2015, PS150016, E. 4.2.3; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 278 N 11; WEINGART, N 259.

318 WEINGART, N 259; PEYER, S. 57.

scheidet sich von der superprovisorischen Massnahme einzig dadurch, dass eine Abweisung des Arrestbewilligungsgesuchs das Verfahren abschliesst und nicht zu einer vorsorglichen Massnahmeverhandlung führt.[319]

Die Arresteinsprache des Arrestschuldners stellt kein Rechtsmittel dar, denn sie mündet nicht in ein in sich geschlossenes Verfahren. Vielmehr ist die Arresteinsprache als *Rechtsbehelf* zu qualifizieren, der dem Gericht das Zurückkommen auf den ursprünglichen Arrestbewilligungsentscheid erlaubt.[320] Diese Qualifikation führt unweigerlich dazu, dass der Arrestschuldner *Gesuchsgegner* und der Gläubiger *Gesuchsteller* bleibt.[321] 207

Die Einsprache muss vom Arrestschuldner nicht begründet werden, auch wenn eine Begründung in aller Regel empfehlenswert ist, zumal das Arrestgericht den Arrest doch bereits (provisorisch) bewilligt hat.[322] 208

Nach der hier vertretenen Auffassung stellen das Gesuch um Arrestbewilligung das Gesuch i.S.v. Art. 252 ZPO und die Arresteinsprache die Stellungnahme i.S.v. Art. 253 ZPO dar.[323] Nach Eingang der (begründeten) Einsprache des Arrestgesuchsgegners (Arresteinsprecher) haben sich beide Parteien unbeschränkt äussern können, weshalb damit der Aktenschluss eintritt. Das Gericht stellt die Einsprache dem Arrestgesuchsteller (Arrestgläubiger) zu und gibt ihm Gelegenheit zur Stellungnahme (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Daraus ist aber weder abzuleiten, dass ein zweiter Schriftenwechsel mit unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit vom Ge- 209

---

319 BGE 133 III 589 E. 1; BGer 5A_508/2012 vom 28. August 2012, E. 3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 56.

320 WEINGART, N 436 ff.; PEYER, S. 56.

321 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.3; Obergericht des Kantons Zürich vom 18. Juni 2020, ZR 119/2020 Nr. 31, S. 124 f., E. 4.7 f.; Kassationsgericht des Kantons Zürich vom 7. Mai 2001, ZR 101/2002 Nr. 4, S. 13, E. 4; Kantonsgericht des Kantons Schwyz vom 3. Dezember 2007, EGV-SZ 2007, A 6.6, E. 3; WEINGART, N 437; MEIER-DIETERLE, Arrestrecht, S. 571; CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, Art. 278 N 21; SPÜHLER/ANDERES S. 1415 ff.; FRENKEL, S. 150; *a.M.* Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 7. Januar 2020, 410 19 259, E. 3.2.

322 Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Februar 2015, PS150016, E. 4.2.3; ARTHO VON GUNTEN, S. 35 ff.; MEIER-DIETERLE, Arrestrecht, S. 570; BSK SchKG II-REISER, Art. 278 N 28; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 278 N 11; CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, Art. 278 N 25 ff.

323 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.3; Obergericht des Kantons Zürich vom 18. Juni 2020, ZR 119/2020 Nr. 31, S. 125, E. 4.7 f.

richt angeordnet werden muss, noch, dass ein solche Anordnung zulässig wäre.[324] Die Bestimmung verbietet es dem Gericht, unmittelbar nach Eingang der Einsprache einen Entscheid zu fällen, ohne dem Arrestgläubiger das rechtliche Gehör zu gewähren.[325] Letztlich handelt es sich dabei um die Kodifikation des ohnehin bestehenden Replikrechts des Arrestgesuchstellers.[326]

210 In Anwendung von Art. 256 Abs. 1 ZPO kann das Arrestgericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, was der Regelfall sein wird. Die Parteien haben keinen Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung.[327]

211 Inwieweit neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nach dem Aktenschluss berücksichtigt werden müssen, richtet sich nach dem – im Arrestverfahren ausserordentlich grosszügigen – Novenrecht.[328]

5. Der Aktenschluss im summarischen Rechtsmittelverfahren (zweitinstanzlicher Aktenschluss)

212 Gegen Entscheide, die erstinstanzlich im summarischen Verfahren ergangen sind, kann die Berufung eingelegt werden, soweit der Streitwert mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorbehalten bleiben die Ausnahmen nach Art. 309 ZPO: Gegen Entscheide in *Angelegenheiten des SchKG* und –

---

324 Obergericht des Kantons Zürich vom 25. Februar 2021, PS210027, E. 2.2.1.

325 Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Februar 2015, PS150016, E. 4.2.3; PEYER, S. 59; *a.M.* Obergericht des Kantons Zürich vom 18. Juli 2018, PS170237, E. II, worin richtigerweise festgehalten wird, dass der Aktenschluss nach den ersten Vorträgen eintritt und Noven nur noch zulässig sind, wenn sie die Anforderungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen, dann aber dennoch davon auszugehen scheint, dass in der Stellungnahme des Arrestgläubigers gemäss Art. 278 Abs. 2 SchKG Noven «unbeschränkt» zugelassen werden können; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.4, worin das Gericht die Ansicht vertritt, dass es einen zweiten Schriftenwechsel (mit unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit) anordnen könne.

326 Vgl. hierzu N 346 ff.

327 BGer 5A_228/2017 vom 26. Juni 2017, E. 3.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. Februar 2017, PS160156, E. 3; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 253 N 1 und N 9 f. sowie Art. 256 N 1b; MEIER-DIETERLE, Arrestrecht, S. 571.

328 Vgl. hierzu N 329 ff.

bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten – wenn der Streitwert weniger als CHF 10'000.00 beträgt, steht die Beschwerde als Rechtsmittel zur Verfügung (Art. 319 ff. ZPO).

Hiernach ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwiefern das Summarverfahrensrecht Auswirkungen auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses im Rechtsmittelverfahren zeitigt. 213

5.1. Berufung (Art. 308 ff. ZPO)

Die Rechtsmittelinstanz *kann* eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Sie *kann* auch einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Dessen ungeachtet gilt die Verfahrensart, die in der ersten Instanz zur Anwendung kam, auch für das Rechtsmittelverfahren, soweit das Rechtsmittelrecht keine abweichende Regelung enthält. Das Berufungsverfahren kann daher – je nach erstinstanzlicher Verfahrensart – ordentlich, vereinfacht oder summarisch stattfinden.[329] Fraglich ist, ob das Summarverfahrensrecht der Anwendung von Art. 316 ZPO entgegensteht respektive diese einschränkt. 214

Die herrschende Lehre ist der Ansicht, dass ein zweiter Schriftenwechsel im summarischen Berufungsverfahren nur selten anzuordnen ist. Begründet wird dies mit dem auch im Berufungsverfahren vorherrschenden Beschleunigungsgebot.[330] Das Bundesgericht vertritt eine strengere Haltung. Nach dieser ist die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels im summarischen Berufungsverfahren *praktisch ausgeschlossen* und nur dann angebracht, wenn die Berufungsantwort den *«Gegen-* 215

329 VE ZPO, Art. 286, der im Vernehmlassungsverfahren gestrichen wurde, weil er als selbstverständlich galt; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; DIKE-Komm ZPO-STEININGER, Art. 316 N 1; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 316 N 6 und 10 f.; BK-STERCHI, Art. 316 ZPO N 1.

330 BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 314 N 1 ff. und Art. 316 N 7 mit der Begründung, dass ein zweiter Schriftenwechsel in der ersten Instanz zulässig sei und daher auch im Rechtsmittelverfahren zugelassen werden müsse; DIKE-Komm ZPO-STEININGER, Art. 316 N 2; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, Art. 316 N 2; BSK ZPO- SPÜHLER, Art. 316 N 4; BK-STERCHI, Art. 316 ZPO N 14; CPra CPC-SÖRENSEN, Art. 317 N 9; PC CPC-BASTONS-BULLETTI, Art. 316 N 6.

stand des Streites» derart verändert, dass sich ein zweiter Schriftenwechsel zwingend aufdrängt.[331]

216 Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels auch im summarischen Berufungsverfahren aufgrund des klaren Wortlauts in Art. 316 Abs. 2 ZPO zulässig. Allerdings ist zu beachten, dass sich die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nach Art. 317 ZPO richtet, was bedeutet, dass die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels ausschliesslich zur Gewährung des rechtlichen Gehörs erfolgen kann. Da die Parteien bereits gestützt auf das unbeschränkte Replikrecht unaufgeforderte Stellungnahmen einreichen können, ist die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels (wenn überhaupt) auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen eine oder beide Parteien nicht anwaltlich vertreten sind. Die anwaltlich vertretene Partei wird, wenn nötig, unabhängig von der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels eine Stellungnahme einreichen.[332] Der Aktenschluss tritt im summarischen Berufungsverfahren daher mit der Berufungsantwort ein, wobei der Aktenschluss – anders als im erstinstanzlichen Verfahren – keine Novenschranke fallen lässt, da diese bereits im erstinstanzlichen Verfahren gefallen ist (sog. zweitinstanzlicher Aktenschluss).[333] Insoweit unterscheidet sich der im Rechtsmittelverfahren eintretende Aktenschluss vom Aktenschluss, der in erster Instanz eintritt. In dieser Konstellation bedeutet der Aktenschluss nur, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen ist und das Gericht in die Urteilsberatung eintreten wird.

217 Die Durchführung einer Berufungsverhandlung ist im summarischen Berufungsverfahren selten notwendig.[334] Wird sie ausnahmsweise durchgeführt, dient sie der effizienten Verfahrensleitung, zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht.[335] Der zweitinstanzliche Aktenschluss tritt dessen ungeachtet mit der Berufungsantwort ein.

---

331 BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2.

332 BGE 138 III 252 E. 2.2 = Pra 101 (2012) Nr. 109; BGE 132 I 42 E. 3.3.3; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2.

333 Vgl. hierzu N 12 f.

334 Botschaft BBl 2006, S. 7375; BK-STERCHI, Art. 316 ZPO N 13; CPra CPC-SÖRENSEN, Art. 317 N 7; PC CPC-BASTONS-BULLETTI, Art. 316 N 5; *a.M.* BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 316 N 7.

335 BK-STERCHI, Art. 316 ZPO N 15.

5.2. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO)

Wird gegen einen Entscheid, der im summarischen Verfahren ergangen ist, eine Beschwerde erhoben, so beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz stellt dem Beschwerdegegner die Beschwerde zur schriftlichen Stellungnahme zu, es sei denn, die Beschwerde sei offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann die Vorinstanz um eine Stellungnahme ersuchen und aufgrund der Akten entscheiden (Art. 324 ZPO; Art. 327 Abs. 2 ZPO). Eine Bestimmung, welche es der Rechtsmittelinstanz erlaubt, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, ist im Beschwerdeverfahrensrecht im Gegensatz zum Berufungsverfahrensrecht nicht enthalten. Zu prüfen ist daher die Frage, wann im summarischen Beschwerdeverfahren der Aktenschluss eintritt. 218

Mangels Kompetenznorm liegt es nicht im Ermessen des Gerichts, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. Diese Strenge ist denn auch sachlogisch, ist doch bereits im Berufungsverfahren ein zweiter Schriftenwechsel faktisch ausgeschlossen.[336] Den Parteien steht es im Rahmen des unbeschränkten Replikrechts allerdings zu, unaufgeforderte Stellungnahmen einzureichen.[337] 219

Der Aktenschluss tritt im summarischen Beschwerdeverfahren folglich nach der Beschwerdeantwort ein. Der Aktenschluss hat aber im summarischen Rechtsmittelverfahren – anders als im erstinstanzlichen Verfahren – keine novenrechtliche Wirkung, denn neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen und zwar bereits vor dem zweitinstanzlichen Aktenschluss. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen des Gesetzes (Art. 326 ZPO).[338] 220

---

336 Vgl. hierzu N 214 ff.; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3.2 nicht veröffentlicht in BGE 138 III 620; OLGIATI, S. 230 f.

337 BK-STERCHI, Art. 323 ZPO N 12.

338 Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen zu den Rechtsmittelverfahren im Zusammenhang mit Entscheiden des Konkursgerichts, N 320 und N 326; vgl. zum Rechtsmittelverfahren im Zusammenhang mit Entscheiden des Arrestgerichts, N 331.

6. Zwischenfazit

221 Zur Frage, in welchem Zeitpunkt der Aktenschluss im summarischen Verfahren eintritt, haben sich in der Rechtsprechung zwei Praxen entwickelt: Die *Berner Summarpraxis*[339] und die *Zürcher und St. Galler Summarpraxis.*[340] Die überwiegende Lehre hat sich der Berner Summarpraxis angeschlossen, wonach der Aktenschluss im Summarverfahren zwingend nach dem ersten Schriftenwechsel respektive nach der ersten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit eintritt.[341] Dieser Ansicht ist im Resultat zu folgen, sie ist aber anders zu begründen. Die Lehre geht nämlich implizit davon aus, dass im Summarverfahrensrecht insoweit eine lückenhafte Regelung besteht, als dass die Anzahl der Schriftenwechsel und damit der Zeitpunkt des Aktenschlusses nicht geregelt ist. Nach Auslegung von Art. 252 ff. ZPO ist dahingegen festzuhalten, dass diese Annahme nicht korrekt ist. Der Gesetzgeber ist die Beantwortung der Frage nach dem Aktenschluss im summarischen Verfahren *nicht* schuldig geblieben. Er hat diese stillschweigend beantwortet. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt Art. 252 ff. ZPO daher keinen Raum für die sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO.

222 Das Bundesgericht hat sich der Zürcher und St. Galler Summarpraxis angeschlossen, wonach es im Ermessen des Gerichts liegt, im summarischen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen.[342] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht überzeugend und steht im Widerspruch mit der ZPO.[343]

223 Zusammenfassend ist auf die in N 33 aufgeworfenen Fragen zurückzukommen:

224 *Wann tritt der Aktenschluss im summarischen Verfahren von Gesetzes wegen ein?*

Gestützt auf Art. 252 f. ZPO tritt der Aktenschluss nach der Stellungnahme i.S.v. Art. 254 ZPO ein.

225 *Hat die Verfahrensleitung im summarischen Verfahren die Kompetenz, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen und wenn ja, mit welcher Wirkung auf den Aktenschluss?*

339 Vgl. N 49 ff.
340 Vgl. N 56 ff.
341 Vgl. hierzu N 37 ff.
342 Vgl. N 67 ff.
343 Vgl. N 122 ff.

Nein. Es liegt nicht im Ermessen des Gerichts, im summarischen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. Wird dennoch ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, so können darin neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur unter den Voraussetzungen des Novenrechts vorgebracht werden.

IV. Novenrecht im summarischen Verfahren

1. Terminologien

1.1. Novenrecht

Das Novenrecht beschlägt die Frage, bis zu welchem Verfahrenszeitpunkt die Parteien neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren einbringen können und ob diese neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vom Gericht noch berücksichtigt werden müssen respektive dürfen.[344] 226

Während neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im ersten Teil der Prozessstoffbeschaffungsphase unbeschränkt vorgebracht werden können, ist dies in der zweiten Prozessstoffbeschaffungsphase nur noch beschränkt möglich. Ob und inwieweit neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in dieser beschränkten Prozessstoffbeschaffungsphase vom Gericht berücksichtigt werden müssen, beurteilt sich nach dem Novenrecht. Diese zweite Prozessstoffbeschaffungsphase, welche das Vorbringen von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln beschränkt, beginnt mit dem Aktenschluss und endet mit dem Beginn der Urteilsberatung des Gerichts.[345] Damit stellt das Novenrecht die Ausnahmetatbestände zum Grundsatz auf, dass nach dem Aktenschluss neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unzulässig sind.[346] 227

Das Novenrecht lockert das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung einerseits und der Rechtsicherheit und Prozessbeschleunigung andererseits.[347] Wäre die Erörterung der materiellen Wahrheit das einzige Anliegen des Gerichtsverfahrens, so müssten neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel konsequenterweise während der gesamten Verfahrensdauer unbeschränkt und bedingungslos vorgetragen werden können. Um aber ein faires und vor allem zeiteffizientes Verfahren gewährleisten zu können, müssen die Äusse- 228

---

344 AB 2007 S, S. 528; AB 2008 N, S. 529 f.; RK-N 07, S. 16; RK-S 02, S. 45; MÜLLER/RIZZI, S. 194; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 1; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 10 N 49; WUFFLI/FUHRER, N 891.

345 KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 10b; GASSER/RICKLI, Art. 229 N 6.

346 MORET, Aktenschluss, N 408; DERS., Novenrecht, S. 37 f.; FÜLLEMANN, S. 865.

347 OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 1; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 1–3, 7; OFK ZPO-GEHRI, Art. 317 N 1 f.

rungsmöglichkeiten der Parteien beschränkt werden. Hierzu dient der aus der Eventualmaxime fliessende Aktenschluss. Er beendet das Behauptungsstadium und entzieht den Parteien das Recht, unbeschränkt neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in den Prozess einzuführen. [348]

229 Die strikte Durchsetzung des Aktenschlusses würde aber dazu führen, dass Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel, die entweder nach dem Aktenschluss entstanden sind oder trotz sorgfältiger Prozessführung entschuldbar nicht vorher vorgebracht werden konnten, nicht mehr berücksichtigt würden. Im Falle von entscheidrelevanten Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln könnte dies im Ergebnis zu Urteilen führen, die im Widerspruch zur materiellen Wahrheit stehen.[349] Das Novenrecht entschärft demnach die Folgen des Aktenschlusses, indem neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unter bestimmten Voraussetzungen auch nach dem Behauptungsstadium vorgetragen werden dürfen.

1.2. Noven

230 Die Zivilprozessordnung nennt den Begriff *Noven* ausschliesslich in Art. 229 Abs. 1 lit. a (echte Noven) und lit. b (unechte Noven). Eine Legaldefinition findet sich nicht, was Grund dafür ist, dass der Begriff in Lehre und Rechtsprechung uneinheitlich verwendet wird.[350]

231 Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich dann um ein Novum, wenn eine Tatsachenbehauptung oder ein Beweismittel von einer Partei *nach dem Aktenschluss* in den Prozess eingebracht wird, die oder das vor dem Aktenschluss noch nicht vorgebracht worden war. Negativ formuliert handelt es sich dann nicht um ein Novum, wenn die Tatsachenbehauptung oder das Beweismittel in der unbeschränkten Prozessstoffbeschaffungsphase (i.e. vor dem Aktenschluss) in den Prozess eingeführt wurde.[351]

232 Nach einer weniger differenzierten Lehrmeinung handelt es sich schon dann um ein Novum, wenn eine Tatsachenbehauptung oder ein Beweismittel nach der ers-

---

348 MORET, Aktenschluss, N 393.

349 BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 11; MORET, Aktenschluss, N 394; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 1 f.

350 GENNER, S. 202 f.

351 MORET, Aktenschluss, N 417 ff.; KLINGLER, Eventualmaxime, N 206 f.; SEILER, Berufung ZPO, N 1235; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 12; RECHBERGER, S. 485; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, 2. Aufl., Art. 229 N 7; BRÖNNIMANN, S. 325.

ten Äusserungsmöglichkeit vorgebracht wird.[352] Die Lehrmeinung knüpft die Qualifikation als Novum folglich nicht an den Aktenschluss. Sie geht von dem Grundgedanken aus, dass die Parteien verpflichtet sind, bereits im ersten Schriftenwechsel sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren einzubringen. In aller Regel geht das Schweizerische Zivilprozessrecht aber von einem zweifachen, unbeschränkten Äusserungsrecht aus, weshalb diese Lehrmeinung abzulehnen ist.[353]

Rechtliche Ausführungen sind keine Tatsachenbehauptungen (und erst recht keine Beweismittel). Sie können infolgedessen auch keine Noven sein.[354] Dasselbe gilt für prozessuale Vorbringen, wie beispielsweise Ausführungen zu den (von Amtes wegen zu prüfenden) Prozessvoraussetzungen.[355] 233

1.3. Novenschranke

Der Begriff *Novenschranke* wird im Gesetz nicht verwendet, hat sich aber in Lehre und Rechtsprechung etabliert. Gemäss dem Bundesgericht handelt es sich bei der Novenschranke um eine zeitliche Schranke, die allein wegen des Stands des Verfahrens eintritt. Sie ist Ausfluss des Konzentrationsgrundsatzes, wonach bis zu einem bestimmten Zeitpunkt der Prozessstoff abschliessend in den Prozess eingeführt sein muss.[356] Die Novenschranke beschreibt mit anderen Worten den Zeitpunkt des Übergangs von der unbeschränkten Prozessstoffbeschaffungsphase in die beschränkte Prozessstoffbeschaffungsphase. 234

352 AB 2007 S, S. 528; AB 2008 N, S. 966 f. und 1630; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. Februar 2020, LA190043, E. 3.5; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 7; MILANI, S. 3 N 7; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 3; SCHÄRER, S. 21; FACINCANI/SUTTER/WISSLER, S. 4 N 5 ff.

353 MORET, Aktenschluss, N 416.

354 KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, 2. Aufl., Art. 229 N 7; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 7.

355 BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 7; SEILER, Berufung ZPO, N 1239; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 4; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 12 ff.; SHK ZPO-WIDMER, Art. 229 N 5; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, 2. Aufl., Art. 229 N 7.

356 BGer 4A_24/2020 vom 26. Mai 2020, E. 4.1.4.3.

235 Dies wirft unweigerlich die Frage auf, ob die Begriffe Novenschranke und *Aktenschluss*[357] als *Synonyme* verwendet werden können. In Lehre und Rechtsprechung wird die Frage nicht explizit diskutiert. Die Begriffe werden zumeist als Synonyme verwendet.[358] Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Novenschranke in der Regel eine *Folge* des Aktenschlusses. Die Novenschranke ist stets sachlogisch mit dem Aktenschluss verbunden und bezeichnet den Beginn der beschränkten Prozessstoffbeschaffungsphase, während der Aktenschluss das Ende der unbeschränkten Prozessstoffbeschaffungsphase markiert. Die Unterscheidung zwischen den Begriffen Aktenschluss und Novenrecht ist auch deshalb von Bedeutung, weil es im Rechtsmittelverfahren ebenfalls zum Aktenschluss kommt, der – anders als im erstinstanzlichen Verfahren – keine Beschränkung der Prozessstoffbeschaffungsphase zeitigt.[359] Die Verwendung der Begriffe Aktenschluss und Novenschranke als Synonyme ist daher abzulehnen.

2. Novenrecht im ordentlichen Verfahren

236 In Bezug auf das ordentliche Verfahren hat der Gesetzgeber das Novenrecht in Art. 229 ZPO geregelt.[360] Danach sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig, wenn sie erst nach dem Aktenschluss entstanden sind (sog. echte Noven) oder wenn sie zwar schon vor dem Aktenschluss existierten, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vor dem Aktenschluss vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven).

237 Die Lehre hat sich insbesondere mit der Frage auseinandergesetzt, was unter der *zumutbaren Sorgfalt* zu verstehen ist (sog. Sorgfaltsmassstab).[361] Der Sorgfaltsmassstab ist nach der Lehre zumindest dann nicht erfüllt, wenn es eine Partei ab-

---

357 Vgl. zum Begriff Aktenschluss N 8 ff.

358 Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 24. August 2016, KSK 16 31, E. 5c; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. Juli 2017, ZR 116/2017, Nr. 49, E. 3.2.3; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 2; MORET, Novenrecht, S. 37; GASSER/RICKLI, Art. 229 N 4; OFK ZPO-GEHRI, Art. 317 N 2; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 11; BAERISWYL, S. 514; STEINER, N 538; GROBÉTY, S. 3 N 3; MILANI, S. 4 N 14; BORER, S. 515 N 18.22.

359 Vgl. N 212 ff.

360 Vgl. N 26 f.

361 Der nicht weiter definierte Sorgfaltsmassstab wurde bereits in der Vernehmlassung kritisiert, aber dennoch unverändert in das Gesetz übernommen, vgl. Bericht VE ZPO, S. 141; Vernehmlassungen VE ZPO, S. 564 ff.

sichtlich oder fahrlässig unterlässt, die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel verzugslos vorzubringen.[362] Die Beurteilung des Sorgfaltsmassstabs muss auf objektiven Kriterien erfolgen, wobei die konkreten Verhältnisse wie die Prozesserfahrung und die Rechtskundigkeit in die Beurteilung einfliessen müssen.[363]

3. Anwendung von Art. 229 ZPO im Summarverfahren

Das Summarverfahrensrecht sieht in Art. 252 ff. ZPO keine expliziten Regelungen für das Novenrecht vor. Im Folgenden werden daher folgende Fragen beleuchtet: 238

- Unter welchen Voraussetzungen sind im summarischen Verfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig?
- Bis zu welchem Zeitpunkt können im summarischen Verfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren eingebracht werden?

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen muss geprüft werden, ob Art. 229 ZPO im Hinblick auf das Novenrecht analoge Anwendung auf das summarische Verfahren findet und gegebenenfalls mit welchen Anpassungen. 239

Nachfolgend wird (1) ein Überblick der Lehrmeinungen gegeben, wobei teilweise auf die bereits für den Aktenschluss erfolgte Darstellung verwiesen wird.[364] Sodann wird (2) analysiert, ob sich in Bezug auf die Ausgestaltung des Novenrechts im summarischen Verfahren eine Praxis in der Rechtsprechung entwickelt respektive durchgesetzt hat.[365] Dann wird (3) durch Auslegung eruiert, wie das Novenrecht im summarischen Verfahren ausgestaltet werden muss.[366] Das Kapitel schliesst (4) mit der Beantwortung obiger Fragen.[367] 240

---

362 BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 15; FÜLLEMANN, S. 870; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 12; SEILER, Berufung ZPO, N 1344; SHK ZPO-WIDMER, Art. 229 N 10; BÜHLER, S. 25; REUT, N 139.

363 REUT, N 141; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 4a; KLINGLER, Eventualmaxime, N 434; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 8; MORET, Aktenschluss, N 686; SEILER, Berufung ZPO, N 1344; BÜHLER, S. 26 f.

364 Vgl. N 241 ff.

365 Vgl. N 241 ff.

366 Vgl. N 246 ff.

367 Vgl. N 341 ff.

3.1. Lehre und Rechtsprechung

241 Die Lehre und Rechtsprechung hat sich mit der Frage der Ausgestaltung des Novenrechts im summarischen Verfahren weniger intensiv befasst als mit der Frage des Zeitpunktes des Aktenschlusses. Deshalb werden anders als im vorangegangenen Kapitel Lehre und Rechtsprechung nachfolgend nicht gesondert beleuchtet.[368]

242 Die Lehre und Rechtsprechung vertreten vorherrschend die Ansicht, dass Art. 229 ZPO in Bezug auf das Novenrecht analog auf das summarische Verfahren anwendbar sei. Nach dem Aktenschluss sind nach dieser Ansicht neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllt sind.[369] *Inwiefern* die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllt sein müssen, wird unterschiedlich beantwortet. Diskutiert werden insbesondere die Fragen, (a) innert welcher Frist die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im summarischen Verfahren vorgebracht werden müssen, damit die noveneinbringende Partei nicht in Verzug gerät. Zweitens ist sich die Lehre und Rechtsprechung uneinig in der Frage, wie (b) der Sorgfaltsmassstab von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO auszugestalten ist.

3.1.1. Vorbringen von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln «ohne Verzug»

243 Um mit dem Vorbringen von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln nicht im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO in Verzug zu geraten, verlangt die herrschende Lehre, dass die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dem Gericht innert einer zehntägigen Frist seit Bekanntwerden der vorzubringenden Tatsache eingereicht werden. Eine strengere Handhabung der verzugslosen Eingabe von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln im summarischen Verfah-

368 Vgl. für die Übersicht der Lehre und Rechtsprechung zum Aktenschluss, N 36 ff.

369 KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 33; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 13; FÜLLEMANN, S. 877; MORET, Aktenschluss, N 335 f.; Bericht VE ZPO, S. 125; *a.M.* BOHNET, Procédures spéciales, S. 274; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58, welcher der Ansicht ist, nach dem Aktenschluss gelte ein absolutes Novenverbot, es sei denn, es finde eine Hauptverhandlung statt.

ren wird sowohl von der herrschenden Lehre als auch von der jüngeren Rechtsprechung abgelehnt.[370]

Innerhalb der Minderheitsmeinung, wonach im summarischen Verfahren eine kürzere Frist eingehalten werden müsse, um mit der Eingabe von neuen Tatsachen und Beweismitteln nicht in Verzug zu geraten, ist umstritten, innert welcher Frist die Parteien die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzubringen haben.[371] 244

3.1.2. Sorgfaltsmassstab beim Vorbringen von unechten Noven

Uneinigkeit besteht zudem in Bezug auf den Sorgfaltsmassstab bei der Zulassung von unechten Noven im summarischen Verfahren. Die überwiegende Lehre, welcher sich in der Tendenz auch die Rechtsprechung angeschlossen hat, verlangt die Herabsetzung des Sorgfaltsmassstabes gegenüber dem ordentlichen Verfahren. Dies, weil im summarischen Verfahren nur ein Schriftenwechsel durchgeführt werde und eine Partei die (allenfalls überraschenden) Vorbringen der Gegenpartei nicht erahnen könne. Sie müsse daher in der Replik respektive Duplik mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel auf die Vorbringen reagieren können.[372] Eine Minderheitsmeinung stellt an den Sorgfaltsmassstab strengere Anfor- 245

---

370 Handelsgericht des Kantons Bern vom 28. September 2021, HG 21 77, E. 13.3 ff. (vgl. Entscheidsammlung S. 149 hiernach); Handelsgericht des Kantons Bern vom 17. September 2020, HG 20 32, E. II./2.3; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2017, HE170290, E. 3.3.3; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 14. Februar 2017, HE160516, E. 3.2; St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2014, Nr. 62, S. 228 f.; SOGO/BAECHLER, S. 329; REUT, N 163, der eine kürze Frist nur als zulässig erachtet, wenn unverhältnismässige Verzögerung droht; KAUFMANN, Rechtsöffnung, S. 98; MORET, Aktenschluss, N 727; BACHOFNER, Mieterausweisung, N 507; *a.M.* LÜTHI, S. 82, wonach sich das Handelsgericht des Kantons Bern in HG BE 15 5 für eine strengere Handhabung mit einer kürzeren Frist ausgesprochen hat. Von dieser Rechtsprechung ist das Handelsgericht in HG 20 32 wieder abgewichen; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. Juni 2016, ZR 115/2016, Nr. 35, E. 2.3.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2013, LB120115, E. 2.3.2 (allerdings wurde die Frage in casu offengelassen); KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 253 N 7.

371 KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 33 spricht sich für eine 5-Tagesfrist aus; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 253 N 7, die lediglich eine kürzere Frist als im ordentlichen Verfahren verlangt.

372 Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. 2.3.2; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. 25; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Juli 2014, 410 14 104, E. 2.4; Bezirksgericht Zürich

derungen als im ordentlichen Verfahren. Dies wird mit dem Gebot der Prozessbeschleunigung begründet.[373]

3.2. Auslegung von Art. 229 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 252 f. ZPO

246 Nachfolgend werden Art. 229 ZPO (Neue Tatsachen und Beweismittel) i.V.m. Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 252 f. ZPO (Gesuch und Stellungnahme) nach den gängigen Auslegungsmethoden in Bezug auf die Frage nach der Ausgestaltung des Novenrechts im summarischen Verfahren ausgelegt. Soweit möglich wird auf die bereits in Bezug auf den Aktenschluss erfolgte Auslegung verwiesen.[374]

3.2.1. Grammatikalische Auslegung

247 Die in N 76 dargelegte *Kaskadenordnung* ist auch vorliegend zu berücksichtigen. Art. 219 i.V.m. Art. 229 ZPO darf daher erst analog zur Anwendung kommen, wenn die Regeln über das summarische Verfahren keine Antworten auf die Frage geben, ob und inwieweit im summarischen Verfahren nach dem Aktenschluss neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren eingebracht werden dürfen.[375]

248 Zu prüfen ist daher zuerst, ob (und gegebenenfalls inwiefern) sich das Summarverfahrensrecht in Art. 248 ff. ZPO zum Novenrecht äussert oder auf entsprechende Bestimmungen ausserhalb des Summarverfahrensrechts verweist. In Bezug auf das Novenrecht fällt diese Prüfung allerdings kurz aus, denn die Bestimmungen zum summarischen Verfahren äussern sich nicht – auch nicht ansatzweise – zum Novenrecht.[376] Im Gegensatz zum Zeitpunkt des Aktenschlusses[377]

---

vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 2; LÜTHI, S. 82; REUT, N 311; KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 19; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a; *a.M.* EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 85; FÜRST, S. 127.

373 KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 33.

374 Vgl. N 73 ff.

375 Vgl. N 76; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 219 N 17.

376 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 43; REUT, N 303; KLINGLER, Eventualmaxime, N 541; MORET, Novenrecht, S. 41; FÜLLEMANN, S. 876.

377 Vgl. hierzu N 94 und 139.

liegt in Bezug auf das Novenrecht auch kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor.

In Anwendung von Art. 219 ZPO findet daher Art. 229 ZPO sinngemäss auch für das summarische Verfahren Anwendung.[378] Nach dem Wortlaut von Art. 229 ZPO können *in der Hauptverhandlung* (Abs. 1) respektive *zu Beginn der Hauptverhandlung* (Abs. 2) unter gewissen Voraussetzungen neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel berücksichtigt werden. Für das ordentliche Verfahren ist die Hauptverhandlung damit Dreh- und Angelpunkt, wenn es um die Frage der Zulässigkeit von Noven geht.[379] Im summarischen Verfahren kann das Gericht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO).[380] Wenn aber im summarischen Verfahren eine solche durchgeführt wird, kann gestützt auf Art. 229 ZPO die Ansicht vertreten werden, dass echte und unechte Noven dann berücksichtigt werden müssen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Das *unbeschränkte Vorbringen* von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ist in der Hauptverhandlung in Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO nur möglich, wenn kein zweiter Schriftenwechsel und keine Instruktionsverhandlung stattgefunden haben. Mangels Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels können die Parteien im summarischen Verfahren auch nach dem Wortlaut von Art. 229 Abs. 2 ZPO neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in der Hauptverhandlung nicht mehr unbeschränkt vorbringen.[381] 249

Auf die Frage, wie das Novenrecht ausgestaltet ist, wenn keine Hauptverhandlung durchgeführt wird, bietet der Wortlaut von Art. 229 ZPO keine unmittelbare Antwort. Dieser ist in Anwendung von Art. 219 ZPO dahingehend zu interpretieren, dass er *sinngemäss* im summarischen Verfahren angewendet werden kann. Daraus 250

---

378 BGE 146 III 237 E. 3.1; Darin liegt ein relevanter Unterschied zur Frage des Aktenschlusses und zur Durchführung von Schriftenwechseln im summarischen Verfahren, wo Art. 229 ZPO nicht (auch nicht analog) zur Anwendung kommt, vgl. N 138 ff.

379 Vgl. hierzu bereits N 88 ff.

380 Vgl. N 90; KLINGLER, Eventualmaxime, N 546; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 17; Die Praxis zeigt, dass die Schweizerischen Gerichte relativ grosszügig von diesem Ermessen Gebrauch machen.

381 Die Durchführung einer Instruktionsverhandlung im summarischen Verfahren ist zwar denkbar, aber in der Praxis selten. Wurde der Schriftenwechsel bereits vor Durchführung der Instruktionsverhandlung abgeschlossen, so ist der Aktenschluss eingetreten und das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln ist nur noch im Rahmen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig.

ergeht immerhin, dass der Gesetzgeber dem Sinn und Zweck des Verfahrens, auf das die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens analog angewendet werden sollen, besondere Bedeutung zumisst.[382]

251 Wenig Spielraum für Auslegungen bietet Art. 229 Abs. 3 ZPO. Danach sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dann bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen, wenn der Sachverhalt von dem Gericht von Amtes wegen festzustellen ist. Der Wortlaut spricht in Anwendung von Art. 219 ZPO dafür, dass unter diesen Voraussetzungen neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel auch im summarischen Verfahren bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind.[383]

3.2.2. Systematische Auslegung

252 Der Gesetzgeber hat das Novenrecht für das erstinstanzliche Verfahren ausschliesslich in Art. 229 ZPO normiert. Es gibt keine diesbezüglichen Spezialnormen für das Schlichtungsverfahren, das vereinfachte oder das summarische Verfahren. Für die Rechtsmittel hat der Gesetzgeber Spezialnormen erlassen: Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unter gewissen Voraussetzungen zu berücksichtigen (Art. 317 ZPO), während sie im Beschwerdeverfahren gänzlich ausgeschlossen sind (Art. 326 ZPO). Aus dieser Systematik kann nur (aber immerhin) abgeleitet werden, dass Art. 229 ZPO auch für die novenrechtlichen Beurteilungen im summarischen Verfahren hinzugezogen werden muss.

253 Diese Schlussfolgerung wird auch dadurch gestützt, dass der Gesetzgeber für das summarische Verfahren die zulässigen Beweismittel auf den Urkundenbeweis beschränkt hat (Art. 254 Abs. 1 ZPO).[384] Die im summarischen Verfahren aufgenommene Bestimmung geht der allgemeinen Regelung in Art. 168 ZPO als lex specialis vor. Hätte der Gesetzgeber im summarischen Verfahren nicht nur eine Beweismittelstrenge, sondern auch eine von Art. 229 ZPO fundamental abweichende novenrechtliche Regelung zur Anwendung bringen wollen, wäre dies in Art. 254 ZPO aufgenommen worden.

254 Während für die Beurteilung des Zeitpunktes des Aktenschlusses im summarischen Verfahren Art. 229 ZPO nicht zur Anwendung gelangt[385], spricht die syste-

382 Vgl. bereits N 91.

383 Vgl. hierzu N 286 ff.

384 Botschaft BBl 2006, S. 7350; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 254 N 1.

385 Vgl. N 97 ff.

matische Auslegung in Bezug auf das Novenrecht für die analoge Anwendung von Art. 229 ZPO.

3.2.3. Historische Auslegung

Die Materialien zu Art. 229 ZPO zeigen, dass dessen Abs. 2 eingefügt wurde, um sicherzustellen, dass jede Partei ein zweimaliges, unbeschränktes Äusserungsrecht hat und zwar unabhängig davon, ob diese Äusserungen schriftlich oder mündlich erfolgen.[386] Das Bundesgericht hat zum ordentlichen Verfahren festgehalten, dass nach diesem zweimaligen Äusserungsrecht zwingend der Aktenschluss eintritt und danach das Novenrecht massgebend ist und es nicht im Ermessen des Gerichtes liegt, das zweimalige Äusserungsrecht auszuweiten.[387] Von diesem Umstand kann nach der hier vertretenen Ansicht abgeleitet werden, dass Art. 229 ZPO dem Wesen nach nicht die Hauptverhandlung als Scharnierfunktion für die Novenschranke zugrunde legt, sondern vielmehr der Aktenschluss an sich in den Mittelpunkt von Art. 229 ZPO zu stellen ist. Diese Überlegung ist im Rahmen der teleologischen Auslegung hiernach wieder aufzugreifen.[388] 255

Für das vereinfachte Verfahren war im Entwurf der ZPO eine eigenständige Regelung des Novenrechts vorgesehen (Art. 241 VE-ZPO; Art. 243 Abs. 2 E-ZPO). Demnach sollten neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen unbeschränkt vorgebracht werden können. Diese Erleichterung des Novenrechts wurde beabsichtigt, weil im vereinfachten Verfahren die Mündlichkeit vorherrschend sei und gemäss Art. 238 Abs. 2 VE-ZPO kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen war.[389] Diese novenrechtliche Bestimmung wurde indes wieder aufgegeben und man entschloss sich, das Novenrecht einheitlich im ordentlichen Verfahren zu regeln.[390] Für das summarische Verfahren wurde keine novenrechtliche Spezialbestimmung diskutiert. Die für das vereinfachte Verfahren geführte Diskussion lässt aber ebenfalls darauf schliessen, dass der Gesetzgeber Art. 229 ZPO für die übrigen Verfahrensarten zur Anwendung kommen lassen wollte. 256

386 BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3; LEUENBERGER, Tatsachen, S. 82 ff.

387 BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3.

388 Vgl. N 257 ff.

389 Botschaft BBl 2006, S. 7345; Bericht VE ZPO, S. 119; SUTTER-SOMM, Vorentwurf, S. 194; LEUENBERGER, Vorentwurf, S. 1428 f.

390 RK-S 06, S. 20.

3.2.4. Teleologische Auslegung

257 In Bezug auf die Darlegung des *Sinns und Zwecks* des summarischen Verfahrens wird auf N 113 ff. verwiesen. Auch bei der teleologischen Auslegung von Art. 229 ZPO muss berücksichtigt werden, dass im summarischen Verfahren die Bedeutung der Wahrheitsfindung gegenüber dem vereinfachten und ordentlichen Verfahren zurücktritt. Im summarischen Verfahren darf das Gericht infolge der Beachtung der Verfahrensbeschleunigung einen materiell unrichtigen Entscheid in Kauf nehmen.[391]

258 Das Spannungsverhältnis zwischen dem Beschleunigungsgebot im summarischen Verfahren und dem Gebot der Rechtssicherheit einerseits sowie dem Interesse an der Wahrheitsfindung andererseits, ist hinsichtlich des Novenrechts dasselbe wie hinsichtlich des Zeitpunktes des Aktenschlusses.[392] Die genannten Spannungsverhältnisse können nicht ohne Weiteres entflochten werden, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, welcher dieser Maximen im summarischen Verfahren der Vorrang zukommt und welche in den Hintergrund gerückt werden müssen.

3.2.4.1. Auslegung mit Blick auf die Rechtssicherheit

259 Die Rechtssicherheit verlangt nach klaren Regeln, die von den Gerichten einheitlich angewendet werden.[393] Der Prozessablauf muss geordnet und für die Parteien berechenbar sein.

260 Diese Anforderungen werden in Bezug auf das Novenrecht dann ideal erfüllt, wenn das Novenrecht neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ohne Weiteres zulässt oder vollständig ausschliesst (sog. Novenverbot).[394] Gegen erstere Option (bedingungslose Zulassung von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln) spricht insbesondere der Wortlaut von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind, wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Der Gesetzgeber sieht die Möglichkeit, neue Tatsachenbehauptungen und

391 Vgl. N 113 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 24; MORET, Aktenschluss, N 330.

392 Vgl. dazu N 119 ff.

393 Vgl. N 121; BGE 146 III 55 E. 2.4.2; BPatGer O2017_007 vom 1. November 2019, E. 18; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 29. Dezember 2020, KSK 20 15 / KSK 20 16f, E. 8.2; SPICHTIN, N 118.

394 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58, der sich für ein Novenverbot ausspricht, soweit sich der Gesuchsgegner schriftlich zum Gesuch äussern konnte.

Beweismittel weitgehend bedingungslos vorzubringen m.a.W. nur im Ausnahmefall – unter Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes – vor.

Möchte man das Spannungsverhältnis zwischen dem Beschleunigungsgebot und dem Gebot der Rechtssicherheit einerseits sowie dem Gebot der Wahrheitsfindung andererseits zugunsten der Rechtssicherheit auflösen, muss nach dem Aktenschluss und unter Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes ein Novenverbot eintreten. Bei Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes hat der Gesetzgeber die Bedeutung der Wahrheitsfindung in den Vordergrund gestellt. In diesem Fall wird der Rechtssicherheit hinreichend Rechnung getragen, wenn neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zugelassen werden (Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 255 i.V.m. Art. 219 ZPO). 261

Der Rechtssicherheit schädlich ist das gerichtliche Ermessen bei der Beurteilung, ob echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 ZPO vorliegen.[395] Das Bundesgericht hat erkannt, dass die analoge Anwendung von Art. 229 ZPO für das summarische Verfahren in Bezug auf das Novenrecht wenig Rechtssicherheit bietet.[396] Anstatt die Kriterien von zulässigen (echten und unechten) Noven zu schärfen, hat sich das Bundesgericht aus diesem Grund – nach der hier vertretenen Auffassung zu Unrecht – für die Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels ausgesprochen.[397] 262

3.2.4.2. Auslegung mit Blick auf das Beschleunigungsgebot

Das Beschleunigungsgebot verlangt, dass das Urteil möglichst zeitnah nach Einreichung des Gesuchs erfolgt. Darin liegt der eigentliche Sinn von Art. 229 ZPO: Diese Norm wurde mit dem Ziel in die Zivilprozessordnung aufgenommen, das Verfahren zeitlich zu beschränken und die Prozessverschleppung zu verhindern.[398] Bereits im Rahmen der historischen Auslegung wurde dargelegt, dass Art. 229 ZPO zwar nach dem Wortlaut aber nicht nach dessen Sinn die Hauptverhandlung in den 263

---

395 Vgl. bereits zum Aktenschluss N 121.

396 BGE 146 III 237 E. 3.1: «Die vorliegend getroffene Lösung hat dabei gegenüber derjenigen, im zweiten Schriftenwechsel nur Noven nach Art. 229 Abs. 1 ZPO zuzulassen, sogar den Vorteil, dass Diskussionen über die Zulässigkeit der Noven entfallen.»

397 Vgl. hierzu N 122 ff.

398 Botschaft BBl 2006, S. 7341; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2013, HG110266, E. 2.1.1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 3; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 1; KRAUSKOPF, S. 148; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 92; SEILER, Berufung ZPO, N 1312; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 44; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 2; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 16.

Mittelpunkt der Normierung stellt.[399] Im Kern besagt Art. 229 ZPO, dass die Parteien ein zweimaliges, unbeschränktes Äusserungsrecht haben und zwar unabhängig davon, ob dieses Äusserungsrecht schriftlich oder mündlich anlässlich einer Hauptverhandlung ausgeübt wird.[400] Letztlich fällt die Novenschranke daher – unabhängig davon, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt wird oder nicht – mit dem Aktenschluss.

264 Die teleologische Auslegung von Art. 229 ZPO ergibt für das summarische Verfahren folglich, dass neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die nach dem Aktenschluss entstanden sind, vom Gericht zu berücksichtigen sind (sog. echte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO analog). Gleiches gilt für neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die bereits vor dem Aktenschluss vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).[401]

265 Stellt man das Beschleunigungsgebot in den Vordergrund, ist der Spannungskonflikt zwischen dem Beschleunigungsgebot und dem Gebot der Rechtssicherheit einerseits sowie dem Gebot der Wahrheitsfindung andererseits allerdings ideal aufgelöst, wenn nach dem Aktenschluss ein Novenverbot herrscht.

3.2.4.3. Auslegung mit Blick auf das Interesse an der Wahrheitsfindung

266 Ein strenges Novenrecht und insbesondere ein Novenverbot stehen dem Interesse an der Wahrheitsfindung entgegen.[402] Ein Novenverbot ist unter dem Aspekt der Wahrheitsfindung stossend, weil die Parteien im summarischen Verfahren nur eine unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit haben.[403] Der Gesuchsteller wäre in dieser Konstellation gezwungen, in seinem Gesuch bereits alle möglichen Entgegnungen des Gesuchsgegners abzuhandeln. Auf die Stellungnahme des Gesuchsgegners dürfte er nämlich nur noch im Rahmen des Replikrechts, d.h. ohne Vorbringen von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln reagieren. Der Wahrheitsfindung dienlich ist ein Novenrecht, das neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel grosszügig zulässt und diese vom Gericht berücksichtigt werden müssen.

---

399 Vgl. N 255.

400 Vgl. auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3; LEUENBERGER, Tatsachen, S. 82 ff.

401 Zur im summarischen Verfahren zumutbaren Sorgfalt, vgl. N 272 f.

402 AB 2008 N, 965 und 1629; RK-N 07, S. 16.

403 Vgl. N 138 ff.

Soweit man der Wahrheitsfindung höhere Bedeutung als der Rechtssicherheit respektive dem Beschleunigungsgebot beimisst, ist das Novenrecht derart auszugestalten, dass das Gericht neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt (vgl. bei Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes, Art. 229 Abs. 3 ZPO). 267

3.2.5. Methodenpluralistisches Fazit

Zunächst sind Gesetzesbestimmungen nach ihrem Wortlaut auszulegen. Bei unklarem Wortlaut ist der Sinn und Zweck der Norm methodenpluralistisch zu eruieren.[404] 268

Die *grammatikalische Auslegung* ergibt, dass sich die Bestimmungen zum summarischen Verfahren nicht zur Frage äussern, wie das Novenrecht ausgestaltet ist.[405] Deshalb muss Art. 229 ZPO auch für das summarische Verfahren hinzugezogen werden. Diese Norm ist für das summarische Verfahren allerdings auslegungsbedürftig, weil ihr Wortlaut die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt stellt, welche wiederum im summarischen Verfahren in der Regel nicht stattfindet. Die *systematische Auslegung* bestätigt nur (aber immerhin), dass das Gesetz Art. 229 ZPO auch für das summarische Verfahren zur Anwendung kommen lässt, allerdings nur soweit das Novenrecht – nicht aber den Aktenschluss – betreffend. 269

In Kombination mit dem *historischen* Auslegungselement hat die *teleologische Auslegung* gezeigt, dass Art. 229 Abs. 1 ZPO für das summarische Verfahren so auszulegen ist, dass nicht die Hauptverhandlung, sondern der Aktenschluss an sich im Mittelpunkt des Normgehalts steht. Folglich sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im summarischen Verfahren dann zuzulassen, wenn sie (a) erst nach dem Aktenschluss entstanden sind (sog. echte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO analog) oder (b) zwar vor dem Aktenschluss entstanden sind, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).[406] 270

404 Vgl. N 138.

405 Vgl. N 248.

406 Vgl. auch Handelsgericht des Kantons Bern vom 28. September 2021, HG 21 77, E. 13.2 (vgl. Entscheidsammlung S. 149 hiernach).

271 Zwar kann Art. 229 ZPO auch dahingehend teleologisch ausgelegt werden, dass nach dem Aktenschluss ein Novenverbot eintritt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn man dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Beschleunigungsgebot eine herausragende Stellung einräumen möchte.[407] Allerdings fehlt für ein Novenverbot die rechtliche Grundlage.[408] Hinzu kommt, dass dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Beschleunigungsgebot bereits durch den im summarischen Verfahren früh eintretenden Aktenschluss Rechnung getragen wird.[409] Schliesslich würde ein Novenverbot zu unverhältnismässig umfangreichen Gesuchen führen, was der Gesetzgeber in Bezug auf das ordentliche Verfahren verworfen hat.[410] Nach der hier vertretenen Ansicht ist dem Beschleunigungsgebot insoweit gerecht zu werden, als dass hohe Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab beim Vorbringen von unechten Noven gestellt werden müssen.[411] Die Rechtssicherheit wiederum verlangt nach klarer Umschreibung dieser Anforderungen. Darauf wird im folgenden Kapitel eingegangen.[412]

3.3. Sorgfaltsmassstab beim Vorbringen unechter Noven

272 Die Auslegung von Art. 229 ZPO verlangt, dass das Beschleunigungsgebot auch in Bezug auf das Novenrecht zu berücksichtigen ist, weshalb an den Sorgfaltsmassstab bei der Zulassungsprüfung von unechten Noven höhere Ansprüche zu stellen sind als im ordentlichen Verfahren.[413] Gleichzeitig verlangt das Gebot der

---

407 Vgl. N 259 ff.

408 Regionalgericht Bern-Mittelland vom 14. Juni 2019, CIV 18 7613, E. 4 (vgl. Entscheidsammlung S. 165 hiernach), wonach ein vollständiger Ausschluss von Noven aus rechtsstaatlichen Gründen nicht die Meinung des Gesetzgebers sein könne; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 21.

409 Vgl. N 138 ff.

410 Vernehmlassungen VE ZPO, S. 641 ff.; Botschaft BBl 2006, S. 7340.

411 KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 33.

412 Vgl. N 272 ff.

413 KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 33; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 85; dahingehend auch FÜRST, S. 127; *a.M.* Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. 2.3.2; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. 25; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Juli 2014, 410 14 104, E. 2.4; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 2; REUT, N 311; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 84 N 19; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a.

Rechtssicherheit, dass die Anforderungen an die Sorgfalt klar umschrieben und von den Gerichten einheitlich angewendet werden.[414]

Um sowohl dem Beschleunigungsgebot als auch dem Gebot der Rechtssicherheit gerecht zu werden, muss die Prüfung, ob die noveneinbringende Partei den Sorgfaltsmassstab erfüllt, in zwei Stufen erfolgen. Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob die noveneinbringende Partei die *rechtserzeugenden Tatsachen* vorgebracht und hinreichend substantiiert hat. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die der noveneinbringenden Partei im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs bekannten *rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsachen* (Einwendungen und Einreden) der Gegenpartei bereits im Gesuch substantiiert entkräftet wurden. Hierauf ist nachfolgend einzugehen. 273

3.3.1. Die rechtserzeugenden Tatsachen

Der Gesuchsteller hat dem Gericht die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzulegen, auf die er seine Rechtsbegehren stützt (Art. 252 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 221 ZPO).[415] Die Behauptungs- und Substantiierungslast richtet sich nach der materiell-rechtlich zu beurteilenden Beweislast.[416] Im Gesuch müssen daher primär die *rechtserzeugenden Tatsachen* vorgebracht und substantiiert werden.[417] 274

414 Vgl. N 259 ff.

415 In der Lehre und Rechtsprechung oftmals als *Klagefundament* bezeichnet; BGer 5D_95/2015 vom 22. September 2015, E. 3.2; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 221 N 14 und Art. 252 N 21; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 36; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 221 N 41; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 30; BSK ZPO-MAZAN, Art. 252 N 9 f.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 26 ff.; PC CPC-DELABAYS, Art. 252 N 7; SHK ZPO-RUBIN, Art. 252 N 6; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 252 N 4; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 252 N 6; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 221 N 20 f.; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 84; FÜRST, S. 127; *a.M.* CR CPC-BOHNET, Art. 252 N 7.

416 BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 183; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 221 N 21; WUILLEMIN, N 190; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 15; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 27; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 221 N 14; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1265.

417 Handelsgericht des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2020, HE200291, E. 3.2; hierzu auch SOGO/BAECHLER, S. 325.

Dabei handelt es sich um diejenigen Tatsachen, von deren Existenz die Entstehung des Rechtsanspruchs abhängt.[418]

275 Versäumt es der Gesuchsteller, die rechtserzeugenden Tatsachen in seinem Gesuch zu substantiieren, ist das Gesuch abzuweisen, wenn der Gesuchsgegner diese Tatsachen in seiner Stellungnahme nicht anerkennt.[419] Bestreitet der Gesuchsgegner rechtserzeugende Tatsachen, die vom Gesuchsteller zwar behauptet, aber nicht substantiiert wurden und möchte der Gesuchsteller die Substantiierung nachholen, so sind diesbezügliche neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unzulässig, weil es dem Gesuchsteller zumutbar gewesen wäre, diese Tatsachen und Beweismittel bereits in seinem Gesuch darzulegen (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).

3.3.2. Rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Tatsachen

276 Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Gesuchsteller rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Tatsachen ebenfalls bereits in seinem Gesuch entkräftet hat, soweit ihm diese im Zeitpunkt der Gesucheinreichung bekannt waren.

277 *Rechtsvernichtende Tatsachen* sind solche Tatsachenbehauptungen, die den Rechtsanspruch nachträglich zum Untergang bringen, wie beispielsweise der Untergang infolge Vertragserfüllung.[420] *Rechtshemmende Tatsachen* betreffen Vorbringen, welcher der Durchsetzung des Rechtsanspruchs entgegenstehen. Es handelt sich dabei in aller Regel um Gestaltungsrechte des Anspruchsgegners, wie beispielsweise die Verjährungseinrede.[421] *Rechtshindernde Tatsachen* stehen einem Rechtsanspruch von Anfang an entgegen, beispielsweise die Urteilsunfä-

---

418 LIENHARD, Beweislast, S. 398; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 265; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 851; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 43; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 42; AEPLI, N 20.69; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 8 N 14.

419 Vgl. hierzu N 81; Ist das Gesuch offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, kann das Gesuch ohne Einholung einer Stellungnahme des Gesuchsgegners abgewiesen werden (Art. 253 ZPO).

420 BGer 4A_29/2020 vom 27. August 2020, E. 8.1 f.; LIENHARD, Beweislast, S. 395; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 281; AEPLI, N 20.70; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 49; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 851.

421 BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020, E. 5.2.3; LIENHARD, Beweislast, S. 395; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 283 f.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 56; AEPLI, N 20.70.

higkeit einer Partei.[422] Die rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsachen sind in der Regel vom Anspruchsgegner zu beweisen (Art. 8 ZGB).[423]

Nach der hier vertretenen Auffassung muss der Gesuchsteller in seinem Gesuch nebst den rechtserzeugenden Tatsachen auch die rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsachen entkräften, soweit diese für den Gesuchsteller im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs voraussehbar waren. Die *Voraussehbarkeit* ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Gesuchsgegner diese Tatsachen bereits vorprozessual vorgebracht hatte.[424] Um dem Beschleunigungsgebot hinreichend Rechnung zu tragen, muss das insbesondere auch für Einreden und Gestaltungsrechte des Gesuchsgegners gelten, die dieser (noch) nicht erhoben respektive ausgeübt hat. Hat der Gesuchsgegner beispielsweise gegenüber dem Gesuchsteller vorprozessual die Frage nach der Verjährung aufgeworfen, ohne aber die Verjährungseinrede zu erheben, muss der Gesuchsteller diese rechtshemmende Tatsache bereits im Gesuch entkräften.[425] Versäumt es der Gesuchsteller diese rechtshemmende Tatsache bereits in seinem Gesuch zu entkräften, obwohl es für ihn voraussehbar war, dass der Gesuchsgegner die rechtshemmende Tatsachenbehauptung vorbringen würde und wird diese vom Gesuchsgegner auch tatsächlich vorgebracht, so kann der Gesuchsteller keine dies- 278

---

422 BGE 144 III 264 E. 6.1.2; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 260 und 288; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 8 N 16; zur Abgrenzungsschwierigkeit zwischen den rechtserzeugenden und den rechtshindernden Tatsachen, vgl. insbesondere LIENHARD, Beweislast, S. 396.

423 BGE 141 III 376 E. 3.1; BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020, E. 5.2.3; BGer 4A_490/2019 vom 26. Mai 2020, E. 5.10.1; BGer 5A_323/2019 vom 24. April 2020, E. 3.3; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 256 und 279; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 8 N 3; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 8 N 15; AEPLI, N 20.68; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 49; KUKO ZGB-MARRO, Art. 8 N 12; BRACONI/CARRON/GAURON-CARLIN, S. 18.

424 Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. 2.3.2; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25; Handelsgericht des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2020, HE200291, E. 3.2; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Juli 2014, 410 14 104, E. 2.4; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 2; SOGO/BAECHLER, S. 326; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a; KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 19; *a.M.* EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 84; FÜRST, S. 127.

425 Dieses Vorgehen ist bereits der sorgfältigen Prozessführung geschuldet, zumal es im Einzelfall unklar sein kann, ob der Gesuchsgegner die Verjährungsfrage aufgeworfen oder bereits die Verjährungseinrede erhoben hat; *a.M.* SOGO/BAECHLER, S. 327.

bezüglichen neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mehr vorbringen.[426] Der Gesuchsteller genügt in diesem Fall dem Sorgfaltsmassstab von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog nicht.

279 Die Voraussehbarkeit von rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsachen ist nur dann zu bejahen, wenn sie – würden sie vom Gesuchsgegner vorgebracht – vom Gericht infolge der Begründungsdichte auch als solche behandelt würden. Wird vom Gesuchsgegner beispielsweise vorprozessual vorgebracht, der Anspruch des Gesuchstellers bestehe nicht, weil der Gesuchsteller nicht gutgläubig sei, ist die Voraussehbarkeit dieser (rechtshindernden[427]) Tatsache zu verneinen. Würde der Gesuchsgegner es nämlich in seiner Stellungnahme bei dieser nicht substantiierten Behauptung belassen, würde das Gericht darin mangels Substantiierung keine rechtshindernde Tatsache erkennen. In diesem Fall darf vom Gesuchsteller nicht verlangt werden, sich im Gesuch mit den möglichen Begründungen für die angebliche Bösgläubigkeit auseinanderzusetzen. Wird die angebliche Bösgläubigkeit vom Gesuchsteller vorprozessual begründet oder ist die Begründung für den Gesuchsteller erkennbar, so ist es für ihn voraussehbar, dass der Gesuchsgegner diese rechtshindernde Tatsache in seiner Stellungnahme vorbringen wird.

280 Die rechtshindernde Tatsache würde in diesem Fall infolge der hinreichenden Substantiierung vom Gericht auch als solche behandelt. In diesem Fall muss sich der Gesuchsteller bereits im Gesuch mit dieser voraussehbaren rechtshindernden Tatsachenbehauptung des Gesuchsgegners auseinandersetzen. Gleich verhält es sich, wenn der Gesuchsgegner bereits vorprozessual vorgebracht hatte, ein gegen ihn im Ausland ergangener Entscheid sei in der Schweiz nicht anerkennbar, weil ihm der Entscheid im Ausland nicht so zugestellt worden sei, dass er sich gehörig habe verteidigen können (Art. 34 Ziff. 2 LugÜ; Art. 27 Abs. 1 IPRG). Diese rechtshemmende Tatsachenbehauptung ist hinreichend begründet und muss vom Gesuchsteller in seinem Gesuch entkräftet werden. Anders ist diese Ausgangslage zu beurteilen, wenn der Gesuchsgegner vorprozessual lediglich vorbringt, der ausländ-

---

426 Dahingehend Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. 2.3.2, allerdings wendete das Obergericht einen unterschiedlichen Sorgfaltsmassstab für «klassische Einreden» (Tilgung, Verrechnung, Verjährung) und «Einwendungen der Gegenpartei» an. Diese Unterscheidung trägt dem Gebot der Rechtssicherheit keine Rechnung und ist zu verwerfen.

427 Um eine rechtshindernde Tatsache handelt es sich deshalb, weil der gute Glaube gesetzlich vermutet wird und es am Gesuchsgegner liegt, die Bösgläubigkeit zu beweisen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

dische Entscheid sei im Inland nicht anerkennbar, weil er gegen den materiellen und formellen *ordre public* verstosse. Diese Tatsachenbehauptung ist nicht derart begründet, dass sich ein Gericht damit auseinandersetzen könnte. Die Auseinandersetzung im Gesuch kann vom Gesuchsteller daher nicht verlangt werden.[428] Begründet nun der Gesuchsgegner diese Tatsachenbehauptung, so ist der Gesuchsteller berechtigt, in Bezug auf diese (nunmehr begründete) rechtshemmende Tatsachenbehauptung neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren einzubringen und damit die Tatsachenbehauptung des Gesuchsgegners zu entkräften (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).

Erhebt der Gesuchsgegner in einem Rechtsöffnungsverfahren Einwendungen, die sich nach ausländischem Recht richten, so obliegt der Nachweis des ausländischen Rechts für diese rechtsvernichtende Einwendung dem Betriebenen. Dem Gesuchsteller kann nicht zugemutet werden, dass er *mögliche Einwendungen* des Gesuchsgegners in seinem Gesuch vorwegnimmt.[429] Ist die Einwendung aber nicht nur möglich, sondern voraussehbar, so riskiert der Gesuchsteller der Einwendung nicht entgegnen zu können, weil ihm die Vorwegnahme dieser Einwendung i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog zumutbar gewesen wäre. 281

3.4. Noven infolge Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht

Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel können auch dadurch in das Verfahren Eingang finden, wenn sie infolge der Ausübung der Fragepflicht des Gerichts vorgebracht werden. Es stellt sich die Frage, wie mit diesen neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln im summarischen Verfahren umzugehen ist und ob diese vom Gericht berücksichtigt werden dürfen. 282

Die Fragepflicht hat keinen Einfluss auf den Aktenschluss. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die infolge der *nach* dem Aktenschluss ausgeübten gerichtlichen Fragepflicht vorgebracht werden, sind nur zu berücksichtigen, wenn es sich um echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 ZPO handelt.[430] Das Gericht, das seine Fragepflicht exzessiv ausübt und dadurch dazu beiträgt, dass neue Tat- 283

---

428 Das genannte Beispiel geht zurück auf SOGO/BAECHLER, S. 328 f.

429 BGE 145 III 213 E. 6.1.3 = Pra 108 (2019) Nr. 124.

430 Botschaft BBl 2006, S. 7341; SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO Komm., Art. 56 N 35; KLINGLER, Eventualmaxime, N 641, 646; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 14; BK-HURNI, Art. 56 ZPO N 42 ff.; SOGO/BAECHLER, S. 330; *a.M.* BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a.

sachenbehauptungen und Beweismittel ins Verfahren eingebracht werden, die nicht als echte oder unechte Noven zu qualifizieren sind, darf diese Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bei der Entscheidfindung nicht berücksichtigen.[431] Im ordentlichen Verfahren kann diese Problematik dadurch entschärft werden, dass das Gericht die Fragpflicht vor dem Aktenschluss ausübt.[432]

284 Die gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO findet auch im *summarischen Verfahren* Anwendung.[433] Sie rückt allerdings stark in den Hintergrund, weil der Aktenschluss bereits nach der ersten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit eintritt und die Fragepflicht in der Regel erst danach ausgeübt wird. Die Eventualmaxime darf nicht durch die gerichtliche Fragepflicht umgangen werden.[434] Eine Ergänzung der Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ist im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht nur zulässig, wenn sie sich im Rahmen bereits (implizit oder explizit) vorgebrachter, also mitbehaupteter Tatsachen bewegt.[435] Ebenfalls ist es dem Gericht erlaubt, im Gesuch oder der Stellungnahme erwähnte aber nicht ein-

431 BGer 5A_586/2011 vom 20. Oktober 2011, E. 2.4.2, wonach es nicht dem Gericht obliegt, einer Partei bei der Beweisführung behilflich zu sein; Obergericht des Kantons Zürich vom 11. März 2021, LF200067, E. 4.6.

432 FÜLLEMANN, S. 876; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 229 N 14; MEIER, Zivilprozessrecht, 346; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 56 N 12; REUT, N 189 ff.; SARBACH, Fragepflicht, S. 170; SOGO/BAECHLER, S. 331.

433 BK-HURNI, Art. 56 ZPO N 6; GASSER/RICKLI, Art. 56 N 4; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 1; OFK ZPO-SARBACH, Art. 56 N 10; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N 4; PC CPC-CHABLOZ, Art. 56 N 4.

434 Botschaft BBl 2006, S. 7341; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/25; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Januar 2017, RT160191, E. II/3.2; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 2; SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO Komm., Art. 56 N 36; RÜETSCHI, N 295; vgl. auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3, in dem das Bundesgericht den Prozessablauf als ungeordnet und unberechenbar bezeichnet, wenn die Eventualmaxime ins Ermessen des Gerichts gelegt wird; *a.M.* Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 10. Oktober 2017, 410 17 251, E. 7.2, welches die Fragepflicht mit der Eventualmaxime und dem Novenrecht vermengt; Obergericht des Kantons Zürich vom 6. Januar 2020, PF190060, E. 3; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 56 N 12; SOGO/BAECHLER, S. 331; MORDASINI-ROHNER, S. 45 f. N 116 f., allerdings mit einer unklaren Unterscheidung zwischen der Eventualmaxime und der Fragepflicht; MORET, Novenrecht, S. 46.

435 BK-HURNI, Art. 56 ZPO N 42 ff.; RÜETSCHI, N 295.

gereichte Unterlagen einzufordern, weil diese offensichtlich fehlen. Unzulässig ist jedoch das Erfragen von weiteren Urkunden, die das Begehren stützen könnten.[436]

Zulässig sind selbstverständlich neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche als echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 ZPO zu qualifizieren sind. Insbesondere in Verfahren, bei denen der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, sind die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die erst infolge Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht ins Verfahren eingeführt werden, unbeschränkt zuzulassen.[437] 285

4. Novenrecht in besonderen Summarverfahren

4.1. Bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes

Kommt im summarischen Verfahren ausnahmsweise nicht der Verhandlungs-, sondern der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung, so hat dies keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses.[438] Der Untersuchungsgrundsatz hat nur Einfluss auf das Novenrecht (Art. 229 Abs. 3 ZPO).[439] Zu prüfen ist deshalb, welche Konsequenzen der Untersuchungsgrundsatz im summarischen Verfahren zeitigt und ob Art. 229 Abs. 3 ZPO analog auf das summarische Verfahren angewendet werden kann. 286

Lehre und Rechtsprechung bejahen die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO für das summarische Verfahren und gehen damit davon aus, dass das 287

---

436 Botschaft BBl 2006, S. 7275; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 4. Januar 2021, 410 20 213, E. 3.3 f. (Fragepflicht verletzt); Obergericht des Kantons Zürich vom 11. März 2021, LF200067, E. 4.6; Obergericht des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2011, PS110148, E. 2 (Fragepflicht nicht verletzt); DIKE-Komm ZPO-GLASL, Art. 56 N 34; STÉPHANIE WILDHABER BOHNET, S. 11 N 48.

437 Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 2. Februar 2021, 400 20 270, E. 2.4; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Januar 2017, RT160191, E. II/3.2; BK-HURNI, Art. 56 ZPO N 6; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 272 N 1 ff.; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, ZPO Komm., Art. 272 N 15.

438 Vgl. N 146 ff.

439 Zur Begründung vgl. N 150.

Gericht bei Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigen muss.[440]

288 Im summarischen Verfahren wissen die Parteien allerdings in der Regel nicht, in welchem Zeitpunkt das Gericht in das Stadium der Urteilsberatung eintritt. Findet eine Hauptverhandlung oder ein Beweisverfahren statt, tritt das Gericht wie im ordentlichen Verfahren zwar mit Abschluss der Hauptverhandlung respektive des Beweisverfahrens in die Urteilsberatung.[441] Unklar ist, wann im summarischen Verfahren die Urteilsberatung beginnt, wenn weder eine Hauptverhandlung noch ein Beweisverfahren stattgefunden hat.[442] In keinem Fall kann das Gericht mit der Urteilsberatung beginnen, solange eine Partei noch die Möglichkeit hat, ihr Replikrecht auszuüben.[443] Nach der hier vertretenen Auffassung ebenso wenig korrekt wäre es, die Urteilsberatung dann beginnen zu lassen, wenn die gerichtliche Frist abgelaufen ist, innert welcher das Gericht allfällige Replikeingaben der Parteien abwarten muss.[444] Erstens würde dies dem gesetzgeberischen Willen nicht Rechnung tragen, der den Untersuchungsgrundsatz in denjenigen Angelegenheiten zur Anwendung kommen lässt, wenn er dem Interesse an der Wahrheitsfindung eine

---

440 Obergericht des Kantons Solothurn vom 2. November 2020, ZKBER.2020.45, E. 1.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 6. September 2019, LY190031, E. 3.6.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Januar 2017, RT160191, E. II/3.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 17. September 2013, LE130024, E. II/1.2; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 5, 33; PC CPC-DELABAYS, Art. 252 N 3; CR CPC-BOHNET, Art. 252 N 9; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 22; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 23, 27; CR CPC-TAPPY, Art. 229 N 29; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 23; REUT, N 317; FÜLLEMANN, S. 877; SOGO/BAECHLER, S. 318 FN 8; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58; CHAIX, S. 130 N 39; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36, der neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Entscheideröffnung zulassen möchte.

441 Botschaft BBl 2006, S. 7343; BGE 138 III 788 E. 4.2 = Pra 102 (2013) Nr. 53; BGer 5A_756/2017 vom 6. November 2017, E. 3.3; BGer 5A_445/2014 vom 28. August 2014, E. 2.1; Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 10. Januar 2017, AR GVP 30/2018 Nr. 3732, E. 5.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. Februar 2020, LA190043, E. 3.5; kritisch Obergericht des Kantons Zürich vom 16. Oktober 2015, ZR 114/2015 Nr. 76, E. 2a f.

442 Offen gelassen in Obergericht des Kantons Zürich vom 6. September 2019, LY190031, E. 3.6.1, aber feststellend, dass die Urteilsberatung nicht beginnen könne, solange dem Gesuchsgegner die Frist zur Wahrnehmung des Replikrechts offenstand.

443 Vgl. zum Replikrecht im summarischen Verfahren N 350 f. hiernach; Obergericht des Kantons Zürich vom 6. September 2019, LY190031, E. 3.6.1.

444 Vgl. hierzu N 352 ff.

besonders hohe Bedeutung beimisst.[445] Zweitens muss das Gericht auch Replikeingaben berücksichtigen, die nach der gerichtlichen Wartefrist bei ihm eingehen, soweit das Gericht zu diesem Zeitpunkt noch nicht entschieden hat.[446] Nach der hier vertretenen Ansicht ist deshalb die *tatsächliche Urteilsberatung* massgebend. Mithin also der Zeitpunkt, in welchem das Gericht die Abklärungen zum Sachverhalt und zu den anwendbaren Rechtsnormen getätigt hat, das Verfahren als spruchreif erachtet (Art. 236 Abs. 1 ZPO) und mit der Redaktion der Begründung beginnt.[447]

289 Um Rechtssicherheit zu schaffen, muss das Gericht den Parteien mitteilen, wann es mit der Urteilsberatung beginnt.[448] Infolge des Beschleunigungsgebots im summarischen Verfahren muss die Zeit zwischen Beginn der Urteilsberatung und der Entscheideröffnung vom Gericht möglichst kurz gehalten werden. In Anlehnung an Art. 84 Abs. 2 SchKG und Art. 314 Abs. 1 ZPO sollte die Zeit zwischen dem Beginn der Urteilsberatung und dem Entscheid nach der hier vertretenen Auffassung zehn Tage nicht überschreiten. Solange den Parteien nicht mitgeteilt wurde, dass das Gericht in die Urteilsberatung eingetreten ist, müssen neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO zugelassen und im Entscheid berücksichtigt werden.[449]

4.2. Entscheide mit materieller Rechtskraft

290 Die teilweise in der Rechtsprechung und Lehre vertretene Ansicht, wonach die Parteien in einem summarischen Verfahren, dessen Entscheid materiell rechtskräftig wird, zwei unbeschränkte Äusserungsmöglichkeiten haben, wurde bereits an anderer Stelle diskutiert und verworfen.[450] Die dort angestellten Überlegungen

445 Vgl. hierzu N 266 f.

446 Vgl. hierzu N 354.

447 Dahingehend auch REUT, N 274 ff.; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 10a; BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 29; *a.M.* CHAIX, N 43 ff., der die Urteilsberatung mit der letzten Äusserungsmöglichkeit der Parteien beginnen lässt; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 36 FN 46, der die Novenschranke erst mit Entscheideröffnung fallen lässt; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 14 ohne Begründung; CR CPC-TAPPY, Art. 229 N 14.

448 KLINGLER, Eventualmaxime, S. 207 N 557; PC CPC-HEINZMANN/PASQUIER, Art. 229 N 13; MORET, Aktenschluss, N 290; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 45.

449 MORET, Aktenschluss, N 290 f.

450 Vgl. N 151 ff.

müssen auch in Bezug auf die Frage angestellt werden, ob das Novenrecht bei solchen Verfahren besonders auszugestalten ist. Für eine Abweichung von der hiervor dargelegten Auslegung von Art. 229 ZPO analog fehlt es auch hier an einer gesetzlichen Grundlage. Das Gericht darf sich in diesen Verfahren nicht auf den Urkundenbeweis beschränken und muss eine umfassende Prüfung vornehmen (Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO).[451] Daher rechtfertigt sich in summarischen Verfahren, die in einen Entscheid mit materieller Rechtskraft münden, in Bezug auf das Novenrecht keine Abweichung von der hiervor dargelegten Regelung für die typischen Summarverfahren.[452]

4.3. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO)

291 In Abweichung von typischen Summarverfahren besteht beim Rechtsschutz in klaren Fällen i.S.v. Art. 257 ZPO ein Anspruch der Parteien auf Durchführung einer Hauptverhandlung.[453] Wie bereits in Bezug auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses dargelegt[454], dient die Anwendung von Art. 6 EMRK nur der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Unter gegebenen Voraussetzungen haben die Parteien einen Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung. Sie hat aber keinerlei Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses oder die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln.[455]

---

451 Vgl. N 154; BGE 120 II 352 E. 2; BSK ZPO-MAZAN, Art. 254 N 7a; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 254 N 7; BOHNET, Procédure sommaire, S. 267; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 Rz 45; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 254 N 16; CR CPC-BOHNET, Art. 254 N 7; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 254 N 8; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 254 N 1; BK-GÜNGERICH, Art. 254 ZPO N 6.

452 Vgl. N 274 f.

453 Vgl. N 363 ff.; von der Durchführung der Hauptverhandlung darf abgewichen werden, wenn die Parteien darauf verzichten oder wenn der Antrag einer Partei auf Durchführung einer Hauptverhandlung schikanös ist oder auf eine Verzögerungstaktik schliessen lässt, vgl. hierzu BGer 4A_451/2020 vom 12. November 2020, E. 2.3; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 23. Mai 2018, BS.2018.1, E 3bb; BK-GÜNGERICH, Art. 257 ZPO N 13; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.173.

454 Vgl. hierzu N 156 f.

455 Vgl. hierzu N 363 ff.

Im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel daher nur unter den in N 268 ff. dargelegten Voraussetzungen zulässig. 292

Der Tatsache, dass der Entscheid des Gerichtes, das eine Rechtsschutzangelegenheit in klaren Fällen beurteilt, nach Ausschöpfung der Rechtsmittel in materielle Rechtskraft erwächst, ist durch die erhöhte Beweisstrenge und die Zulässigkeit anderer Beweismittel i.S.v. Art. 254 Abs. 2 ZPO Rechnung zu tragen.[456] 293

4.4. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ZPO)

Die Bestimmungen zum vorsorglichen Massnahmeverfahren enthalten keine spezifischen Vorgaben zum Verfahrensablauf, weshalb die Art. 252 ff. ZPO anwendbar sind.[457] Allerdings regelt Art. 268 Abs. 2 ZPO, dass eine bereits angeordnete Massnahme geändert oder aufgehoben werden kann, wenn sich nach deren Anordnung die Umstände ändern. Diese Bestimmung wirft die Frage auf, ob und inwiefern neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im vorsorglichen Massnahmeverfahren zulässig sind. 294

Vorab ist zu unterscheiden, ob die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln *während dem Massnahmeverfahren* oder nach der Anordnung der Massnahme durch das Gericht in Frage steht. Während dem vorsorglichen Massnahmeverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO analog zulässig.[458] 295

Die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitten *nach Anordnung der vorsorglichen Massnahme* richtet sich nach Art. 268 ZPO, wobei dem Wortlaut der Norm keine eindeutige Regelung zu entnehmen ist. Nach der Bestimmung kann eine vorsorgliche Massnahme geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die *Umstände geändert* haben *oder* sich die vorsorgliche *Massnahme nachträglich als ungerechtfertigt* erweist. Darin ist eine wesentliche Unterscheidung zu erkennen: Die Umstände können sich nur aufgrund von neuen 296

456 Vgl. N 151 ff.; SPICHTIN, N 39.

457 Vgl. zum Aktenschluss im vorsorglichen Massnahmeverfahren, N 158 ff.

458 Vgl. hierzu N 270 f.; Handelsgericht des Kantons Bern vom 28. September 2021, HG 21 77, E. 13.2 (vgl. Entscheidsammlung S. 149 hiernach); Handelsgericht des Kantons Bern vom 17. September 2020, HG 20 32, E. II/2; Regionalgericht Bern-Mittelland vom 9. April 2015, CIV 14 7038, E. 18 (vgl. Entscheidsammlung S. 153 hiernach).

Ereignissen, d.h. neuen Tatsachen, *ändern.* Art. 268 Abs. 1 Teilsatz 1 ZPO kann daher nur dann zur Anwendung kommen, wenn neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorgebracht werden können, die zum Zeitpunkt der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen noch nicht existiert haben. Mithin sind nur *echte Noven* zu berücksichtigen.[459] Diese strenge Voraussetzung findet sich in Art. 268 Abs. 1 Teilsatz 2 ZPO nicht. Die Anordnung einer Massnahme kann sich *nachträglich* durchaus als ungerechtfertigt erweisen, ohne dass auf Tatsachenbehauptungen und Beweismittel abgestellt werden müsste, die erst nach der Anordnung der vorsorglichen Massnahme entstanden sind. Für die Beurteilung, ob sich eine vorsorgliche Massnahme als ungerechtfertigt erwiesen hat, sind daher sowohl echte als auch unechte Noven zu berücksichtigen.[460]

297 Im Rahmen eines *neuen Gesuchs um Erlass von vorsorglichen Massnahmen,* das denselben materiell-rechtlichen Anspruch zwischen denselben Parteien zum Gegenstand hat, sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dann zu berücksichtigen, wenn es sich um echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 ZPO handelt.[461]

298 Ist im Hauptprozess der Untersuchungsgrundsatz anwendbar, so sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren bis zum Beginn der Urteilsberatung zulässig.[462]

---

459 BK-GÜNGERICH, Art. 268 ZPO N 5 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 268 N 17; CR CPC-BOHNET, Art. 268 N 5; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 268 N 2; DIKE-Komm ZPO-ZÜRCHER, Art. 268 N 6; OFK ZPO-ROHNER/WIGET, Art. 268 N 2; MARGHITOLA, S. 424 N 8.122; *a.M.* Handelsgericht des Kantons Zürich, HE180378 vom 13. Dezember 2018, E. 3, allerdings ohne Begründung; HUBER, ZPO Komm., Art. 268 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 43; PC CPC-BOVEY/FAVROD-COUNE, Art. 268 N 3; ALDER, S. 166; Das Bundesgericht hat die Frage nicht explizit beantwortet, scheint aber die Zulassung von echten und unechten Noven zu befürworten. Der Entscheid erging in Zusammenhang mit einer vorsorglichen Massnahme im Scheidungsverfahren, vgl. BGer 5A_842/2015 vom 26. Mai 2016, E. 2.4.2 nicht publiziert in BGE 142 III 518.

460 BK-GÜNGERICH, Art. 268 ZPO N 5 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 268 N 17; PC CPC-BOVEY/FAVROD-COUNE, Art. 268 N 4; CR CPC-BOHNET, Art. 268 N 6; DIKE-Komm ZPO-ZÜRCHER, Art. 268 N 8; OFK ZPO-ROHNER/WIGET, Art. 268 N 2; MARGHITOLA, S. 242 N 8.123; insbesondere kann sich im Hauptprozess erweisen, dass die angeordnete Massnahme ungerechtfertigt erscheint.

461 BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 100 f.; SHK DesG-STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, Art. 38 N 134; LEUCH et al., Komm ZPO BE, Art. 326 N 4d.

462 Vgl. hierzu N 286 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.211.

4.5. Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO) und Partnerschaftsschutzverfahren (Art. 305 f. ZPO)

Im Eheschutz- und Partnerschaftsschutzverfahren muss das Gericht in der Regel eine Hauptverhandlung durchführen (Art. 273 ZPO). Letzteres hat allerdings keinen Einfluss darauf, dass der Aktenschluss mit der Stellungnahme des Gesuchsgegners eintritt.[463] 299

Die Durchführung einer Hauptverhandlung dient hauptsächlich der Einigungsfindung.[464] Zudem dient die Hauptverhandlung der Gewährung des rechtlichen Gehörs ohne jeglichen Einfluss auf die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln.[465] 300

Allerdings muss das Gericht den Sachverhalt im Eheschutz- und Partnerschaftsschutzverfahren ohnehin von Amtes wegen feststellen (Art. 272 i.V.m. Art. 306 ZPO). Es muss daher neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ungeachtet des Aktenschlusses bis zur Urteilsberatung berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO analog).[466] Der Beginn der Urteilsberatung ist den Parteien mitzuteilen.[467] 301

4.6. Verfahren aus dem SchKG

4.6.1. Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG)

4.6.1.1. Art. 80 f. SchKG als lex specialis oder lex priori?

Im Rechtsöffnungsverfahren tritt der Aktenschluss mit der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch ein (Art. 84 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 253 ZPO).[468] 302

Art. 84 SchKG regelt die Frage, inwiefern nach dem Aktenschluss neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig sind, nicht. Solche sind daher auch im Rechtsöffnungsverfahren nur dann zulässig, wenn sie (a) erst nach dem Aktenschluss entstanden sind (sog. echte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO analog) oder 303

---

463 Vgl. zur Begründung N 203 ff.

464 BK-SPYCHER, Art. 273 ZPO N 3.

465 Vgl. N 299 ff.

466 Vgl. hierzu N 286 ff.; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 273 N 4.

467 Vgl. N 286 ff.

468 Vgl. N 167 ff.

(b) zwar vor dem Aktenschluss entstanden sind, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).[469]

304 In Bezug auf den Aktenschluss wurde festgehalten, dass Art. 84 Abs. 2 SchKG weder als *lex specialis* noch als *lex priori* zu Art. 253 ZPO zu qualifizieren ist, weil beide Normen den Aktenschluss nach der ersten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit eintreten lassen.[470] In Bezug auf die im Rechtsöffnungsverfahren zulässigen neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel konkurrenzieren sich die Normen ebenfalls nicht. Art. 84 Abs. 2 SchKG regelt das im Rechtsöffnungsverfahren geltende Novenrecht nicht, weshalb gestützt auf Art. 251 lit. a ZPO die Normen für das typische summarische Verfahren anzuwenden sind. Zu berücksichtigen ist allerdings der (asymmetrische) Untersuchungsgrundsatz, der im Rechtsöffnungsverfahren zur Anwendung kommt.[471]

4.6.1.2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

305 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Verhandlungsgrundsatz im Rechtsöffnungsverfahren vorherrschend.[472] Nach dieser Ansicht sind die Voraussetzungen der Rechtsöffnung gestützt auf den Grundsatz *iura novit curia* von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO), weil es sich um eine Rechtsfrage handelt. Nach anderer Meinung gilt in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Rechtsöffnung der Untersuchungsgrundsatz.[473] Die Beurteilung dieser Frage hat

---

469 Vgl. N 268 ff.; Zum Sorgfaltsmassstab bei unechten Noven vgl. N 272 ff.; BGE 146 III 237 E. 3.1, allerdings ohne Bezug auf Art. 84 Abs. 2 SchKG; Obergericht des Kantons Zürich vom 31. Juli 2019, RT180215, E. 4.4.3; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Juli 2014, 410 14 104, E. 2.4; Obergericht des Kantons Bern vom 21. September 2012, ZK 12 217, E. III/c/25; FÜRST, S. 126; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 45, 50; SHK LP-ABBET, Art. 84 N 98.

470 Vgl. N 173.

471 Vgl. N 305 ff.

472 Vgl. N 174 f.; BGE 144 III 552 E. 4.1.3 = Pra 109 (2019) Nr. 69; BGer 5A_740/2018 vom 1. April 2019, E. 6.1.3 nicht publiziert in BGE 145 III 160 = Pra 109 (2020) Nr. 3; Obergericht des Kantons Bern vom 17. Februar 2021, ZK 20 563, E. 4.4.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 12. März 2018, RT170196, E. 3.3.3; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 31; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1; MÜLLER/VOCK, S. 130.

473 BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 50 ff.; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 15; MÜLLER/VOCK, S. 130 f.; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 32 f.

einen Einfluss auf das Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren. Wenn es sich bei der Prüfung um reine Rechtsfragen handelt, ist das Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren identisch ausgestaltet, wie im typischen summarischen Verfahren.[474] Gilt der Untersuchungsgrundsatz, sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen.[475]

Gestützt auf Art. 255 ZPO findet der Untersuchungsgrundsatz unter anderem bei Angelegenheiten Anwendung, in denen das Konkurs- oder Nachlassgericht zu entscheiden hat (Art. 255 lit. a ZPO). Das Rechtsöffnungsgericht wird nicht genannt.[476] Diese Norm ist allerdings nicht abschliessend.[477] Hiernach ist daher zu prüfen, ob und inwiefern auf das Rechtsöffnungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz anwendbar ist. 306

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre verneinen die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes, weil es sich bei der Beurteilung der Fragen, ob (a) eine gültige Rechtsöffnungsurkunde vorliegt,[478] (b) die drei Identitäten[479] erfüllt sind und (c) die Forderung fällig[480] ist, um Rechtsfragen handle. Diese Auffassung wird von einem Teil der Lehre zu Recht kritisiert. 307

Was das Vorliegen einer *gültigen Rechtsöffnungsurkunde* angeht, so muss das Gericht deren Vorliegen auch dann prüfen, wenn dies vom Gesuchsgegner gar nicht bestritten (oder dieser Umstand gar anerkannt) wird.[481] Dies wiederum ist dem 308

474 Vgl. N 246 ff.

475 Vgl. N 286 ff.

476 BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.2.2.

477 Vgl. N 146 ff.; LORANDI, S. 1384; SCHÖNBÄCHLER, S. 394; DOMENIG/GÜR, S. 174; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 255 N 18; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 255 N 1 und 5; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 255 N 3; BOHNET, Procédure sommaire, S. 288 f.; FUCHS, S. 308; LACHAT, S. 172; HALDY, S. 327–332; TRAUTMANN/VON DER CRONE, S. 470 FN 64.

478 BGE 142 III 720 E. 4.1 = Pra 107 (2018) Nr. 56; BGer 5A_867/2018 vom 4. März 2019, E. 4.1.2; tendenziell für die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes vgl. BGE 103 Ia 47 E. 2e; BGer 5A_746/2015 vom 18. Januar 2016, E. 4.2.

479 BGE 142 III 720 E. 4.1 = Pra 107 (2018) Nr. 56; BGE 140 III 372 E. 3.1; BGE 139 III 444 E. 4.1.1 = Pra 103 (2014) Nr. 17; BGer 5A_46/2018 vom 4. März 2019, E. 3.1; BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.2.4.

480 BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.2.2; BGer 5A_695/2017 vom 18. Juli 2018, E. 3.2.

481 BGE 103 Ia 47 E. 2e; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 2. Juli 2019, 410 19 112, E. 5.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 29. April 2019, RT180203, E. 3.2.4; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Mai 2014, RT140003, E. 2;

Gericht nur möglich, wenn es den Sachverhalt feststellt, der für die darauffolgende rechtliche Qualifikation notwendig ist. Stützt sich das Rechtsöffnungsgesuch, das eine provisorische Rechtsöffnung anstrebt, beispielsweise auf eine E-Mail, die nicht unterzeichnet ist, wird das Gericht zuerst feststellen, dass eine Unterschrift fehlt. Danach wird es diese festgestellte Tatsache subsumieren und zum Schluss gelangen, dass keine gültige Rechtsöffnungsurkunde vorliegt.[482] Entgegen der bundesgerichtlichen Ansicht handelt es sich daher nicht um eine reine Rechtsanwendung. Vielmehr gilt es hier, den Sachverhalt von Amtes wegen – in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes – festzustellen.[483]

309 Die Tatsache, dass diese Konstellation zur Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs führt, zeigt, dass das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels keine Prozessvoraussetzung sein kann.[484] Die (ausschliessliche) Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes wiederum würde es dem Gericht verbieten, die Gültigkeit des Rechtsöffnungstitels zu überprüfen, ohne dass die vom Gesuchsteller vorgebrachten Tatsachenbehauptungen vom Gesuchsgegner bestritten wurden. In Bezug auf die Gültigkeit des Rechtsöffnungstitels greift also der Untersuchungsgrundsatz. Er ist aber insoweit asymmetrisch, als er lediglich den Schuldner entlastet und für den Gläubiger der gewöhnliche Verhandlungsgrundsatz gilt.[485]

310 Gleiches gilt im Hinblick auf die Prüfung der *drei Identitäten*.[486] Das Bundesgericht vertritt auch diesbezüglich die Ansicht, dass es sich bei deren Prüfung um

---

BLUMENSTEIN, S. 284, 302; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 76; STÜCHELI, S. 128; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 50a; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 34; MÜLLER/VOCK, S. 131.

482 EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 76.

483 BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 50a; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 34 f.

484 Würde es sich beim Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels um eine Prozessvoraussetzung handeln, wäre in genannter Konstellation nicht auf das Rechtsöffnungsgesuch einzutreten.

485 Obergericht des Kantons Zürich, ZR 117/2018 Nr. 44 vom 5. Januar 2018, E. 2; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 34 f.; MÜLLER/VOCK, S. 132.

486 (1) Der Betreibende muss identisch sein mit der aus der Rechtsöffnungsurkunde berechtigten Person. (2) Die betriebene Person muss identisch sein mit dem in der Rechtsöffnungsurkunde verpflichteten Schuldner. (3) Die in Betreibung gesetzte Forderung muss identisch sein mit der in der Rechtsöffnungsurkunde bezeichneten Forderung.

reine Rechtsfragen handelt.[487] Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Rechtsöffnungsgesuch aber auch dann abzuweisen, wenn der Schuldner die Identitäten (ganz oder teilweise) nicht bestreitet oder diese gar anerkennt, das Gericht aber zum Schluss gelangt, diese seien nicht erfüllt. Zur Beurteilung der drei Identitäten muss das Gericht daher vorab den Sachverhalt feststellen, der notwendig ist, um das Vorliegen der drei Identitäten zu beurteilen. Dies unabhängig von allfälligen Tatsachenbehauptungen respektive Tatsachenbestreitungen des Schuldners. Weil der Sachverhalt wiederum nur zugunsten des Schuldners festzustellen ist, kommt auch in dieser Konstellation der asymmetrische Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung.[488]

311 In Bezug auf die *Fälligkeit der Forderung* besteht Uneinigkeit zwischen Lehre und Rechtsprechung: Der überwiegende Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die Fälligkeit der Forderung unter Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist.[489] Dahingegen sieht das Bundesgericht den Verhandlungsgrundsatz im Vordergrund. Es verneint, dass die Fälligkeit von Amtes wegen zu prüfen ist und verlangt vom Schuldner die allfällige Bestreitung der Fälligkeit.[490] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Fälligkeit insbesondere dann nicht von Amtes wegen zu prüfen, wenn sie sich aus einer Kündigung ergibt. Wird die Fälligkeit vom Gläubiger schlüssig behauptet und wird sie vom Schuldner nicht bestritten, darf das Gericht von der Fälligkeit der Forderung ausgehen. Eine Prüfung von Amtes wegen kann gemäss dem Bundesgericht nur dann erfolgen, wenn die Behauptung des Gläubigers unschlüssig oder offensichtlich haltlos ist. Dasselbe soll auch gelten, wenn die Behauptung des Gläubigers auf eine offensichtliche Verletzung zwingenden Rechts hinauslaufen

---

487 BGE 142 III 720 E. 4.1 = Pra 107 (2018) Nr. 56; BGE 140 III 372 E. 3.1; BGE 139 III 444 E. 4.1.1 = Pra 103 (2014) Nr. 17; BGer 5A_46/2018 vom 4. März 2019, E. 3.1; BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.2.4.

488 HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 35 f. m.w.H; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 50c.

489 KUKO SchKG-VOCK, Art. 84 N 18; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 15; MÜLLER/VOCK, S. 130 f.; *a.M.* STÜCHELI, S. 127; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 84 N 67; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79.

490 BGE 145 III 213 E. 3.2.2 = Pra 108 (2019) Nr. 124; In diversen Entscheiden betrachtet das Bundesgericht die Fälligkeit allerdings als Wesensmerkmal der Schuldanerkennung, vgl. BGE 145 III 20 E. 4.1.1 = Pra 108 (2019) Nr. 5; BGE 139 III 297 E. 2.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 115; BGE 136 III 624 E. 4.2.2 = Pra 100 (2011) Nr. 54; BGE 130 III 87 E. 3.1 = Pra 93 (2004) Nr. 175; BGE 122 III 125 E. 2.

würde.[491] Diese bundesgerichtliche Differenzierung ist nach der hier vertretenen Auffassung *abzulehnen*. Wenn die Behauptung des Gläubigers unschlüssig ist, muss der Schuldner die Fälligkeit nicht bestreiten, denn er ist nur bestreitungsbelastet, wenn die Fälligkeit schlüssig vorgebracht wurde.[492] In dieser Konstellation muss das Gericht die Fälligkeit nicht von Amtes wegen prüfen, sondern das Gesuch abweisen.[493] Ebenso wenig muss die Fälligkeit von Amtes wegen geprüft werden, wenn die Behauptung des Gläubigers gegen Recht verstösst, zumal es sich dann um eine Rechtsfrage handelt, die gestützt auf Art. 57 ZPO ohnehin vom Gericht geprüft werden muss.[494] Die Differenzierung des Bundesgerichtes ist damit abzulehnen.

312 Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich die Fälligkeit aus dem materiellen Recht, weshalb sie unter die Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes fällt. Zweifelsohne ist die (Nicht-)Fälligkeit einer Forderung im Vollstreckungsverfahren zu prüfen, aber sie ergibt sich aus dem materiellen Recht und zeitigt Reflexwirkung auf das Vollstreckungsverfahren. Die Fälligkeit muss deshalb nicht von Amtes wegen geprüft werden. Der Gläubiger trägt die Beweis- und Behauptungslast für die Fälligkeit der Forderung.[495] Er muss die Fälligkeit im Rechtsöffnungsgesuch behaupten und belegen. Bestreitet der Schuldner die Fälligkeit nicht oder anerkennt er sie, darf das Gericht die Fälligkeit als erstellt erachten.[496]

313 Zusammenfassend findet der asymmetrische Untersuchungsgrundsatz Anwendung auf die Prüfung der *Gültigkeit der Rechtsöffnungsurkunde*[497] und auf die Prüfung der *drei Identitäten*.[498] Der Untersuchungsgrundsatz ist im Rechtsöff-

---

491 BGer 5A_136/2020 vom 2. April 2020, E. 3.4.2; BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.2.2; BGer 5A_695/2017 vom 18. Juli 2018, E. 3.2.

492 Vgl. auch MARKUS/HUBER-LEHMANN, S. 283; HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 38; EGLI, Rechtsöffnungsverfahren, S. 76 f.

493 BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.2.2.

494 HUBER-LEHMANN, Rechtsöffnungsverfahren, S. 38 f. m.w.H.

495 BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.2.2; BGer 5A_898/2017 vom 11. Januar 2018, E. 3.1; BGer 5A_303/2013 vom 24. September 2013, E. 4.1; BGer 5A_32/2011 vom 16. Februar 2012, E. 3 = nicht publizierte Erwägung in BGE 138 III 182; BGer 5A_73/2011 vom 1. November 2011, E. 2.1; BGer 5A_845/2009 vom 16. Februar 2010, E. 7.1.

496 BGer 5A_303/2013 vom 24. September 2013, E. 4.1; BGer 5A_73/2011 vom 1. November 2011, E. 2.1.

497 Vgl. N 308

498 Vgl. N 309

nungsverfahren allerdings nicht nur asymmetrisch, sondern auch beschränkt. Die Parteien bleiben dafür verantwortlich, dass dem Gericht diejenigen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorgelegt werden, die es zur Prüfung der vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen benötigt.[499] Im Rechtsöffnungsverfahren wird das Gericht insbesondere keine eigenen Untersuchungen vornehmen oder fehlende Unterlagen einverlangen.[500] Werden nach dem Aktenschluss[501] neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ins Verfahren eingebracht, sind diese vom Gericht bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen, soweit sie der Beurteilung der Gültigkeit der Rechtsöffnungsurkunde und die Prüfung der Identitäten dienen. Aufgrund der Asymmetrie des Untersuchungsgrundsatzes sind die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel aber jedenfalls nur dann zulässig, wenn sie den Standpunkt des Schuldners stützen. Werden die neuen Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel vom Gläubiger ins Verfahren eingebracht und stützen sie seinen Standpunkt, so sind sie nur dann als zulässig zu erachten, wenn es sich um echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 ZPO analog handelt.[502] Soweit die Beurteilung der *Fälligkeit* in Frage steht, ist nicht der asymmetrische, beschränkte Untersuchungsgrundsatz anwendbar, sondern der Verhandlungsgrundsatz. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind dann unabhängig von welcher Partei oder zu welchen Gunsten sie eingereicht werden, zulässig, soweit es sich um Noven i.S.v. Art. 229 ZPO analog handelt.[503]

4.6.1.3. Basler Rechtsöffnungspraxis

Die Basler Rechtsöffnungspraxis hat keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses.[504] Fraglich ist allerdings, ob die Basler Rechtsöffnungspraxis einen Einfluss auf die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln zeitigt. Dieser Frage ist hiernach nachzugehen. 314

Bei der materiell-rechtlich begründeten Einrede des Schuldners, der Gläubiger habe nicht gehörig erfüllt, handelt es sich um eine Einrede i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG, für welche die Rechtsprechung und Lehre nicht die Glaubhaft- 315

499 Vgl. N 146 ff.; BGE 111 II 281 E. 3; BGer 4A_519/2010 vom 11. November 2010, E. 2.2; SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO Komm., Art. 55 N 76; MÜLLER/VOCK, S. 132.

500 MÜLLER/VOCK, S. 132.

501 Vgl. zum Aktenschluss im Rechtsöffnungsverfahren, N 167 ff.

502 Vgl. hierzu N 268 ff.

503 Vgl. hierzu N 268 ff.

504 Vgl. hierzu N 176 ff.

machung, sondern lediglich die Behauptung verlangt. Die Basler Rechtsöffnungspraxis wirkt sich infolgedessen nur auf das Beweismass, nicht aber auf die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln aus.[505] Insbesondere abzulehnen ist die teilweise in der Lehre vertretene Ansicht, der Gläubiger könne gestützt auf die Basler Rechtsöffnungspraxis erfolgte Vorbringen des Schuldners jedenfalls noch mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln entkräften.[506] Aus der Reduktion des Beweismasses für den Schuldner lässt sich keine novenrechtliche Entlastung für den Gläubiger ableiten. Der Gläubiger hat in seinem Rechtsöffnungsgesuch die Entstehung und Inhalt der Forderung als rechtserzeugende Tatsachen darzulegen.[507] Bei der vom Schuldner erhobenen Einrede der nichtgehörigen Erfüllung handelt es sich um eine rechtsvernichtende Tatsache, die vom Schuldner in Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis nur zu behaupten ist.[508] War die rechtsvernichtende Einrede des Schuldners für den Gläubiger im Zeitpunkt der Einreichung des Rechtsöffnungsgesuchs voraussehbar,[509] muss der Gläubiger diese Einrede bereits im Rechtsöffnungsgesuch aufgreifen und widerlegen.[510] Andernfalls läuft der Gläubiger Gefahr, dass er zur Widerlegung der schuldnerischen Einrede neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorbringen muss, die infolge Verletzung des Sorgfaltsmassstabes i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog vom Gericht nicht berücksichtigt werden.

4.6.2. Nachträglicher Rechtsvorschlag bei Gläubigerwechsel (Art. 77 SchKG)

316 Im Zusammenhang mit dem nachträglichen Rechtsvorschlag bei Gläubigerwechsel (Art. 77 SchKG) ist fraglich, ob die Pflicht des Gerichtes, die Parteien einzuvernehmen (Art. 77 Abs. 3 SchKG), eine verfahrensspezifische Vorschrift enthält, die den Art. 252 ff. ZPO vorgehen. Dies wurde für den Zeitpunkt des Aktenschlus-

505 Vgl. hierzu bereits N 178; SOGO/BAECHLER, S. 328 f.

506 So KAUFMANN, Rechtsöffnung, S. 102; VOCK/MEISTER-MÜLLER, S. 139, allerdings unklar, ob sich die Aussage nicht auf das Replikrecht bezieht.

507 Vgl. N 274 ff.

508 Vgl. N 277 f.; BK-WALTER, Art. 8 N ZGB 542 f.

509 Zum Begriff der Voraussehbarkeit, vgl. N 279 f.

510 Obergericht des Kantons Zürich vom 20. Juni 2012, RT110134, E. 3c; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 19. Juni 2002, PKG 2002 S. 165, E. 2; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 52a; SOGO/BAECHLER, S. 328; unklar, aber wohl befürwortend auch BACHOFNER, Rechtsöffnungsverfahren, S. 20.

ses bereits verneint[511] und ist auch für das Novenrecht zu verneinen. Das Verfahren richtet sich ausschliesslich nach der ZPO, wobei Art. 77 Abs. 3 SchKG das rechtliche Gehör der Parteien gewährleistet.

Die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln richtet sich nach Art. 229 ZPO analog.[512] Die Einvernahme i.S.v. Art. 77 SchKG kann schriftlich oder mündlich erfolgen und dient der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht und der Gewährung des rechtlichen Gehörs. 317

4.6.3. Konkurseröffnungsverfahren und Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG)

Der Wortlaut von Art. 168 SchKG (Konkursverhandlung) geht Art. 256 Abs. 1 ZPO als *lex specialis* vor. Der Aktenschluss tritt anlässlich der zwingend durchzuführenden Hauptverhandlung nach dem mündlichen Parteivortrag des Schuldners ein.[513] 318

Trotz Aktenschluss sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zulässig. Dies folgt aus Art. 255 lit. a ZPO, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, wenn es als Konkursgericht entscheidet.[514] Zudem greift die Beweismittelbeschränkung im vorliegenden Verfahren nicht (Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO).[515] 319

Zu berücksichtigen ist das im *Rechtsmittelverfahren* geltende Novenrecht. Wird der Entscheid des Konkursgerichts angefochten, können die Parteien neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). 320

511 Vgl. hierzu N 180 f.

512 Vgl. N 268 ff.; BGer 5A_736/2017 vom 8. Juni 2018, E. 3.2.2.

513 Vgl. N 182 ff.

514 Vgl. hierzu N 286 ff.

515 BSK ZPO-Mazan, Art. 255 N 5 ff.

4.6.4. Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 181 f. SchKG)

321 Im Verfahren der Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung ist der Schuldner Gesuchsteller. Gestützt auf Art. 179 Abs. 1 SchKG hat der Schuldner den Rechtsvorschlag zu begründen. Der Aktenschluss tritt anlässlich der Verhandlung nach der Äusserungsmöglichkeit des Gläubigers ein.[516]

322 Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Rechtsvorschlag aber auch dann gültig erhoben worden, wenn er keine Begründung beinhaltet (Art. 179 Abs. 2 SchKG).[517] Auch nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung handelt es sich bei der Begründungspflicht nur um eine Ordnungsvorschrift, weshalb der Schuldner anlässlich der Verhandlung eine allfällig fehlende Begründung des Rechtsvorschlages nachreichen oder eine unvollständige Begründung ergänzen und präzisieren kann.[518] Auf den ersten Blick unklar ist, wie diese Norm, die ein unbegründetes Gesuch im summarischen Verfahren zulässt, novenrechtlich einzuordnen ist.

323 Nach der hier vertretenen Auffassung kommt im Verfahren der Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung der asymmetrische, beschränkte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung.[519] Einerseits fordert die Durchsetzung von Wechsel- und Checkforderungen eine schnelle Durchsetzung und eine zügige Konkurseröffnung.[520] Die zügige Durchsetzung dieser Forderungen greift andererseits stark in die persönlichen Verhältnisse des Schuldners ein, denn wird der Rechtsvorschlag nicht bewilligt, kann der Gläubiger unmittelbar das Konkursbegehren stellen (Art. 188 Abs. 1 SchKG). Hinzu kommt, dass ein herkömmliches Rechtsöffnungsverfahren im Rahmen der Wechselbetreibung nicht stattfindet und der Schuldner deshalb nicht vom dort aufgrund des asymmetrischen, beschränkten Untersuchungsgrundsatzes zur Anwendung kommenden Schuldnerschutz profi-

---

516 Vgl. hierzu N 188 ff.

517 Botschaft BBl 1991 III 1, S. 114; BSK SchKG I-BAUER, Art. 179 N 9; KUKO SchKG-ROTH, Art. 179 N 7.

518 Botschaft BBl 1991 III 1, S. 114; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. September 1983, ZR 83/1984 Nr. 47, E. 3.2.3; AMONN/WALTHER, § 37 N 16; SK SchKG-TALBOT, Art. 179 N 3; BSK SchKG I-BAUER, Art. 179 N 9 f.; KUKO SchKG-ROTH, Art. 179 N 7; GILLIÉRON, Poursuite S. 352 N 1479; BLUMENSTEIN, S. 584.

519 *A.M.* KUKO SchKG-ROTH, Art. 179 N 7, der von der Anwendung des Dispositions- und Verhandlungsgrundsatzes auszugehen scheint.

520 Vgl. hierzu N 188 ff.

tieren kann.[521] Diese Ausgangslage kombiniert mit dem klaren Willen des Gesetzgebers, den Schuldner im Rahmen von Art. 179 SchKG nicht auf seine Begründung zu behaften, macht es notwendig, den asymmetrischen, beschränkten Untersuchungsgrundsatz anzuwenden. *Beschränkt* ist der Untersuchungsgrundsatz, weil es dem Schuldner obliegt, dem Gericht die für die Beurteilung notwendigen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzulegen.[522] Das Gericht wird keine eigenen Abklärungen tätigen oder Unterlagen einfordern. Asymmetrisch ist der Untersuchungsgrundsatz, weil er nur den Schuldner entlastet. Für den Gläubiger gilt der Verhandlungsgrundsatz.[523]

Da im Verfahren zur Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung i.S.v. Art. 179 ff. SchKG der beschränkte, asymmetrische Untersuchungsgrundsatz Anwendung findet, sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zuzulassen, soweit sie den Standpunkt des Schuldners stützen. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die vom Gläubiger vorgebracht werden und seinen Standpunkt stützen, sind zulässig, soweit es sich um echte oder unechte Noven i.S.v. Art. 229 ZPO analog handelt.[524] 324

4.6.5. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 ff. SchKG)

Das Konkursgericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen (Art. 255 lit. a ZPO). Bei Anwendung des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel daher bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen.[525] 325

Im Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide von Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreibung stellt sich zudem die Frage, ob und gegebenenfalls welche Noven eingereicht werden dürfen. Bei Konkursbeschwerden ist Art. 174 SchKG einschlägig, welcher eine besondere Novenregelung vorsieht (Art. 236 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 194 SchKG i.V.m. Art. 174 SchKG).[526] Tatsachen und Beweismittel, 326

---

521 Vgl. hierzu N 305 ff.

522 Vgl. hierzu N 313 m.w.H.

523 Vgl. hierzu N 309 m.w.H.

524 Vgl. hierzu N 268 ff.

525 Vgl. hierzu N 286 ff.

526 Art. 174 Abs. 1 Satz 2 regelt die Zulässigkeit von neuen Tatsachen und Beweismittel die bis zum angefochtenen Entscheid entstanden, aber dem Gericht nicht bekannt waren (unechte Noven). Art. 174 Abs. 2 regelt die Zulässigkeit von neuen Tatsachen

die zwar vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind, aber dem Gericht nicht bekannt waren (*unechte Noven*), sind im Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG zulässig und müssen vom Gericht berücksichtigt werden.[527] Uneinig sind sich Lehre und Rechtsprechung allerdings in Bezug auf die Frage, ob neue Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind *(echte Noven)*, im Rechtsmittelverfahren zuzulassen sind. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung stützt sich auf den vorderhand klaren Wortlaut von Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 SchKG, wonach die im Rechtsmittelverfahren zulässigen echten Noven abschliessend geregelt sind. Nach dieser Meinung sind echte Noven nur zulässig, wenn sie die Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) oder den Verzicht der Gläubiger (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) betreffen.[528] Die überwiegende Lehre und Rechtsprechung möchte echte Noven im Beschwerdeverfahren gegen Entscheide, die in Anwendung von Art. 190 SchKG ergingen, unbeschränkt zulassen.[529] Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Art. 174 SchKG wurde vor dem Hintergrund redigiert, dass das Gericht in der Sache bereits definitiv über den Anspruch des Gläubigers entschieden hat. Um unnötige Konkurse zu verhindern, wurde das Novenrecht im Vergleich zu Art. 326 ZPO gelockert. Wenn nun – wie unter Anwendung von Art. 190 SchKG – ein Konkurs droht, ohne dass sich ein Gericht inhaltlich mit dem Bestand der angeblichen Forderung des Gläubigers auseinandersetzen musste, ist die Gefahr eines unnötigen Konkurses erhöht. In teleologischer Ergänzung von Art. 174 SchKG müssen in dieser Konstellation daher auch echte Noven unbeschränkt zugelassen werden.[530]

---

und Beweismitteln, die erst nach dem angefochtenen Entscheid entstanden sind (echte Noven).

527 BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 17 ff.

528 Appellationshof des Kantons Freiburg vom 25. April 2006, FZR 2006 S. 190 ff., E. 3b.

529 Obergericht des Kantons Bern vom 8. Dezember 2020, in: BlSchK 2021, S. 97 E. 11; SK SchKG-TALBOT, Art. 190 N 27, in der Tendenz auch Cour de Justice Genève vom 7. Mai 1997, in: BlSchK 1999, S. 192 ff., S. 193; KUKO SchKG-HUBER, Art. 192 N 33; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 192 N 24d; RUTZ, S. 343 ff.

530 BGE 135 III 31 E. 2; Obergericht des Kantons Bern vom 8. Dezember 2020, in: BlSchK 2021, S. 98; SK SchKG-TALBOT, Art. 190 N 27 f.

4.6.6. Feststellung des neuen Vermögens (Art. 265a SchKG)

Im Verfahren bezüglich der Feststellung des neuen Vermögens tritt der Aktenschluss mit der Stellungnahme des Gläubigers auf das Gesuch des Schuldners ein.[531] 327

Mit dem Aktenschluss fällt die Novenschranke, weshalb danach neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO analog zulässig sind.[532] Auf das Verfahren findet der Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 2 ZPO) Anwendung. Das Gericht muss den Sachverhalt mit anderen Worten nicht von Amtes wegen abklären, weshalb Art. 229 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar ist. 328

4.6.7. Arresteinspracheverfahren (Art. 278 SchKG)

Das Arresteinspracheverfahren stellt eine Einheit mit dem Arrestbewilligungsverfahren dar. Dabei bleibt der Arrestgläubiger Gesuchsteller und der Arrestschuldner Gesuchsgegner, auch wenn die Arresteinsprache vom Gesuchsgegner ausgeht. Der Aktenschluss tritt folglich mit der Arresteinsprache des Gesuchsgegners ein.[533] Wird der Einspracheentscheid von einer Partei vor einer Rechtsmittelinstanz angefochten, so können *vor der Rechtsmittelinstanz* neue Tatsachen geltend gemacht werden (Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Darunter fallen sowohl echte als auch unechte Noven, wobei mit den unechten Noven diejenigen Noven gemeint sind, die bereits vor dem Einspracheentscheid bestanden haben.[534] Nach Ansicht des Bundesgerichtes beabsichtigte der Gesetzgeber die Verstärkung des Rechtsschutzes des Schuldners und es bejahte die analoge Anwendung von Art. 317 ZPO.[535] 329

Fraglich und hiernach zu prüfen ist, inwieweit neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel *vor der ersten Instanz* zulässig sind. Der Wortlaut von Art. 278 330

---

531 Vgl. N 198 ff.

532 Vgl. N 270; Der Schuldner muss im Rechtsvorschlag erklären, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen sei, andernfalls die Einrede verwirkt (Art. 75 Abs. 2 SchKG).

533 Vgl. hierzu N 201 ff.

534 BGE 145 III 324 E. 6.6 und 6.6.2; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, N 1623 f.; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 278 N 25; ARTHO VON GUNTEN, S. 106; *a.M.* BSK SchKG II-REISER, 2. Aufl., Art. 278 N 46; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 278 N 15.

535 BGE 145 III 324 E. 6.6.2.

Abs. 3 SchKG bezieht sich explizit auf die Rechtsmittelinstanz, wovon abgeleitet werden könnte, dass der Gesetzgeber in der ersten Instanz im Umkehrschluss keine neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulassen wollte. Nach der hier vertretenen Auffassung regelt aber Art. 278 Abs. 3 SchKG nicht das Novenrecht des Arresteinspracheverfahrens im Generellen, sondern nur die novenrechtliche Ausnahme im Rechtsmittelverfahren. Das Arreseinspracheverfahren wird in Abs. 1 und Abs. 2 derselben Norm geregelt. Indes lässt sich diesen Bestimmungen keine Vorgabe zum Umgang mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln entnehmen. Wenn im Rechtsmittelverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig sind, müssen dieselben Vorbringen mindestens in gleichem Masse auch im erstinstanzlichen Verfahren zulässig sein.[536] Anders zu entscheiden hätte zur Folge, dass das erstinstanzliche Gericht einen fehlerhaften Entscheid fällen müsste, weil es die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nicht berücksichtigen dürfte und zwar im Wissen darum, dass das oberinstanzliche Gericht die Beschwerde gutheissen würde. Dieser prozessuale Leerlauf liegt weder im Interesse der Parteien noch der Rechtssicherheit.

331 Zusammenfassend sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Arresteinspracheverfahren bis zum Beginn der Urteilsberatung zulässig und zwar unabhängig davon, ob es sich um echte oder unechte Noven handelt.[537]

---

536 Obergericht des Kantons Bern vom 27. März 2019, ZK 18 527, E. 6.4.4; Obergericht des Kantons Zürich vom 16. November 2015, PS150154, E. 2.2.1; CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, Art. 278 N 28; ARTHO VON GUNTEN, S. 104.

537 Vgl. hierzu N 270; BGE 140 III 466 E. 4.2.3 = Pra 104 (2015) Nr. 25; BGer 5A_364/2008 vom 12. August 2008, E. 4.1.1, allerdings noch offengelassen, ob nebst den echten auch unechte Noven zulässig sind; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 7. Januar 2020, 410 19 259, E. 2.1; Obergericht des Kantons Bern vom 27. März 2019, ZK 18 527, E. 6.4.4, fälschlicherweise ausgehend von der analogen Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO; Obergericht des Kantons Bern vom 8. September 2015, ZK 15 324, E. 5.1.4; Obergericht des Kantons Zürich vom 18. Juli 2018, PS170237, Rechtliche Vorbemerkungen; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. März 2018, PS170274, E. 3.4; Obergericht des Kantons Zürich vom 24. Januar 2018, PS170027, E. II; Obergericht des Kantons Zürich vom 4. November 2016, PS160170, E. II/2; Obergericht des Kantons Zürich vom 16. November 2015, PS150154, E. 2.2.1; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 278 N 26; SK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 278 N 35; CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, Art. 278 N 28; AMONN/WALTHER, § 51 N 71; BOLLER, S. 1296 f.; ARTHO VON GUNTEN, S. 104.

5. Das Novenrecht im summarischen Rechtsmittelverfahren

Entscheide, die im summarischen Verfahren ergangen sind, sind in der Regel der Berufung i.S.v. Art. 308 ZPO oder der Beschwerde i.S.v. Art. 319 ZPO zugänglich.[538] Da die in der ersten Instanz geltenden Verfahrensbestimmungen auch für das Rechtsmittelverfahren anwendbar sind, soweit das Rechtsmittelverfahren keine davon abweichenden Bestimmungen enthält, ist fraglich, ob und inwieweit im Rechtsmittelverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig sind.[539] Wie bereits dargelegt, tritt der zweitinstanzliche Aktenschluss mit der Berufungsantwort respektive der Beschwerdeantwort ein.[540] 332

5.1. Berufung (Art. 308 ff. ZPO)

Gestützt auf Art. 317 ZPO sind im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Novenrechtlich setzt das Berufungsverfahren dort ein, wo das erstinstanzliche Verfahren aufgehört hat.[541] Das Rechtsmittelverfahren kennt daher keine eigene Novenschranke. Vielmehrt orientiert sich das Rechtsmittelverfahren an der erstinstanzlich gefallenen Novenschranke, weshalb der zweitinstanzliche Aktenschluss die Zulässigkeit von Noven nicht weiter einschränkt.[542] 333

---

538 Gegen den Entscheid über die Einrede fehlenden neuen Vermögens ist kein Rechtsmittel zulässig, es sei denn, es ist einzig die Verteilung der Kosten und Auslagen strittig (Art. 265a Abs. 1 SchKG).

539 Vgl. zur Geltung der erstinstanzlichen Bestimmungen im Rechtsmittelverfahren bereits N 212; VE ZPO, Art. 286, der im Vernehmlassungsverfahren gestrichen wurde, weil er als selbstverständlich galt; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 109; DIKE-Komm ZPO-STEININGER, Art. 316 N 1; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 316 N 6 und 10 f.; BK-STERCHI, Art. 316 ZPO N 1.

540 Vgl. N 212 f.

541 Botschaft BBl 2006, S. 7375; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 1.

542 Vgl. N 212 f.; OFK ZPO-GEHRI, Art. 317 N 1, allerdings insoweit ungenau, als sie von einer von Beginn des Berufungsverfahrens geltenden Novenschranke ausgeht.

334 Unter diesen Voraussetzungen sind im Berufungsverfahren sowohl echte als auch unechte Noven zulässig.[543] Unechte Noven sind Tatsachen und Behauptungen, die bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind, aber trotz Beachtung der zumutbaren Sorgfalt nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnten.[544] In diesem Fall muss der Berufungsführer in der Berufung und der Berufungsgegner in der Berufungsantwort darlegen, weshalb die neue Tatsachenbehauptung respektive das Beweismittel nicht schon erstinstanzlich hat eingebracht werden können.[545] Im summarischen Verfahren wird die Rechtsmittelinstanz infolgedessen prüfen, ob (a) die neue Tatsachenbehauptung oder das Beweismittel ohne Verzug in das Rechtsmittelverfahren eingeführt wurde, (b) die neue Tatsachenbehauptung oder das Beweismittel erstinstanzlich zulässig gewesen wäre und (c) hinreichend begründet wurde, weshalb die neue Tatsachenbehauptung oder das Beweismittel nicht schon erstinstanzlich vorgebracht wurde. Schliesslich muss das Gericht (d) von der Glaubwürdigkeit dieser Begründung überzeugt sein. Die Hürde für die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ist im summarischen Rechtsmittelverfahren damit hoch angesetzt.

335 Hat der novenwillige Berufungsführer im Zeitpunkt der Eingabe der Berufung bereits Kenntnis von der neuen Tatsache oder dem Beweismittel, muss er dieses mit der Berufung vorbringen, um die Voraussetzung des *verzugslosen Vorbringens* zu erfüllen. Ein späteres Vorbringen des Novums ist verspätet und darf vom Gericht nicht mehr berücksichtigt werden. Möchte der Berufungsgegner Noven vorbringen, muss er dies mit der Berufungsantwort tun.[546] In jedem Fall sind die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel innert zehn Tagen seit die novenwillige Partei von ihr Kenntnis erlangt, in das Verfahren einzubringen.[547]

336 Soweit die Voraussetzungen erfüllt sind, können neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel *bis zum Beginn der Urteilsberatung* der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden. Diese Phase beginnt im summarischen Verfahren mit der

---

543 BGE 143 III 42 E. 4.1; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 5; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, Art. 317 N 3.

544 BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013, E. 3.3.

545 BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 4A_334/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 3.1; BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016, E. 4.1.1.

546 BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016, E. 4.1.2.

547 Vgl. N 243 f.; Dahingehend BGer 5A_807/2012 vom 6. Februar 2013, E. 5.3.2, worin das Bundesgericht die Frage letztlich aber offengelassen hat.

förmlichen Mitteilung durch die Rechtsmittelinstanz, wonach es die Sache für spruchreif erachte und nunmehr zur Urteilsberatung übergehe.[548]

Art. 229 Abs. 3 ZPO ist auf das Rechtsmittelverfahren nicht anwendbar. Dessen Anwendbarkeit endet mit dem Beginn der erstinstanzlichen Urteilsberatung. Der Untersuchungsgrundsatz hat zwar auch im Rechtsmittelverfahren einen Einfluss, zumal das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erheben muss und Beweisvorkehren anordnet. Er lässt aber das unbeschränkte Vorbringen von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel – anders als während dem erstinstanzlichen Verfahren – nicht zu.[549] Dies rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil die Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Rechtsmittelverfahren dazu führen würde, dass die nachlässige Partei, welche die Tatsachenbehauptung oder das Beweismittel erstinstanzlich nicht oder zu spät ins Verfahren eingebracht hat, ihre Nachlässigkeit über ein Berufungsverfahren korrigieren könnte.[550] Zudem würde die Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO dem im summarischen Verfahren vorherrschenden Beschleunigungsgebot widersprechen.[551] 337

Einzig in denjenigen Verfahren, in denen der *uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz* gilt, muss von der strikten Anwendung von Art. 317 ZPO abgesehen werden, weshalb die Parteien in diesen Fällen im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zum Beginn der Urteilsberatung vorbringen können, auch wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 317 ZPO nicht erfüllt sind.[552] 338

---

548 BGE 142 III 413 E. 2.2.6; BGer 5A_701/2016 vom 6. April 2017, E. 6.4; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 23 und 46; SEILER, Berufung Diss, N 1305 ff.

549 BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 102 (2013) Nr. 26; CR CPC-TAPPY, Art. 229 N 31; HOHL, N 2410; OFK ZPO-GEHRI, Art. 317 N 3; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 8; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, § 17 N 1372; *a.M.* DIKE-Komm ZPO-VOLKART, Art. 317 N 17; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, Art. 317 N 8; GASSER/RICKLI, Art. 317 N 4; HOFMANN/LÜSCHER, S. 197; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 14 und 16; DIKE-Komm ZPO-STEININGER, Art. 317 N 6; OFK ZPO-GEHRI, Art. 317 N 4.

550 BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 102 (2013) Nr. 26; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 14.

551 Obergericht des Kantons Zürich vom 14. April 2014, LY130041, E. B./3.

552 BGE 144 III 349 E. 4.2 = Pra 108 (2019) Nr. 88; Obergericht des Kantons Thurgau vom 11. Januar 2019, ZBS.2018.29, E. 2c (vgl. Entscheidsammlung S. 188 hiernach); KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, Art. 317 N 8.

5.2. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO)

339 Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ausgeschlossen (sog. Novenverbot), soweit das Gesetz nicht besondere Bestimmungen vorsieht (Art. 326 ZPO).[553] Der Vorbehalt gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO bezieht sich insbesondere auf den Weiterzug eines Entscheides des Konkursrichters i.S.v. Art. 174 Abs. 1 SchKG[554] respektive Art. 190 ff. SchKG[555] und des Arrestgerichts.[556]

340 Das Novenverbot im Beschwerdeverfahren gilt auch für Verfahren im Anwendungsbereich des *Untersuchungsgrundsatzes*.[557]

6. Zwischenfazit

341 Im Gegensatz zum Zeitpunkt des Aktenschlusses regelt das Summarverfahrensrecht das im summarischen Verfahren geltende Novenrecht nicht. Deshalb findet im Anwendungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes Art. 229 Abs. 1 ZPO analog und im Anwendungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes Art. 229 Abs. 3 ZPO analog Anwendung.

342 Um dem Beschleunigungsgebot gerecht zu werden, muss der Gesuchsteller sämtliche rechtserzeugenden Tatsachen nicht nur behaupten, sondern substantiieren.[558] Rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Tatsachen muss der Gesuchsteller bereits in seinem Gesuch entkräften, soweit es für ihn voraussehbar war, dass der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme entsprechende Einreden vorbringen wird.[559]

---

553 BGE 145 III 324 E. 6.6.1; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 326 N 1; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, Art. 326 N 2.

554 Vgl. N 320; Botschaft BBl 2006, S. 7379; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 326 N 3.

555 Vgl. N 326.

556 Vgl. N 329 ff.

557 Botschaft BBl 2006, S. 7379; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 nicht publiziert in BGE 137 III 470; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 10. September 2019, KSK 18 88, E. 2.2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 45.

558 Vgl. N 274 f.

559 Vgl. N 276 ff.

Die in N 238 aufgeworfenen Fragen können wie folgt beantwortet werden: 343

Unter welchen Voraussetzungen sind im summarischen Verfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig? 344

Art. 229 Abs. 1 ZPO ist für das summarische Verfahren dahingehend auszulegen, dass nicht die Hauptverhandlung, sondern der Aktenschluss an sich im Mittelpunkt des Normgehalts steht. Folglich sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im summarischen Verfahren dann zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und:

(a) erst nach dem Aktenschluss entstanden sind (sog. echte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO analog); oder

(b) zwar vor dem Aktenschluss entstanden sind, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog).[560]

Bis zu welchem Zeitpunkt können im summarischen Verfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren eingebracht werden? 345

Unter Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ohne Verzug vorzubringen. In der Regel ist dieser Voraussetzung Genüge getan, wenn die neue Tatsache respektive das Beweismittel innert zehn Tagen seit Bekanntwerden eingereicht wird.[561]

Ist der Untersuchungsgrundsatz anwendbar, so muss das Gericht neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unbeschränkt berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO analog).

In beiden Fällen sind echte und unechte Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 1 ZPO respektive Abs. 3 ZPO analog vom Gericht bis zum Beginn der Urteilsberatung zu berücksichtigen. Wann das Gericht mit der Urteilsberatung beginnt, ist den Parteien mitzuteilen.[562]

560 Vgl. hierzu N 268 ff.

561 Vgl. N 241 f.

562 Vgl. N 286 ff.

V. Replikrecht

1. Terminologien

1.1. Replikrecht

Das Replikrecht ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV und wird deshalb auch *Gehörsanspruch* genannt. Es dient der Sachverhaltsaufklärung und ist ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht. Das Replikrecht berechtigt die Verfahrensbeteiligten, sich vor Erlass von Verfügungen oder eines in deren Rechtstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern und an der Erhebung von wesentlichen Beweisen mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.[563] Dieses Replikrecht wird auch als *Replikrecht im weiteren Sinne* bezeichnet, denn es besteht unabhängig davon, ob die Stellungnahme der Vorinstanz oder der Gegenpartei Noven enthält oder nicht.[564] 346

Vom Replikrecht im weiteren Sinne wird das *Replikrecht im engeren Sinne* unterschieden. Das Replikrecht im engeren Sinne ist das Recht einer Partei, sich zu Eingaben der Vorinstanz oder der Gegenpartei zu äussern, soweit darin vorgebrachte Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen.[565] Mit anderen Worten wird dieses Äusserungsrecht vom Bestand von zulässigen und relevanten Noven der Gegenpartei abhängig gemacht. Das Bundesgericht anerkannte dieses Replikrecht im engeren Sinne bereits unter Gel- 347

563 BGE 142 I 86 E. 2; BGE 138 I 484 E. 2.1; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 100 E. 4.3; BGE 133 I 98 E. 2.1; BGE 127 I 54 E. 2b; BGE 124 I 241 E. 2; BGE 106 Ia 4 E. 2bb; BGer 1C_241/2017 vom 11. Dezember 2018, E. 3.2; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.1; BGer 5D_203/2013 vom 12. März 2014, E. 2.1; BGer 1C_572/2012 vom 17. Juli 2013, E. 2.2.2; BGer 5A_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4; BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2.1; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.1; BGer 5A_151/2007 vom 22. Januar 2008, E. 3.2.

564 Kommentar VRG ZH-GRIFFEL, Art. 26b N 38 ff.

565 BGE 138 I 154 E. 2.3.2 f.; Kommentar VRG ZH-GRIFFEL, Art. 26b N 36 f.; Kommentar VRG ZH-DONATSCH, § 58 N 25.

tung von Art. 4 aBV. Das Replikrecht im engeren Sinne kommt in den Verfahren zur Anwendung, in denen Art. 6 EMRK nicht greift.[566]

348 Nachfolgend wird die Geltung und Ausgestaltung des Replikrechts im summarischen Verfahren beleuchtet. Soweit sich die nachfolgenden Ausführungen auf das Replikrecht beziehen, ist damit das Replikrecht im weiteren Sinne gemeint.

1.2. Abgrenzung des Replikrechts zum Schriftenwechsel

349 Das Replikrecht ist vom Schriftenwechsel zu unterscheiden. Das Replikrecht steht den Parteien auch zu, wenn das Gericht die Eingabe einer Partei zustellt und gleichzeitig mitteilt, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen ist. Die replikwillige Partei wird in diesem Fall die Notwendigkeit einer unaufgeforderten Stellungnahme prüfen.[567] Möchte die Partei von ihrem Replikrecht Gebrauch machen, ohne dass ihr hierfür eine Frist angesetzt wurde, muss sie ihre unaufgeforderte Stellungnahme unverzüglich einreichen oder beim Gericht um Ansetzung einer Frist für die Eingabe ihrer Stellungnahme ersuchen.[568] Das Gericht muss ihr ungeachtet des mitgeteilten Abschlusses des Schriftenwechsels eine Frist zur Wahrung des Replikrechts ansetzen und die unaufgeforderte Eingabe in der Urteilsfindung berücksichtigen. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt daher nicht schon dann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn das Gericht mitteilt, der Schriftenwechsel sei abgeschlossen oder eine Eingabe nur zur Kenntnisnahme zustellt.[569] Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist erst dann zu erkennen, wenn das Gericht die unaufgeforderte Stellungnahme nicht zu den Akten erkennt

---

566 In Bezug auf die Unterscheidung des Replikrechts unter Anwendung von Art. 6 EMRK eher kritisch, vgl. LANTER, Verwaltungsinstanzen, S. 2 N 7 ff.; PK VwVG-WALDMANN/BICKEL, Art. 31 N 23.

567 BGE 132 I 42 E. 3.3.3; Obergericht des Kantons Bern vom 9. Dezember 2021, ZK 21 400, E. 5.2; Obergericht des Kantons Zug vom 27. Oktober 2016, Z1 2015 15, E. 1.2; EICHEL, S. 10 mit kritischen Hinweisen.

568 Vgl. Obergericht des Kantons Bern vom 9. Dezember 2021, ZK 21 400, E. 5.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2016, LF160049, E. 6c.

569 Dahingehend BGE 138 I 484 E. 2.1 und 2.4; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.2; BGer 1C_572/2012 vom 17. Juli 2013, E. 2.2.2; BGer 5A_779/2010 vom 1. April 2011, E. 2.2 = Pra 101 (2012) Nr. 1; BGer 1C_3/2009 vom 8. Juni 2009, E. 2.1; BGer 2C_203/2009 vom 13. November 2009, E. 3.2; BGer 2C_688/2007 vom 11. Februar 2008, E. 2.2; DBG Komm-HUNZIKER/MAYER-KNOBEL, Art. 142 N 4; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZPO Komm., Art. 53 N 12a; *a.M.* BGE 133 I 100 E. 4.8; BGE 132 I 42 E. 3.3.2; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.1.

respektive der replikwilligen Partei nicht hinreichend Zeit für die Ausübung des Replikrechts einräumt.[570] Soweit der Aktenschluss eingetreten ist, sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unter Vorbehalt des Novenrechts selbstverständlich nicht mehr zulässig.[571]

2. Replikrecht im Summarverfahren

2.1. Anwendungsbereich des Replikrechts im Summarverfahren

Der Grundsatz des *fair trial* gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK wurde in Art. 29 Abs. 1 BV als allgemeiner Verfahrensgrundsatz übernommen. Dieser Grundsatz gilt deshalb für alle gerichtlichen Verfahren. Das gilt selbst für diejenigen Gerichtsverfahren, die nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen.[572] Das Replikrecht steht daher ungeachtet des Beschleunigungsgebots auch denjenigen Parteien zu, deren Angelegenheit im summarischen Verfahren beurteilt 350

[570] BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.1; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 7. August 2012, 400 12 146, E. 3.2; Obergericht des Kantons Bern vom 27. März 2019, ZK 18 527, E. 6.4.5; Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 14. Juli 2014, 1B 14 25, E. 2.2; Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 17. Dezember 2012, TCV C1 12 165, E. 3.2.

[571] BGer 4A_252/2012 vom 27. September 2012, E. 5.6; Obergericht des Kantons Bern vom 15. Juli 2015, ZK 15 206, E. 2.3.1; Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 6. August 2020, 101 2020 179, E. 5.2; Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 29. Oktober 2019, 1F 19 2, E. 4.6; Obergericht des Kantons Zürich vom 19. April 2018, LF180017, E. 1.3.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. 4; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. August 2017, PS170161, E. 5c; Obergericht des Kantons Zürich vom 30. Januar 2017, RT160191, E. 3.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. September 2016, LF160046, E. 3.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 7. Juni 2016, ZR 115/2016, Nr. 35, E. 2.3.1; Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2017, ZR 117/2018, Nr. 13, E. 4.2; Bezirksgericht Zürich vom 5. Mai 2017, ZR 116/2017, Nr. 59, E. 2.

[572] BGE 139 I 189 E. 3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 112; BGE 138 I 154 E. 2.3.3; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 100 E. 4.6; BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2.1; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 4. Februar 2015, GVP 2015 Nr. 101, E. 3b; Kommentar VRG ZH-GRIFFEL, Art. 26b N 38 ff.; Kommentar VRG ZH-DONATSCH, § 58 N 25.

wird.[573] Das gilt insbesondere auch für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen.[574]

351 Das Replikrecht besteht unabhängig davon, ob eine Eingabe neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel enthält. Es ist Sache der Partei, zu beurteilen, ob ihrerseits eine Stellungnahme notwendig ist oder nicht.[575]

---

573 BGE 104 Ia 465 E. 3; BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; BGer 5A_779/2010 vom 1. April 2011, E. 2.2 = Pra 101 (2012) Nr. 1; BGer 5D_69/2009 vom 3. September 2009, E. 2.3; BGer 5A_151/2007 vom 22. Januar 2008, E. 3.2; Kantonsgericht des Kantons Waadt vom 5. Oktober 2011, HC/2011/602, E. 3b; Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 27. Oktober 2015, 101 2015 171, E. 2; Cour de Justice Genève vom 22. November 2019, ACJC/1727/2019, E. 2.1; Cour de Justice Genève vom 6. November 2017, ACJC/1422/2017, E. 2.1.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. 4; Obergericht des Kantons Zürich vom 14. September 2016, LF160046, E. 3.1; Obergericht des Kantons Zürich vom 13. November 2015, RT150112, E. 4.1; Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 29. Oktober 2019, 1F 19 2, E. 4.6; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 253 N 1; BK-GÜNGERICH, Art. 253 ZPO N 10 ff.; EICHEL, S. 10; SOGO/BAECHLER, S. 323 f.; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 252 N 7; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 252 N 6; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 252 N 30; LANTER, Replikrecht, S. 171; HUNSPERGER/WICKI, Replik zu Fallstricke Replikrechts S. 459; KAUFMANN, Rechtsöffnung, S. 94 f.; BOHNET, Droit de réplique, S. 165 f.; BAERISWYL, S. 514.

574 Vgl. aber zu möglichen Einschränkungen des Replikrechts bei vorsorglichen Massnahmen, N 358 f.; BGE 139 I 189 E. 3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 112; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 25. Oktober 2016, 400 16 300, E. 2.2 f.

575 Urteil des EGMR vom 13. Juli 2006, 17671/02 *Ressegatti gegen Schweiz*, Ziff. 30–33; Urteil des EGMR vom 11. Oktober 2005, 45228/99 *Spang gegen Schweiz*, Ziff. 32 f.; Urteil des EGMR vom 18. Februar 1997, 18990/91 *Nideröst-Huber gegen Schweiz*, Ziff. 27 und 29; BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 139 I 189 E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 112; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 100 E. 4.2 f.; BGE 133 I 100 E. 4.3; BGer 5A_41/2018 vom 18. Juli 2018, E. 2.1.1; BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2.1; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.1; Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 29. Oktober 2019, 1F 19 2, E. 4.6; Obergericht des Kantons Zürich vom 8. April 2021, LB200051, E. 8.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. 4; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2016, LF160049, E. 6c; Kommentar VRG ZH-GRIFFEL, Art. 26b N 44.

2.2. Frist zur Ausübung des Replikrechts

Möchte eine Partei von ihrem Replikrecht Gebrauch machen, hat sie dies *unverzüglich* zu beantragen und sich eine Frist für die Wahrung des Replikrechts ansetzen zu lassen beziehungsweise die Replik unaufgefordert einzureichen.[576] Tut die replikwillige Partei dies nicht und reicht sie ihre unaufgeforderte Eingabe erst verzögert ein, riskiert sie, dass das Gericht seinen Entscheid schon gefällt hat und ihre Eingabe nicht mehr berücksichtigt wird.[577] Die vorsorgliche Beantragung einer Partei, das Gericht solle ihr in jedem Fall eine Frist zur Wahrung des Replikrechts ansetzen, ist nicht zulässig. Die replikwillige Partei muss nach jeder Vernehmlassung, zu der sie sich äussern möchte, die Ansetzung einer Frist zur Wahrung ihres Replikrechts beantragen respektive ihre unaufgeforderte Replik einreichen.[578] 352

Reagiert die replikwillige Partei nicht unverzüglich, darf das Gericht annehmen, sie verzichte auf ihr Replikrecht.[579] Das bedeutet indes nicht, dass eine nach der Wartefrist eingehende Stellungnahme einer Partei vom Gericht nicht mehr berücksichtigt werden muss.[580] 353

Innert welcher *Frist* die replikwillige Partei die Ansetzung einer Frist verlangen respektive die unaufgeforderte Replik einreichen muss, ist umstritten. Die überwiegende Lehre und ein Teil der Rechtsprechung gehen als Faustregel von einer *gerichtlichen Wartefrist* von *zehn Tagen* seit Zustellung der replikwürdigen Ver- 354

576 BGE 133 I 98 E. 2.2, in dem das Bundesgericht noch verlangte, die Partei solle aus Gründen des Zeitgewinns die Replik einreichen, ohne vorher darum nachzusuchen; BGE 132 I 42 E. 3.3.4; BGer 5D_112/2013 vom 15. August 2013, E. 2.2.3; BGer 1A.276/2004 vom 12. Juli 2005, E. 2; Obergericht des Kantons Zürich vom 25. Februar 2021, PS210027, E. 2.2.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2016, LF160049, E. 6c; Kommentar VRG ZH-GRIFFEL, Art. 26b N 45.

577 Vgl. zur gerichtlichen Wartefrist, N 354.

578 BGer 1A.276/2004 vom 12. Juli 2005, E. 4.2; BGer 4P.207/2002 vom 10. Dezember 2002, E. 1.1.

579 BGE 133 I 100 E. 4.8; BGE 133 I 98 E. 2.2; BGE 132 I 42 E. 3.3.3 und 3.3.4; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.2; BGer 1C_572/2012 vom 17. Juli 2013, E. 2.2.2; BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2.2; Appelationsgericht des Kantons Basel-Stadt, ZB.2019.7, CAN 73/2019, S. 231; Obergericht des Kantons Bern vom 13. März 2017, ZK 17 53, E. 11.4.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 25. Februar 2021, PS210027, E. 2.2.2.

580 Vgl. hierzu N 385.

nehmlassung aus.[581] Innert dieser Frist darf das Gericht keinen Entscheid fällen. Vielmehr muss es allfällige unaufgeforderte Eingaben der Parteien abwarten. Nach dieser Frist muss das Gericht nicht mit weiteren unaufgeforderten Eingaben der Parteien rechnen, weshalb es seinen Entscheid fällen darf. Eingaben von Parteien, die *nach* dieser Frist aber *vor* der Urteilsfällung beim Gericht eingehen, müssen dessen ungeachtet vom Gericht berücksichtigt werden.[582] Mit anderen Worten

---

581 BGE 138 I 484 E. 2.1–2.6 m.w.H; BGE 137 I 195 E. 2.6 (wenige Tage sind unzureichend); BGer 5A_41/2018 vom 18. Juli 2018, E. 2.1.2 (sieben Tage sind in einem definitiven Rechtsöffnungsverfahren mit übersichtlichen Verhältnissen ausreichend); BGer 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014, E. 3.3 (drei bis fünf Tage sind im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme und einfachen Verhältnissen ausreichend); BGer 5D_112/2013 vom 15. August 2013, E. 2.2.3 und 3.1 (fünf Tage sind unzureichend); BGer 5A_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4 und 1.5 (die Nichtberücksichtigung der unaufgeforderten Replik, die innert 20 Tagen eingereicht wurde, verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör); BGer 2C_560/2012 vom 21. Januar 2013, E. 4.4 f. (vier Werktage seit Zustellung sind unzureichend); BGer 1B_407/2012 vom 21. September 2012, E. 3.2 (vier Tage beziehungsweise ein Tag seit Zustellung ist unzureichend); BGer 1B_25/2010 vom 17. Februar 2010, E. 2.2 (zwei Tage sind unzureichend); BGer 2C_794/2008 vom 14. April 2009, E. 3.5 (sieben Tage seit Zustellung sind unzureichend); BGer 1P.798/2005 vom 8. Februar 2006, E. 2.3 (acht Tage sind unzureichend); Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 25. Oktober 2016, 400 16 300, E. 2.3 (14 Tage bei längerem vorgängigem Untätigbleiben des Gerichts sind unzureichend); Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 27. Oktober 2015, 101 2015 171, E. 2 (nicht mehr als zehn Tage); Cour de Justice Genève vom 20. April 2018, ACJC/502/2018, E. 3.1.1 (nicht weniger als zehn, höchstens aber 20 Tage); Cour de Justice Genève vom 6. November 2017, ACJC/1422/2017, E. 2.1.1 (nicht mehr als zehn Tage); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 29. Oktober 2019, 1F 19 2, E. 4.6 (nicht weniger als zehn Tage); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 5. April 2016, 3B 15 70, E. 3.1.3.1 (vor Ablauf von zehn Tagen darf nicht von einem Verzicht ausgegangen werden, nach 20 Tagen hingegen schon; vgl. Entscheidsammlung S. 170 hiernach); Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 14. Juli 2014, 1B 14 25, E. 2.2 (drei Tage seit Zustellung sind unzureichend); Kantonsgericht des Kantons Waadt vom 5. Oktober 2011, HC/2011/602, E. 3b (nicht mehr als zehn Tage seit Zustellung); Obergericht des Kantons Zürich vom 10. August 2018, LY170050, E. 3.4.5 (nicht weniger als zehn Tage); Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2016, LF160049, E. 6c (nicht weniger als zehn Tage).

582 Dahingehend das Urteil des EGMR vom 28. Juni 2001, 37292/97 *F.R. gegen Schweiz*, E. 38 ff.; BGer 5A_365/2019 vom 14. Dezember 2020, E. 5.2.1.3: «(...) kann nicht umgekehrt abgeleitet werden, dass nach dem fraglichen Zeitpunkt, aber vor der Urteilsfällung eintreffende Stellungnahmen generell zufolge Verspätung unberücksichtigt zu bleiben hätten»; BGer 4A_61/2017 vom 31. August 2017, E. 6.2.2; BGer 4A_170/2015 vom 28. Oktober 2015, E. 1; BGer 5A_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4; BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019, E. 6; Kantonsgericht des Kantons

darf das Gericht (a) seinen Entscheid frühestens (in der Regel) zehn Tage nach Zustellung der letzten Eingabe der Partei respektive der Vorinstanz fällen, (b) muss aber eine nach dieser zehntägigen Frist eingehende Replik berücksichtigen, sofern es zu diesem Zeitpunkt seinen Entscheid noch nicht gefällt hat.[583]

Setzt das Gericht zwar eine zehntätige Frist an, läuft die Frist aber nicht erst ab Empfang der Fristansetzung, so läuft das Gericht Gefahr, das Replikrecht der Parteien zu verletzen. Dieser Fall tritt insbesondere dann ein, wenn die replikwillige Partei von der Post eine siebentägige Frist zur Abholung der Mitteilung des Gerichts gemeldet erhält und die Partei die Mitteilung des Gerichts erst am letzten Tag abholt. In dieser Konstellation ist die der replikwilligen Partei verbleibende Frist zu kurz. Die zehntägige Frist ist vom Gericht daher so anzusetzen, dass sie erst mit der Zustellung der gerichtlichen Mitteilung beginnt.[584] Allerdings muss die Stellungnahme nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung innerhalb der Frist beim Gericht *eintreffen*.[585] Demnach darf das Gericht bereits einen Tag nach Ablauf der Frist entscheiden.[586] Nach dieser Ansicht geht die Replik, die am letzten Tag der Replikfrist der Schweizerische Post übergeben wurde, nach der gerichtlichen Wartefrist beim Gericht ein, weshalb die Eingabe nicht mehr berück- 355

St. Gallen, BES.2016.43 vom 28. November 2016, E. 3, wo die Zulässigkeit solcher Eingaben zumindest nicht ausgeschlossen wird; Obergericht des Kantons Zürich vom 24. Juli 2012, PS110160, E. 4; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 225 N 8; SOGO/BAECHLER, S. 329 FN 98; BORER, S. 518 f. N 18.33 f.; LANTER, Replikrecht, S. 178 f.; SCHMID, S. 40; REETZ/FRANCESCHETTI, S. 127 f.; HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke, S. 977; *a.M.* MÜLLER, S. 375.

583 Trotzdem wird die Partei ihre Replikeingabe dann innert zehn Tagen einreichen müssen, wenn sie neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel i.S.v. Art. 229 ZPO einbringen möchte, da sie sonst Gefahr läuft, dass diese Noven zu spät eingebracht werden.

584 BGer 5D_69/2009 vom 3. September 2009, E. 2.3; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 24. August 2016, KSK 16 31, E. 6c, wonach die zehntägige Frist am Folgetag nach Empfang zu laufen beginnt.

585 BGer 5A_120/2019 vom 21. August 2019, E. 2.2; BGer 5A_929/2018 vom 6. Juni 2019, E. 2.2; BGer 8C_229/2017 vom 25. Januar 2018, E. 4.1; BGer 5A_174/2016 vom 26. Mai 2016, E. 3.2; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4 und 2.4; Obergericht des Kantons Bern vom 9. Dezember 2021, ZK 21 400, E. 5.2; Kantonsgericht des Kantons Graubünden vom 24. August 2016, KSK 16 31, E. 4c; Obergericht des Kantons Zürich vom 10. August 2018, LY170050, E. 3.4.5; Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2016, LF160049, E. 6c.

586 Obergericht des Kantons Bern vom 9. Dezember 2021, ZK 21 400, E. 5.2; Obergericht des Kantons Zürich vom 20. März 2020, RT190189, E. 6.3.

sichtigt wird, wenn das Gericht zu diesem Zeitpunkt sein Urteil schon gefällt hat. Das Bundesgericht begründet diese Ansicht damit, dass es sich nicht um eine Aufforderung an die Partei handle, eine allfällige Replik einzureichen. Deshalb liege keine Fristansetzung vor und Art. 143 Abs. 1 ZPO finde keine Anwendung. Es liege demnach an der Partei dafür zu sorgen, dass die Eingabe bis spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eintreffe.[587] Die Ansicht des Bundesgerichtes verkennt, dass Art. 143 Abs. 1 ZPO nicht nur für Fristen anwendbar ist, welche das Gericht anordnet. Das in Art. 143 Abs. 1 ZPO verankerte *Expeditionsprinzip*, wonach die Partei ihre Eingabe *«für die Wahrung einer Frist»* bei der Post aufgeben könne und die Frist damit gewahrt sei, ist als Grundsatz der ZPO für jede Art von Fristen anwendbar.[588] Einzig für elektronische Zustellungen sieht die ZPO das *Empfangsprinzip* vor (Art. 143 Abs. 2 ZPO). Nach der hier vertretenen Meinung muss die fristgerechte Übergabe der Replikeingabe aufgrund von Art. 143 Abs. 1 ZPO genügen.[589]

356 Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Faustregel, wonach die gerichtliche Wartefrist zur Ausübung des Replikrechts zehn Tage beträgt, grundsätzlich auch im summarischen Verfahren herangezogen werden, wobei dem Einzelfall jeweils Rechnung zu tragen ist. Im Unterschied zum ordentlichen und vereinfachten Verfahren steht im summarischen Verfahren auch bei der Ausübung des Replikrechts das Beschleunigungsgebot im Vordergrund. Im summarischen Verfahren muss die replikwillige Partei ihr Replikrecht deshalb innert der zehntätigen Wartefrist ausüben, wenn sie nicht riskieren will, dass das Gericht unmittelbar nach Ablauf der Wartefrist seinen Entscheid fällt und zustellt. Es ist nach der hier vertretenen Ansicht deshalb *nicht zulässig*, das Gericht um *Fristansetzung* zur Ausübung des Replikrechts zu ersuchen.[590] Ist es der replikwilligen Partei insbesondere aufgrund der umfangreichen Aktenlage oder der komplexen rechtlichen Fragestellungen nicht möglich, ihre Replik innert der gerichtlichen Wartefrist einzureichen, kann sie ausnahmsweise beim Gericht um Ansetzung einer verhältnismässig kurzen

587 Vgl. ausführlich BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4.

588 Botschaft BBl 2006, S. 7308; dahingehend auch BGer 5A_536/2018 vom 21. September 2018, E. 3.5.

589 Ausführlich hierzu und gegenüber der erwähnten Rechtsprechung ebenfalls kritisch: HUNSPERGER/WICKI, Replik zu Fallstricke Replikrecht, S. 459 ff.

590 Dahingehend auch BGE 133 I 98 E. 2.2; BGer 5A_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZPO Komm., Art. 53 N 12a; *a.M.* eher BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.3; Kantonsgericht des Kantons Freiburg vom 11. Juli 2019, 102 2019 73, E. 3.1 f.; HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke Replikrecht, S. 980.

Frist ersuchen. Dabei muss sie die besonderen Umstände, die eine Fristansetzung *ausnahmsweise* erforderlich machen, darlegen.

Der *Zeitpunkt des Beginns und die Berechnung der Replikfrist* erfolgt nach der hier vertretenen Auffassung unter Anwendung von Art. 142 ff. ZPO.[591] In summarischen Verfahren steht die Frist zur Ausübung des Replikrechts während den Gerichtsferien nicht still (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).[592] 357

2.3. Einschränkungen des Replikrechts und Verzicht

Im Zusammenhang mit der Anordnung von *vorsorglichen Massnahmen* steht der dringliche Charakter dieser Massnahme in einem Spannungsfeld mit dem Replikrecht der Parteien. Die Dringlichkeit verlangt nach einem verzugslosen Entscheid des Gerichts. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs steht damit in einem Widerspruch und verzögert das Verfahren. In taktischer Hinsicht könnte der Gesuchsgegner gar von seinem Anspruch auf rechtliches Gehör Gebrauch machen, um die rechtzeitige Anordnung der vorsorglichen Massnahme zu verhindern. Im Gegensatz zum Entscheid in der Hauptsache hat die vorsorgliche Anordnung von Massnahmen nur eine beschränkte Rechtskraftwirkung und kann ohne Weiteres geändert werden. Aus diesem Grund haben die Parteien im vorsorglichen Massnahmeverfahren *kein absolutes Replikrecht*.[593] Enthält die Eingabe der Gegenpartei oder der Vorinstanz keine neuen, entscheidenden Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, auf die sich das Gericht stützen will, muss das Gericht diese nicht an die andere Partei zustellen, bevor der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme ergeht.[594] Die Zustellung dieser Eingabe kann dann gemeinsam mit der Zustellung des Entscheids erfolgen. Im vorsorglichen Massnahmeverfahren kann das Gericht das Replikrecht mit anderen Worten auf das Replikrecht im engeren 358

591 Vgl. aber die Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in N 355.

592 BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.5, in welchem das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 145 ZPO für das ordentliche Verfahren offenliess.

593 BGE 139 I 189 E. 3.5 = Pra 102 (2013) Nr. 112; BGE 106 Ia 4 E. 2bb; BGer 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014, E. 3.2 f..

594 BGE 139 I 189 E. 3.5 f. = Pra 102 (2013) Nr. 112; BGE 132 I 42 E. 3.3.2; BGer 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014, E. 3.2.

Sinne reduzieren, soweit dies mit der Dringlichkeit des Massnahmenentscheids gerechtfertigt werden kann.[595]

359 Eine Partei kann auf die *Ausübung* des Replikrechts *verzichten*.[596] Der rechtsgültige Verzicht setzt eine unzweideutige Erklärung der verzichtenden Partei voraus.[597] Lässt sich die replikwillige Partei innert der gerichtlichen Wartefrist nicht vernehmen, darf das Gericht annehmen, sie verzichte auf die Ausübung ihres Replikrechts. Hat das Gericht innert der Wartefrist noch nicht entschieden, muss es allerdings auch die unaufgeforderte Stellungnahme der Partei berücksichtigen, die nach der gerichtlichen Wartefrist eingereicht wurde.[598]

2.4. Verletzung des Replikrechts

360 Fällt das Gericht ein Urteil, ohne die gerichtliche Wartefrist – von in der Regel zehn Tagen – abzuwarten, wurde das Replikrecht der Partei, die innert der Wartefrist noch eine Stellungnahme hätte einreichen können, verletzt. Nachfolgend ist zu prüfen, inwiefern eine im summarischen Verfahren vorgekommene Verletzung des Replikrechts geheilt werden könnte respektive welche Konsequenzen die Verletzung des Replikrechts zeitigt.

361 Wiegt die *Verletzung* des Replikrechts *nicht besonders schwer*, kann diese von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann.[599] Die Rechtsmittelinstanz muss der Partei in diesem Fall die Möglichkeit geben, ihr Replikrecht nachträglich auszuüben. Die Heilung einer *schwerwiegenden Verletzung* ist unter den gleichen Voraussetzungen zudem nur dann möglich, wenn die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu un-

---

595 Vgl. zum Replikrecht im engeren Sinne, N 346 ff.; BV-Kommentar-STEINMANN, Art. 29 N 47.

596 Urteil des EGMR vom 26. Juli 2002, 32911/96 / 35237/97 / 34595/97 *Meftah und andere gegen Frankreich*, Ziff. 32; BGE 132 I 42 E. 3.3.1; SCHÜRMANN, S. 80 f.

597 Urteil des EGMR vom 13. Februar 2001, 25116/94 *Schöps gegen Deutschland*, S. 413, Ziff. 48; Urteil des EGMR vom 23. November 1993, 14032/88 *Poitrimol gegen Frankreich*, Serie A, Band 277A, Ziff. 31; Urteil des EGMR vom 25. Februar 1992, 10802/84 *Pfeifer und Plankl gegen Österreich*, Serie A, Band 227, Ziff. 37 = EuGRZ 1992, S. 99; BGE 132 I 42 E. 3.3.1.

598 Vgl. hierzu N 354.

599 Kantonsgericht des Kantons Luzern, 1B 14 25 vom 14. Juli 2014, E. 2.3; Kantonsgericht des Kantons Wallis, TCV C1 12 165 vom 17. Dezember 2012, E. 3.3.

nötigen Verzögerungen führen würde.[600] Kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht geheilt werden, muss die Sache ungeachtet der Erfolgsaussichten zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen.[601]

Im *summarischen Verfahren* wird die Heilung durch die Rechtsmittelinstanz regelmässig an der eingeschränkten Kognition scheitern, weshalb die Sache in der Regel an die Vorinstanz zurückgewiesen werden muss.[602] Wurde der Anspruch auf das rechtliche Gehör einer Partei verletzt, aber hat sie dennoch vollumfänglich obsiegt, so scheitert ein durch diese Partei angestrebtes Rechtsmittelverfahren am schutzwürdigen Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).[603] 362

2.5. Hauptverhandlung im Summarverfahren

Hiernach wird erstens die Frage beleuchtet, ob die Parteien im summarischen Verfahren einen Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung haben. Zweitens wird dargelegt, weshalb die Durchführung einer Hauptverhandlung im summarischen Verfahren keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses hat. 363

Die Pflicht zur Durchführung einer Hauptverhandlung ergibt sich in einzelnen Anwendungsfällen des summarischen Verfahrens bereits von Gesetzes wegen. Namentlich ist für die besonderen eherechtlichen Verfahren (Art. 273 ZPO), für das Konkursbegehren und die Konkurseröffnung (Art. 168; 171 SchKG), für das Gesuch betreffend Nachlassstundung (Art. 294 SchKG) und für die Bestätigung 364

600 BGE 137 I 195 E. 2.3.2, in welchem die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht geheilt wurde, weil die Vorinstanz die Partei nur auf ihr Akteneinsichtsrecht verwiesen hatte, ohne ihr die Eingaben der Gegenpartei zuzustellen; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2; BGer 1C_241/2017 vom 11. Dezember 2018, E. 4.2; BGer 5A_126/2018 vom 14. September 2018, E. 5; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.2; Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 25. Oktober 2016, 400 16 300, E. 3; Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 5. April 2016, 3B 15 70, E. 3.1.3.1 (vgl. Entscheidsammlung S. 170 hiernach); Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 31. Oktober 2018, BE.2018.1, E. 7a (vgl. Entscheidsammlung S. 181 hiernach); Obergericht des Kantons Zürich vom 8. April 2021, LB200051, E. 8.2.

601 BGE 127 V 431 E. 3d/aa; BGer 5A_779/2010 vom 1. April 2011, E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 1.

602 BGer 5D_203/2013 vom 12. März 2014, E. 3.2; BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.6.

603 BGer 4A_389/2015 vom 9. Dezember 2015, E. 3; Obergericht des Kantons Zürich vom 27. Februar 2018, RT180004, E. 3.2.

des Nachlassvertrages (Art. 304 SchKG) eine Hauptverhandlung vorgeschrieben.[604]

365 Darüber hinaus hat die betroffene Person nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen *verhandelt* wird.[605] Um einen *zivilrechtlichen Anspruch* handelt es sich, wenn kumulativ (a) ein nach dem innerstaatlichen Recht eingeräumtes Recht in Frage steht[606], (b) ein echter und ernster Streit über dieses Recht besteht und das Gericht in diesem Verfahren über das fragliche Recht unmittelbar entscheidet.[607]

366 Selbst wenn obige Voraussetzungen erfüllt sind, kann das Gericht ausnahmsweise von der Durchführung einer Hauptverhandlung absehen, wenn die Streitsache keine Tat- oder Rechtsfragen aufwirft, die nicht adäquat aufgrund der Akten und der schriftlichen Parteivorbringen gelöst werden können.[608] Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Gericht bei der Anwendung dieser Annahme äusserste Zurückhaltung zu üben. Ob die Tat- oder Rechtsfrage auch ohne Hauptverhandlung adäquat hätte beurteilt werden können, ist in der Regel erst nach deren Durchführung erkennbar.[609]

367 Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist auch in den *summarischen Verfahren* eine Hauptverhandlung durchzuführen, wenn eine Partei dies verlangt.[610] Bei *Vollstreckungsverfahren* ist fraglich, ob das Gericht über das Recht unmittelbar entscheidet. Entscheidend für die Beantwortung der Frage ist, ob im Vollstreckungsverfahren noch über die Begründetheit der zu vollstreckenden Forderung entschieden wird oder nicht. Ist dem Vollstreckungsverfahren ein ordentliches, gerichtliches Verfahren vorausgegangen und wird im Vollstreckungsverfahren nicht über die Begründetheit der zu vollstreckenden Forderung entschieden, so ist Art. 6

---

604 KLINGLER, ZPO Komm., Art. 256 N 1; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 6.

605 DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 6.

606 HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 N 5; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 6.

607 HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 N 6.

608 BGE 124 I 322 E. 4a; BGer 5D_192/2013 vom 30. April 2014, E. 4.3.1; BOHNET/DROESE, Art. 256 N 1.

609 Vgl. auch DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 13.

610 BGE 136 III 379 E. 4.5.1; BGer 2P.41/2002 vom 10. Juni 2003, E. 5.4; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 11; BK-GÜNGERICH, Art. 256 ZPO N 10.

Ziff. 1 EMRK auf das Vollstreckungsverfahren nicht anwendbar.[611] Das ist namentlich im *definitiven Rechtsöffnungsverfahren* der Fall, weshalb die Parteien in diesem Verfahren keinen Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung haben.[612]

Im *provisorischen Rechtsöffnungsverfahren* entscheidet das Gericht erstmals und unmittelbar über die streitige Sache. Da der Schuldner in diesem Verfahren sämtliche Einwendungen machen kann, die sich gegen die Begründetheit der Forderung richten, findet Art. 6 Ziff. 1 EMRK nach der hier vertretenen Ansicht Anwendung.[613] Die Parteien haben Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung, soweit eine solche verlangt wird. 368

Im Verfahren des *Rechtsschutzes in klaren Fällen* nach Art. 257 ZPO ist die Durchführung einer Hauptverhandlung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK zwingend, soweit die Durchführung von einer Partei verlangt wird.[614] Ist bereits strittig, ob überhaupt ein klarer Fall i.S.v. Art. 257 Abs. 3 ZPO vorliegt und tritt das Gericht nicht auf das Gesuch ein, so muss es keine Hauptverhandlung durchführen, um diese Frage zu verhandeln.[615] 369

---

611 BGE 141 I 97 E. 5.1.

612 BGE 141 I 97 E. 5.2 mit der Begründung, der im definitiven Rechtsöffnungsverfahren unterliegende Schuldner habe die Möglichkeit eine Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG oder die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG rechtsanhängig zu machen, in welchen über die Ansprüche in einem ordentlichen Verfahren entschieden werde; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 41b; BOHNET/DROESE, Art. 256 N 1; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 84 N 25; SOGO/BAECHLER, S. 331; EICHEL, S. 17; *a.M.* BGer 5D_181/2011 vom 11. April 2012, E. 3.1.1, in welchem das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK für das definitive Rechtsöffnungsverfahren noch bejaht hatte; Obergericht des Kantons Zürich vom 11. Februar 2014, ZR 113/2014 Nr. 19, E. 4.1 ff.; Appellationsgericht des Kantons Tessin vom 19. Februar 2015, CEF 14.2014.148, E. 4.2; Appellationsgericht des Kantons Tessin vom 21. Mai 2014, CEF 14.2014.39, E. 3.

613 BGer 5D_141/2014 vom 22. Januar 2015, E. 5.1, 5.2 e contrario; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 256 N 1c; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 84 und Art. 84 N 41b; EICHEL, S. 16.

614 Vgl. N 363 ff.; BGer 4A_104/2021 vom 3. Mai 2021, E. 2.3; BGer 4A_451/2020 vom 12. November 2020, E. 2.3; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen vom 23. Mai 2018, BS.2018.1, E 3bb; BK-GÜNGERICH, Art. 257 ZPO N 13; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.173; *a.M.* Kantonsgericht des Kantons Luzern vom 16. August 2018, 1B 18 34 / 1U 18 9, E. 3.1.3 (vgl. Entscheidsammlung S. 176 hiernach).

615 DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 11; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 256 N 1d.

370 Da im Rahmen von *vorsorglichen Massnahmen* nicht über ein Recht entschieden wird, findet Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine Anwendung, weshalb kein Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung besteht. Nimmt die vorsorgliche Massnahme aber die Hauptsache vorweg, bejaht die Lehre und Rechtsprechung die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.[616]

371 Ferner besteht auch im Verfahren um *unentgeltliche Rechtspflege* kein Anspruch auf eine Hauptverhandlung.[617]

372 Wie hiernach aufzuzeigen ist, hat die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf den Aktenschluss respektive auf das Novenrecht im summarischen Verfahren keine Auswirkungen:

373 Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II fand in Art. 29 und Art. 30 Abs. 3 in die Bundesverfassung Eingang. Diese Verfassungsbestimmungen sollen parallel zu den völkerrechtlichen Normen Vertrauen in die Gerichtsbarkeit schaffen.[618] Völkerrechtlich und verfassungsrechtlich gewährleistet ist einerseits die *Öffentlichkeit* der Gerichtsverhandlung. Das bedeutet, dass einzelne Verfahrensschritte des Gerichts nicht nur vor den Verfahrensbeteiligten, sondern auch vor tatsächlich zugelassenen beziehungsweise zuzulassenden Dritten und Medien vorgenommen werden müssen.[619] Öffentlich sind die vor dem Gericht stattfindenden *Verhandlungen*, wie beispielsweise die Einvernahmen, Beweisabnahmen und Parteivorträge. Nicht öffentlich ist die Beratung des Gerichts.[620] Andererseits gewährleistet Art. 29 Abs. 2 BV das rechtliche Gehör. Gewährleistet ist sodann der Anspruch auf Orientierung, Äusserung, Teilnahme am Beweisverfahren sowie Begründung und Eröffnung des Urteils.[621] Der hier interessierende Anspruch auf Äusserung räumt der betroffenen Person das Recht ein, sich vor Erlass

---

616 Urteil des EGMR vom 23. Oktober 2001, 51591/99 *Markass Car Hire Ltd. gegen Zypern*; Urteil des EGMR vom 13. Januar 2000, 39754/98 *Apis gegen Slowakei*; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 11; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 N 6b; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 256 N 1b.

617 Urteil des EGMR vom 9. Februar 2006, 22897/02 *Barillon gegen Frankreich*, E. 24; BGer 4A_199/2020 vom 22. Juli 2020, E. 2.3.2; BGer 2C_443/2012 vom 27. November 2012, E. 4.4; DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 14; KLINGLER, ZPO Komm., Art. 256 N 1d; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 N 22.

618 BGE 122 V 47 E. 2c; BV Kommentar-STEINMANN, Art. 30 N 43.

619 ZELLER, S. 18 N 92 ff.; BV Kommentar-STEINMANN, Art. 30 N 47.

620 BGE 122 V 47 E. 2c; BV Kommentar-STEINMANN, Art. 30 N 51.

621 BV Kommentar-STEINMANN, Art. 29 N 44 ff.

eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern.[622] Das sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ableitende *Replikrecht* verleiht der betroffenen Partei schliesslich den Anspruch, sich zu neu in das Verfahren eingeführten Stellungnahmen zu äussern.[623]

Nach dem Gesagten hat die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK i.V.m. Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 29 BV keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses. Die Anwendung dieser Normen ergibt nur, dass auch die im summarischen Verfahren durchgeführte Hauptverhandlung öffentlich sein muss und den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Das rechtliche Gehör ist den Parteien selbstredend auch in den summarischen Verfahren zu gewähren und das Replikrecht gilt unbeschränkt.[624] Letzteres wirkt sich aber nicht auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses aus. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind nur zulässig, wenn es sich um unechte oder echte Noven handelt.[625] 374

3. Zwischenfazit

Das Replikrecht findet im summarischen Verfahren in gleichem Umfang Anwendung wie in den anderen Verfahren der ZPO. Das ist auf die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zurückzuführen. Auf diejenigen summarischen Verfahren, auf welche Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine Anwendung findet, finden die verfahrensrechtlichen Garantien aufgrund der bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche das rechtliche Gehör auf alle gerichtlichen Verfahren ausgeweitet hat, dennoch Anwendung. Das Gericht muss infolgesessen für sämtliche summarischen Verfahren das *Replikrecht im weiteren Sinne* gewähren. Einzige Ausnahme davon ist das vorsorgliche Massnahmeverfahren, in welchem das Gericht das Replikrecht ausnahmsweise auf das Replikrecht im engeren Sinne beschränken darf.[626] 375

Im Unterschied zum ordentlichen und vereinfachten Verfahren fordert das *Beschleunigungsgebot* im summarischen Verfahren, dass die replikwillige Partei ihr 376

---

622 BGE 137 I 120 E. 5; BGE 134 I 140 E. 5.3; BGE 127 I 54 E. 2b; BGE 125 I 209 E. 9c; BV Kommentar-STEINMANN, Art. 29 N 46; EICHEL, S. 14.

623 Vgl. ausführlich zum Replikrecht im summarischen Verfahren N 350 ff.; BV Kommentar-STEINMANN, Art. 29 N 47 mit weiteren Hinweisen;

624 Vgl. hierzu N 346 ff.

625 Vgl. hierzu N 268 ff.; SOGO/BAECHLER, S. 331 f.

626 Vgl. N 358.

Replikrecht unverzüglich ausübt und keine Verfahrensverzögerung verursacht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es deshalb in der Regel nicht zulässig, das Gericht um Ansetzung einer Frist zur Ausübung des Replikrechts zu ersuchen, wenn dieses innert der gleichen Zeit ausgeübt werden kann.[627]

377 Aus dem Anspruch des rechtlichen Gehörs fliesst auch der Anspruch auf Durchführung einer *Hauptverhandlung.* Dieser beurteilt sich nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Bei gegebenen Voraussetzungen haben die Parteien einen Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung, wenn eine solche beim Gericht beantragt wird. In Vollstreckungsverfahren besteht dieser Anspruch nur dann, wenn über die Begründetheit der zu vollstreckenden Forderung entschieden wird.[628] In keinem Fall hat die Durchführung der Hauptverhandlung einen Einfluss auf den Zeitpunkt des Aktenschlusses.

627 Vgl. N 356.

628 Vgl. N 363 ff.; Das ist insbesondere beim definitiven Rechtsöffnungsverfahren nicht der Fall, weshalb in diesem Verfahren kein Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung besteht.

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1. Der Aktenschluss im summarischen Verfahren

Die Analyse der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit dem *Aktenschluss* ergeben, dass die Rechtsprechung bis zu den in den Jahren 2018 und 2020 ergangenen Leitentscheiden kaum stringent war. Währenddem sich die *Berner Summarpraxis* für einen zwingend einmaligen, formellen Schriftenwechsel und den darauffolgenden Aktenschluss aussprach, legte die *Zürcher und St. Galler Praxis* den Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichts. Das Bundesgericht brachte in seinen Entscheiden BGE 144 III 117 und BGE 146 III 237 Art. 229 ZPO analog zur Anwendung, weshalb es sich im Resultat entgegen der herrschenden Lehre der Zürcher und St. Galler Praxis anschloss. 378

In der vorliegenden Arbeit wurde nach Auslegung von Art. 252 ff. ZPO festgestellt, dass Art. 229 ZPO für die Frage des Aktenschlusses *nicht* analog anzuwenden ist, weil das Summarverfahrensrecht einen zwingend einmaligen Schriftenwechsel vorsieht. Der Gesetzgeber hat die Frage nach der Anzahl der Schriftenwechsel und dem Zeitpunkt des Aktenschlusses nicht offengelassen, sondern durch qualifiziertes Schweigen beantwortet. Für die analoge Anwendung von Art. 229 ZPO fehlt es mit anderen Worten an der Lücke im Gesetz, weshalb die analoge Anwendung zu verneinen ist. 379

Im summarischen Verfahren findet daher ein formeller Schriftenwechsel statt, woraufhin der Aktenschluss eintritt. Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt es nicht im Ermessen des Gerichts, einen zweiten formellen Schriftenwechsel anzuordnen und den Aktenschluss damit zeitlich nach hinten zu verschieben. 380

2. Das Novenrecht im summarischen Verfahren

In Bezug auf das *Novenrecht* findet Art. 229 ZPO analog für das summarische Verfahren Anwendung. Währenddem sich der Wortlaut von Art. 229 ZPO an der Hauptverhandlung ausrichtet, dient für die analoge Anwendung auf das summarische Verfahren der Aktenschluss als zivilprozessuale Schnittstelle zwischen der unbeschränkten und der beschränkten Prozessstoffbeschaffungsphase. 381

382 Da es im summarischen Verfahren nur einen Schriftenwechsel gibt, muss das Gericht bei unechten Noven – also neue Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln, die bereits vor dem Aktenschluss existierten – prüfen, ob diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon im ersten Schriftenwechsel hätten vorgebracht werden können.[629] In einem ersten (1) Schritt wird das Gericht daher prüfen, ob der Gesuchsteller sämtliche *rechtserzeugenden Tatsachen* in seinem Gesuch vorgebracht und hinreichend substantiiert hat. Werden rechtserzeugende Tatsachen vom Gesuchsgegner bestritten und sind diese im Gesuch nicht hinreichend substantiiert worden, führt dies zur Abweisung des Gesuchs. (2) Wenn der Gesuchsgegner *rechtsvernichtende, rechtshemmende und/oder rechtshindernde Tatsachen* vorbringt, um das Gesuch zu Fall zu bringen, muss das Gericht prüfen, ob diese Vorbringen für den Gesuchsteller *voraussehbar* waren. Die Voraussehbarkeit ist gegeben, wenn der Gesuchsgegner die Tatsache bereits vorprozessual derart substantiiert vorgebracht hatte, dass ein Gericht das Vorbringen mit derselben Begründungsdichte auch als solches behandeln und nicht als unsubstantiiert abtun würde.[630] Hat der Gesuchsgegner die rechtsvernichtende, rechtshemmende und/oder rechtshindernde Tatsache nicht schon vorprozessual oder nicht hinreichend substantiiert vorgebracht, so kann dem Gesuchsteller nicht angelastet werden, er hätte sein unechtes Novum – mit dem er die von dem Gesuchsgegner vorgebrachte Tatsache entkräften möchte – schon vor dem Aktenschluss vorbringen können. In dieser Konstellation ist die vom Gesuchsteller eingebrachte neue Tatsachenbehauptung zuzulassen.

383 Kommt der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung, sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zum Beginn der Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO analog).[631] Massgebend ist die tatsächliche Urteilsberatung, deren Beginn den Verfahrensparteien mitzuteilen ist. Mangels Mitteilung des Beginns der Urteilsberatung dürfen die Parteien davon ausgehen, dass neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel berücksichtigt werden.

3. Das Replikrecht im summarischen Verfahren

384 Die geringsten Besonderheiten zeitigt das summarische Verfahren mit Blick auf das *Replikrecht.* Wie im ordentlichen und vereinfachten Verfahren steht den Par-

629 Vgl. hierzu N 272 ff.

630 Vgl. hierzu N 278 f.

631 Vgl. hierzu N 286 ff.

teien das Replikrecht im weiteren Sinne zu. Die Parteien haben mit anderen Worten Anspruch, von sämtlichen Stellungnahmen von Vorinstanzen und Gegenparteien Kenntnis zu nehmen und sich zu diesen Stellungnahmen zu äussern. Anders als im ordentlichen und vereinfachten Verfahren ist es aufgrund des im summarischen Verfahren vorherrschenden Beschleunigungsgebots nach der hier vertretenen Ansicht in der Regel nicht zulässig, das Gericht um Ansetzung einer Frist zur Ausübung des Replikrechts zu ersuchen.

4. Eine Norm zur Klarstellung de lege ferenda

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Anpassung des Summarverfahrensrechts de lege ferenda nicht notwendig, weil die korrekte Auslegung des geltenden Rechts zu hinreichend klaren Ergebnissen führt. Im Sinne einer Zusammenfassung der vorliegenden Arbeit wird hiernach dennoch eine Bestimmung formuliert, die zur Klärung des Aktenschlusses und Novenrechts im summarischen Verfahren beitragen dürfte. Der untenstehende Wortlaut widerspiegelt die nach hier vertretener Auffassung bereits geltende Rechtslage: 385

Art. 253 ZPO – Stellungnahme und Abschluss des Schriftenwechsels
[1] Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen.
[2] Ein zweiter Schriftenwechsel ist ausgeschlossen.

Art. 253a ZPO – Neue Tatsachen und Beweismittel
[1] Nach dem 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).
[2] Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung.

VII. Entscheidsammlung

Im Rahmen der Recherche zur vorliegenden Dissertation hat der Autor zahlreiche nicht publizierte Entscheide der kantonalen Gerichte analysiert. Zur wissenschaftlichen Weiterverwertung werden die einschlägigen Erwägungen von nicht publizierten Entscheiden hiernach wiedergegeben. Bei Bedarf kann der Autor die vollständigen Entscheide zur Verfügung stellen. 386

1. Kanton Bern

Entscheid HG 21 77 des Handelsgerichts Bern vom 28. September 2021

(…)

E. 13.1: *Eine Klage bzw. Gesuchsänderung ist nur zulässig, falls sie sich auf zulässige Noven (Art. 229 i.V.m. 230 Abs. 1 Bst. b ZPO) stützt (vgl. KiLLlAS, in: Berner Kommen tar, 2012, N 4 zu Art. 230 ZPO). Im Summarverfahren tritt der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Nur bis zu diesem Zeitpunkt können sich die Par teien uneingeschränkt zur Sache äussern (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1). Vorliegend ist der Aktenschluss mit Eingang der Gesuchsantwort eingetreten. Ein zweiter Schriftenwechsel wurde nicht angeordnet (vgl. Verfügung vom 18. August 202l, pag. 45 f.).*

E. 13.2: *Neue Tatsachen und Beweismittel können deshalb nach dem ersten Schriftenwechsel nur, aber immerhin, noch unter den Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2). Zu berücksichtigen sind die vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel nur noch, wenn es sich entweder um erst nach Aktenschluss entstandene handelt (echte Noven) oder wenn diese zwar schon früher bestanden haben, jedoch trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).*

E. 13.3: *Das Gericht darf bei der Entscheidfindung Noven nur noch berücksichtigen, wenn sie «ohne Verzug» vorgebracht worden sind, was für echte und unechte Noven gleichermassen gilt (vgl. Willisegger, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N 34 zu Art. 229 ZPO). Was «ohne Verzug» bedeutet, ist in der Lehre umstritten. Frag lich ist, innert welcher Frist Noven in das Verfahren eingebracht werden können. Für das Summarverfahren wird postuliert, dass trotz Massgeblichkeit der Einzelfallumstände grundsätzlich von einer 10-tägigen Novenfrist auszugehen sei (Sogo/Baechler, Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: AJP 2020*

S. 315 ff., S. 329 f. m.w.H.). Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offengelassen (Urteil BGer 5A_141/2019 vom 7. Juni 2019 E. 6.3). «Verzug» bedeutet nach dem Wort laut «Rückstand» oder «Verzögerung». «Ohne Verzug» bedeutet demnach nicht «sofort», sondern ohne zu langes Zuwarten. Die betroffene Partei darf somit mit der Einführung der Noven in das Verfahren nicht länger zuwarten, als es sachlich gerechtfertigt ist. Dabei ist ihr angemessene Zeit für die rechtliche Beurteilung der neu bekannt gewordenen Tatsache sowie für die Verfassung der Eingabe zuzugestehen. Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist zusätzlich dem Zeitbedarf für die Kommunikation zwischen Rechtsvertretung und Partei Rechnung zu tragen. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, dass die einzelnen Vorkehren rasch erfolgen. Zu berücksichtigen ist zudem die Verfahrensart. Im Summarverfahren gelten allgemein kürzere Fristen als im ordentlichen und vereinfachten Verfahren. Hat das Gericht, wie Im vorliegenden Fall, der Gegenpartei eine zehntägige Frist zur Stellungnahme zum Gesuch angesetzt, so ist der gesuchstellenden Partei ohne weiteres zumut bar, eigene zusätzliche Eingaben ebenfalls innert 10 Tagen ab dem fristauslösen den Ereignis einzureichen. Während die gesuchstellende Partei nur einzelne neue Tatsachen in den Prozess einbringen muss, musste sich nämlich die Gegenpartei innert der gleichen Frist zum gesamten Prozessstoff äussern. Es sind daher keine Gründe ersichtlich, der Partei, die neue Tatsachen oder Beweismittel einbringt, da zu eine längere Frist einzuräumen als der Gegenpartei für eine Stellungnahme zu stand. Ist die Sache besonders dringlich, wie dies im Verfahren auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme stets der Fall ist, wäre an sich eine zusätzliche Beschleunigung sachgerecht. Um dem praktischen Bedürfnis nach einer allgemein gültigen Regel Rechnung zu tragen, ist jedoch eine Bemessung der Frist je nach den Umständen des Einzelfalls nicht angezeigt. Vielmehr ist die Frist für das Summarverfahren einheitlich anzusetzen. Angemessen erscheint aus den genannten Gründen eine Frist von 10 Tagen. Von dieser Regel kann in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden, z.B. wenn eine sehr grosse Anzahl neuer Tatsachen und Beweismittel in den Prozess eingeführt werden muss, was entsprechenden Arbeitsaufwand mit sich bringt. In einem solchen Fall hat aber die betroffene Partei das Gericht sofort um Ansetzung einer angemessenen Frist zu ersuchen. Im vorliegenden Fall stellte sich indes diese Frage nicht. Die Gesuchsteller haben die neue Tatsache, die Anlass zur Gesuchsänderung gab, am 16. August 2021 erfahren (vgl. Eingabe vom 27. August 2021, Rz. 80, pag. 52; Gesuchsbeilage [GB] 20). Demnach lief die Frist für die Noveneingabe am 26. August 2021, einem Donnerstag, ab. Da die Gesuchsteller die neue Tatsache erst am 27. August 2021 in das Verfahren einbrachten, ist sie im vorliegenden Verfahren

nicht zu berücksichtigen. Damit beruht die Gesuchsänderung nicht auf neuen Tatsachen, weshalb sie unzulässig ist.

Entscheid CIV 14 6394 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 30. April 2014

(…)

E. 19: *Im ordentlichen erstinstanzlichen Verfahren können neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich bis zum Abschluss des (doppelten) Schriftenwechsels vorgebracht werden (vgl. Art. 229 ZPO). Es stellt sich die Frage, inwiefern diese Regelung auch auf das summarische Verfahren anwendbar ist.*

E. 20: *Zwar bestimmt Art. 219 ZPO, dass die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens subsidiär auch für sämtliche übrigen und somit auch für das summarische Verfahren gelten. Das System von Art. 229 ZPO kann jedoch nicht unbesehen auf das summarische Verfahren übertragen werden (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, Art. 257 N 19). Denn im summarischen Verfahren findet regelmässig nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (vgl. Art. 253 ZPO) und das Gericht kann anschliessend – wie vorliegend – auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Die unbeschränkte Möglichkeit zum Vorbringen von Noven widerspräche ausserdem der geforderten Schnelligkeit des summarischen Verfahrens im Allgemeinen (Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.09.2012 [ZK 12 217] E. 25).*

E. 21: *Folglich ist davon auszugehen, dass die Novenschranke im summarischen Verfahren grundsätzlich nach den ersten Vorträgen eintritt (PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Art. 229 N 25). Eine Ausnahme mag dort gerechtfertigt sein, wo ein Entscheid mit materieller Rechtskraft ergeht (Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.09.2012 [ZK 12 217] E. 25) oder ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, weil es der Gehörsanspruch erheischt (DANIEL WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Prozessordnung, 2. Auflage, 2013, Art. 229 N 58). Findet nämlich wie vorliegend ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel statt, unterscheidet sich das Summarverfahren nicht mehr erheblich vom ordentlichen Verfahren, weshalb es sich rechtfertigt, Art. 229 Abs. 2 ZPO analog anzuwenden und neue Tatsachen und Beweismittel bis zum Abschluss des zweiten Schriftenwechsels zu-*

zulassen (vgl. zum Zeitpunkt des Aktenschlusses: SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, S. 129 Rz. 343). Die Novenschranke tritt in casu somit erst nach den zweiten Vorträgen ein (Replik / Duplik). Die durch die Gesuchstellerin im Rahmen der Replik vom 28.11.2014 eingereichte Beilage 20 ist somit zu berücksichtigen. Der Verfahrensantrag der Gesuchsgegner ist daher abzuweisen. Der Verfahrensausgang wäre zudem selbst bei Nichtberücksichtigung der Gesuchsbeilage 20 derselbe gewesen.

Entscheid CIV 14 5765 / 14 6928 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 30. Januar 2015

(…)

E. 10: *Mit Eingabe vom 22. Januar 2015 haben die Gesuchsgegner einen auf den Gesuchsgegner lautenden Mietvertrag für eine Wohnung an der (…) in (…) eingereicht. Dieser soll belegen, dass die Wohnung an der (…) in (…) nicht überbelegt ist.*

Hierzu ist zu bemerken, dass nach einem zweifachen Schriftenwechsel der Aktenschluss eintritt. Neue Tatsachen und Beweismittel können danach nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312 E. 6.3.2).

Die Zulässigkeit neuer Sachvorbringen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO wird durch die Unterscheidung von echten Noven (lit. a) und unechten Noven (lit. b) vorbestimmt, wobei sie in beiden Fällen ohne Verzug vorgebracht werden müssen.

Der eingereichte Mietvertrag datiert vom 24. Dezember 2014, ist somit nach Aktenschluss entstanden und stellt ein grundsätzlich zulässiges echtes Novum dar. Indem das Novum aber ohne Begründung erst mit Eingabe vom 22. Januar 2015 vorgebracht wurde, mithin fast einen ganzen Monat nach dessen Entstehung, ist dem Erfordernis des Vorbringens ohne Verzug keine Genüge getan, insbesondere weil es sich vorliegend um ein summarisches Verfahren mit kurzen Fristen handelt. Die Eingabe der Gesuchsgegner vom 22. Januar 2015 wird deshalb nicht berücksichtigt. Sie wird den Gesuchstellern mit dem Entscheid zur Kenntnisnahme zugestellt.

Entscheid CIV 14 7038 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 9. April 2015

(…)

E. 17: *Zwar bestimmt Art. 219 ZPO, dass die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens subsidiär auch für sämtliche übrigen und somit auch für das summarische Verfahren gelten. Das System von Art. 229 ZPO kann jedoch nicht unbesehen auf das summarische Verfahren übertragen werden (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, Art. 257 N 19). Denn im summarischen Verfahren findet regelmässig nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (vgl. Art. 253 ZPO) und das Gericht kann anschliessend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Die unbeschränkte Möglichkeit zum Vorbringen von Noven widerspräche ausserdem der geforderten Schnelligkeit des summarischen Verfahrens im Allgemeinen (Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.09.2012 [ZK 12 217] E. 25).*

E. 18: *Folglich ist davon auszugehen, dass die Novenschranke im summarischen Verfahren grundsätzlich nach den ersten Vorträgen eintritt (PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Art. 229 N 25). Eine Ausnahme mag dort gerechtfertigt sein, wo ein Entscheid mit materieller Rechtskraft ergeht oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, weil es der Gehörsanspruch unbedingt erheischt (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, a.a.O., Art. 257 N 21; DANIEL WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Schweizerische Prozessordnung, 2. Aufl., 2013, Art. 229 N 58).*

Entscheid CIV 16 5598 des Regionalgerichts Bern-Mittelland 15. November 2016

(…)

E. 8: *Vorab ist zu befinden, ob die unaufgeforderte Replik vom 2. November 2016 berücksichtigt werden kann oder nicht.*

Nach konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Bern sind im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort/Stellungnahme einzureichen (vgl. Art. 253 und Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt des Aktenschlusses ist für alle Summarverfahren gleich zu bestimmen und kann nicht davon abhängen, ob ein zweiter Schriftenwechsel an-

geordnet oder eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Die restriktive Zulassung von Noven gilt unabhängig von der Beweislast und erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche eine Partei den Hauptbeweis zu erbringen hat, sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese mittels Gegenbeweises den Hauptbeweis zu entkräften sucht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist für unechte Noven nur dann zuzulassen, wenn in der gegnerischen Eingabe überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste (vgl. Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15. Juli 2015, E. 2.3.1 f.; s.a. Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 14 476 vom 04. Dezember 2014, E. 6 f.; Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21. September 2012, E. 22–25; ebenso Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 vom 16. Dezember 2014, E. 7). Es stellt sich die Frage, ob beim Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine weitere Ausnahme von dieser strengen Handhabung des Novenrechts angebracht ist. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist eine vorsorgliche Massnahme sui generis, da bereits das materielle Recht eine vorläufige Eintragung zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte vorschreibt (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). So erklärt sich auch, weshalb die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts explizit durch Nennung im Gesetzeskatalog dem summarischen Verfahren zugewiesen ist (vgl. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Bei Gutheissung des Gesuchs um vorläufige Eintragung muss innert Frist ein Hauptprozess zur Überprüfung des Pfanderrichtungsanspruchs angehoben werden. Eine Abweisung hingegen hat in den meisten Fällen die definitive Verwirkung des Anspruchs zur Folge. Das Problem wird dadurch verschärft, dass dem Massnahmeentscheid von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 lit. b und Art. 325 Abs. 1 ZPO) und er unmittelbar mit Eröffnung vollstreckbar ist. Das erkennende Gericht muss daher im abweisenden Entscheid die Löschung eines superprovisorisch bereits vorgemerkten Pfandrechts die sofortige Löschung anordnen. In Anbetracht der weitreichenden Folgen einer Abweisung hat das Bundesgericht für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten wesentliche tiefere Hürden für das Beweismass und die rechtliche Prüfung des Anspruchs definiert als sie für andere im Summarverfahren zu beurteilende Ansprüche gelten. Analog gebietet sich, auch andere prozessrechtliche Hürden wie das Novenrecht grosszügig zu handhaben und damit auszuschliessen, dass das Prozessrecht einen materiellrechtlichen Anspruch vernichtet. Die unaufgeforderte Replik vom 2. November 2016 wird aus diesen Überlegungen ungeachtet ihres novenrechtlichen Gehalts berücksichtigt.

Entscheid CIV 16 5584 des Regionalgerichts Bern-Mittelland
17. November 2016

(…)

E. 10: *Vorab ist zu befinden, ob die unaufgeforderte Stellungnahme vom 11. November 2016 berücksichtigt werden kann oder nicht.*

Nach konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Bern sind im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort/Stellungnahme einzureichen (vgl. Art. 253 und Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt des Aktenschlusses ist für alle Summarverfahren gleich zu bestimmen und kann nicht davon abhängen, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Die restriktive Zulassung von Noven gilt unabhängig von der Beweislast und erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche eine Partei den Hauptbeweis zu erbringen hat, sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese mittels Gegenbeweises den Hauptbeweis zu entkräften sucht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist für unechte Noven nur dann zuzulassen, wenn in der gegnerischen Eingabe überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste (vgl. Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15. Juli 2015, E. 2.3.1 f.; s.a. Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 14 476 vom 04. Dezember 2014, E. 6 f.; Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21. September 2012, E. 22–25; ebenso Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 vom 16. Dezember 2014, E. 7). Eine zweite Ausnahme, die hier jedoch nicht weiter zu erörtern ist, gilt in Fällen, in denen ein Entscheid mit materieller Rechtskraftwirkung ergeht (Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21. September 2012, E. 25). Vorliegend hat die Gesuchsgegnerin mit ihrer Eingabe vom 4. November 2016 keine überraschenden Tatsachen und Umstände vorgetragen, mit denen nach den Umständen nicht gerechnet werden musste. Die unaufgeforderte Stellungnahme enthält weder echte Noven noch Entschuldigungsgründe im Sinn von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO und ist daher samt den darin enthaltenen Beilagen nicht zu beachten.

Entscheid CIV 16 5555 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 29. November 2016

(…)

E. 7: *Vorab ist zu befinden, ob die unaufgeforderte Stellungnahme vom 31. Oktober 2016 berücksichtigt werden kann oder nicht.*

Nach konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Bern sind im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort/Stellungnahme einzureichen (vgl. Art. 253 und Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt des Aktenschlusses ist für alle Summarverfahren gleich zu bestimmen und kann nicht davon abhängen, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Die restriktive Zulassung von Noven gilt unabhängig von der Beweislast und erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche eine Partei den Hauptbeweis zu erbringen hat, sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese mittels Gegenbeweises den Hauptbeweis zu entkräften sucht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist für unechte Noven nur dann zuzulassen, wenn in der gegnerischen Eingabe überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste (vgl. Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15. Juli 2015, E. 2.3.1 f.; s.a. Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 14 476 vom 04. Dezember 2014, E. 6 f.; Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21. September 2012, E. 22–25; ebenso Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 vom 16. Dezember 2014, E. 7).

Es stellt sich die Frage, ob im Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine weitere Ausnahme von dieser strengen Handhabung des Novenrechts angebracht ist. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist eine vorsorgliche Massnahme sui generis, da bereits das materielle Recht eine vorläufige Eintragung zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte vorschreibt (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). So erklärt sich auch, weshalb die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts explizit durch Nennung im Gesetzeskatalog dem summarischen Verfahren zugewiesen ist (vgl. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Bei Gutheissung des Gesuchs um vorläufige Eintragung muss innert Frist ein Hauptprozess zur Überprüfung des Pfanderrichtungsanspruchs angehoben werden. Eine Abweisung hingegen hat in den meisten Fällen die definitive Verwirkung des Anspruchs zur Folge. Das Problem wird dadurch verschärft, dass dem Massnahmeentscheid von

Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 lit. b und Art. 325 Abs. 1 ZPO) und er unmittelbar mit Eröffnung vollstreckbar ist. Das erkennende Gericht muss daher im abweisenden Entscheid die sofortige Löschung eines superprovisorisch bereits vorgemerkten Pfandrechts anordnen. In Anbetracht der weitreichenden Folgen einer Abweisung hat das Bundesgericht für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten wesentliche tiefere Hürden für das Beweismass und die rechtliche Prüfung des Anspruchs definiert als sie für andere im Summarverfahren zu beurteilende Ansprüche gelten. Analog gebietet sich, auch andere prozessrechtliche Hürden wie das Novenrecht grosszügig zu handhaben und damit auszuschliessen, dass das Prozessrecht einen materiellrechtlichen Anspruch vernichtet. Die unaufgeforderte Replik vom 31. Oktober 2016 wird aus diesen Überlegungen ungeachtet ihres novenrechtlichen Gehalts berücksichtigt.

(…)

Entscheid CIV 16 5334 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 13. Dezember 2016

(…)

E. 9: *Nach konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Bern sind im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort/Stellungnahme einzureichen. Ein zweiter Schriftenwechsel findet in diesem auf Einfachheit und Raschheit ausgerichteten Summarverfahren nur ausnahmsweise statt und endet abgesehen von gesetzlichen Ausnahmefällen ohne mündliche Verhandlung schriftlich durch einen Aktenentscheid (vgl. Art. 253 und Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt des Aktenschlusses ist für alle Summarverfahren grundsätzlich gleich zu bestimmen und kann nicht davon abhängen, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Die restriktive Zulassung von Noven gilt unabhängig von der Beweislast und erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche eine Partei den Hauptbeweis zu erbringen hat, sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese mittels Gegenbeweis den Hauptbeweis zu entkräften sucht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nach der obergerichtlichen Praxis für unechte Noven jedenfalls dann zuzulassen, wenn in der gegnerischen Eingabe überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste. Diesfalls hat die Partei*

gestützt auf Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO unverzüglich eine Noveneingabe zu machen bzw. zur Ergänzung ihres Tatsachenvortrags einen zweiten Schriftenwechsel zu beantragen. Für blosse Einwendungen, d.h. Tatsachenvorbringen der Gegenpartei, die geeignet sind, den Bestand des eigenen behaupteten Rechts in Zweifel zu ziehen, ist jedoch die Ausnahmeregel nicht grosszügig zu handhaben. Stattdessen wird von jeder Partei verlangt, dass sie die nach den Umständen voraussehbaren gegnerischen Vorbringen bereits im ersten eigenen Tatsachenvortrag entkräftet, ohne dass diese in der vorprozessualen Auseinandersetzung bereits zur Sprache gekommen sein müssten (vgl. Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15.07.2015, E. 2.3.1 f.; s.a. Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 14 476 vom 04.12.2014, E. 6 f.; Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21.09.2012, E. 22–25). Eine zweite Ausnahme hält das Obergericht als obiter dictum dort für angebracht, wo ein Entscheid mit materieller Rechtskraftwirkung ergeht (Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21.09.2012, E. 25, mit Bezug auf den Rechtsschutz in klaren Fällen).

(…)

Entscheid CIV 16 5717 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 30. Januar 2017

(…)

E. II/3: *Es stellt sich die Frage, ob die Replik vom 20.12.2016 (Eingang 21.12.2016) für den vorliegenden Entscheid berücksichtigt werden darf.*

Da im Summarverfahren kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen ist, tritt die Novenschranke grundsätzlich nach den ersten Vorträgen ein (vgl. Art. 229 ZPO). Ein Nachreichen von Unterlagen ist nur dann möglich, wenn die entsprechende Urkunde zur Widerlegung eines nicht zu erwartenden Vorbringens des Schuldners dient. Das verfassungs- bzw. konventionsmässige Replikrecht (BGE 132 I 42 E. 3.3; BGE 133 I 110 E. 4.5; BGE 138 I 484 E. 2.1.) bezweckt nicht, den Parteien zu ermöglichen, bereits ursprünglich inhaltlich mangelhafte Eingaben zu verbessern (vgl. Regeste des Entscheids ZK 12 217 des bernischen Obergerichts vom 21.09.2012). Nebst der Nachreichung von Unterlagen bei nicht zu erwartenden Vorbringen der Gegenpartei können jederzeit sog. echte Noven vorgebracht werden, d.h. Tatsachen und Beweismittel, welche erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden oder gefunden worden sind (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO).

Vorliegend reichte die Gesuchstellerin mit ihrer Eingabe vom 20.12.2016 (Eingang 21.12.2016) keine neuen Beilagen ein, sondern nahm Stellung zu den Ausführungen der Gesuchsgegnerin bezüglich einem angeblich treuwidrigen Verhalten der Gesuchstellerin sowie einer angeblich von ihr begangenen strafbaren Handlung. Bei Gesuchseinreichung musste die Gesuchstellerin nicht damit rechnen, dass die Gesuchsgegnerin diese Vorwürfe vorbringen würde. Ihre Stellungnahme zu den unerwarteten Vorbringen muss deshalb gehört werden. Die Gesuchsgegnerin hat keine Duplik eingereicht.

Entscheid CIV 16 3364 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 17. Februar 2017

(…)

E. 11: *Vorab ist zu befinden, ob die mit Stellungnahme vom 21. September 2016 von den Gesuchstellern unaufgefordert vorgebrachten Sachvorbringen zu berücksichtigen sind oder nicht.*

Nach konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Bern sind im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort/Stellungnahme einzureichen (vgl. Art. 253 und Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt des Aktenschlusses ist für alle Summarverfahren gleich zu bestimmen und kann nicht davon abhängen, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Die restriktive Zulassung von Noven gilt unabhängig von der Beweislast und erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche eine Partei den Hauptbeweis zu erbringen hat, sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese mittels Gegenbeweises den Hauptbeweis zu entkräften sucht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist für unechte Noven nur dann zuzulassen, wenn in der gegnerischen Eingabe überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste (vgl. Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15. Juli 2015, E. 2.3.1 f.; s.a. Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 14 476 vom 04. Dezember 2014, E. 6 f.; Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21. September 2012, E. 22–25; ebenso Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 vom 16. Dezember 2014, E. 7). Die Gesuchsteller gingen zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung davon aus, dass zwischen den Parteien Konsens über den Sanierungsbedarf der Fensterkonstruktionen an der

_____strasse 2 und 4 bestehe, weil sie mangelhaft seien. Dies wurde von der Gesuchsgegnerin mit Stellungnahme vom 22. August 2016 bestritten. Nach Ansicht der Gesuchsteller waren einzig die Fragen, ob die Fensterkonstruktion als solche falsch geplant respektive mangelhaft sei oder die Anschlussdetails, sowie welche Fenster aller Wohnungen der _____strasse 2 und 4 konkret in welchem Umfang betroffen und deswegen zu sanieren seien, umstritten. Anlass für die gesuchstellerische Annahme gab einerseits das Verhalten der Gesuchsgegnerin, welche stets aktiv wurde, sobald ein Mangel gemeldet wurde; respektive bei jeder Meldung von Wasserinfiltrationen eine kostenlose Nachbesserung übernommen hat (vgl. GB 8 bis 15 m.w.H.), andererseits das von der Gesuchsgegnerin verfasste Sanierungskonzept, welches sämtliche Fenster der Wohnungen an der _____strasse 2 und 4 miteinschloss (vgl. GB 18). Aufgrund der vorprozessuale Geschichte zwischen den Parteien und des gesuchsgegnerischen Verhaltens bis zur Gesuchseinreichung, erachtet das Gericht die Bestreitung der Mangelhaftigkeit respektive des Sanierungsbedarfs der Fensterkonstruktionen als für die Gesuchsteller überraschende Tatsache, mit welcher sie nicht zu rechnen hatten. Gestützt auf die obergerichtliche Rechtsprechung konnten die Gesuchsteller hierauf unaufgefordert replizieren. Die Stellungnahme bzw. Replik vom 21. September 2016 ist daher zu den Akten zu erkennen.

Die mit Stellungnahme vom 21. September 2016 unaufgefordert vorgebrachten Sachvorbringen werden aus diesen Überlegungen ungeachtet ihres novenrechtlichen Gehalts berücksichtigt.

(…)

Entscheid CIV 16 6747 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 23. März 2017

(…)

E. 9: *Vorab ist in prozessualer Hinsicht darüber zu befinden, ob erst in der Replik und Duplik angeführte tatsächliche Vorbringen berücksichtigt werden können oder nicht.*

a. Nach konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Bern sind im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort/Stellungnahme einzureichen. Ein zweiter Schriftenwechsel findet in diesem auf Einfachheit und Raschheit ausgerichteten Summarverfahren nur ausnahmsweise statt und endet abgesehen von gesetzlichen Ausnahmefällen ohne

mündliche Verhandlung schriftlich durch einen Aktenentscheid (vgl. Art. 253 und Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt des Aktenschlusses ist für alle Summarverfahren grundsätzlich gleich zu bestimmen und kann nicht davon abhängen, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Die restriktive Zulassung von Noven gilt unabhängig von der Beweislast und erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche eine Partei den Hauptbeweis zu erbringen hat, sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese mittels Gegenbeweis den Hauptbeweis zu entkräften sucht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nach der obergerichtlichen Praxis für unechte Noven jedenfalls dann zuzulassen, wenn in der gegnerischen Eingabe überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste. Diesfalls hat die Partei gestützt auf Art. 229 Abs. 1 Bst. b ZPO unverzüglich eine Noveneingabe zu machen bzw. zur Ergänzung ihres Tatsachenvortrags einen zweiten Schriftenwechsel zu beantragen. Für blosse Einwendungen, d.h. Tatsachenvorbringen der Gegenpartei, die geeignet sind, den Bestand des eigenen behaupteten Rechts in Zweifel zu ziehen, ist jedoch die Ausnahmeregel nicht grosszügig zu handhaben. Stattdessen wird von jeder Partei verlangt, dass sie die nach den Umständen voraussehbaren gegnerischen Vorbringen bereits im ersten eigenen Tatsachenvortrag entkräftet, ohne dass diese in der vorprozessualen Auseinandersetzung bereits zur Sprache gekommen sein müssten (vgl. Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15.07.2015, E. 2.3.1 f.; s.a. Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 14 476 vom 04.12.2014, E. 6 f.; Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21.09.2012, E. 22–25; ebenso Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 vom 16.12.2014, E. 7 i.B. auf das Bauhandwerkerpfandrecht). Eine zweite Ausnahme hält das Obergericht als obiter dictum dort für angebracht, wo ein Entscheid mit materieller Rechtskraftwirkung ergeht (Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 12 217 vom 21.09.2012, E. 25, mit Bezug auf den Rechtsschutz in klaren Fällen).

b. Es stellt sich die Frage, ob beim Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine weitere Ausnahme von dieser strengen Handhabung des Novenrechts richtig ist. Soweit ersichtlich haben sich das Bundesgericht und das Obergericht zu dieser Frage bislang noch nicht geäussert und die Lehre hat sich nicht damit auseinandergesetzt.

c. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist eine vorsorgliche Massnahme sui generis, da bereits das materielle Recht eine vorläufige Eintragung zur Sicherung behaup-

teter dinglicher Rechte festschreibt (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und die vom Gesetz vorgegebenen Voraussetzungen in jene einer vorsorglichen Massnahme umgemünzt werden können (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, N 542 ff.). Dem Wesen nach werden denn auch nicht die typischen Massnahmevoraussetzungen (vgl. Art. 261 ZPO, Verfügungsanspruch, Verfügungsgrund und zeitliche Dringlichkeit) im Entscheid geprüft, sondern die spezifischen im ZGB verankerten Voraussetzungen (Art. 837–839 ZGB). Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist denn auch explizit durch Nennung im Gesetzeskatalog dem summarischen Verfahren zugewiesen (vgl. Art. 249 Bst. d Ziff. 5 ZPO).

Bei Gutheissung des Gesuchs um vorläufige Eintragung, hat der Entscheid zwar nicht materielle Rechtskraftwirkung, da innert Frist ein Hauptprozess zur Überprüfung des Pfanderrichtungsanspruchs angehoben werden muss (vgl. Erw. 23 f.). Eine Abweisung (Nichteintragung resp. im Falle einer vorgängig superprovisorisch erfolgten Eintragung die Löschung des Grundpfandrechts) hingegen hat in den meisten Fällen die definitive Verwirkung des Anspruchs wegen Nichteinhalten der Eintragungsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) zur Folge. Es sind kaum Fälle denkbar, bei welchen der Forderungsinhaberin auch nach Abschluss des Massnahmeverfahrens genügend Zeit bleibt, nochmals ein Verfahren einzuleiten, um die Eintragungsfrist wahren zu können. Das Problem wird dadurch verschärft, dass dem Massnahmeentscheid von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 Bst. b und Art. 325 Abs. 1 ZPO) und er unmittelbar mit Eröffnung vollstreckbar ist. Das erkennende Gericht muss daher im abweisenden Entscheid die Löschung eines superprovisorisch bereits vorgemerkten Pfandrechts zeitgleich anweisen. Im Falle, in welchem noch keine Eintragung erfolgt ist, wäre die Frist, wie dargelegt, ohnehin irreversibel verstrichen. Diese Folgen kommen de facto der materiellen Rechtskraftwirkung gleich. In Anbetracht der weitreichenden Folgen einer Abweisung hat das Bundesgericht für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten wesentlich tiefere Hürden für das Beweismass und die rechtliche Prüfung des Anspruchs definiert als sie für andere im Summarverfahren zu beurteilende Ansprüche gelten (vgl. Erw. 11). Analog gebietet sich, auch andere prozessrechtliche Hürden wie das Novenrecht grosszügig zu handhaben und damit auszuschliessen, dass das Prozessrecht einen materiellrechtlichen Anspruch vereitelt. Die in der Replik und Duplik enthaltenen Vorbringen werden aus diesen Überlegungen berücksichtigt.

Entscheid CIV 17 4592 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 3. Juli 2018

(…)

E. 12: *Es stellt sich die Frage, ob die Eingaben samt Beilagen vom 19.01.2018, insbesondere die Steuererklärungen 2010–2015, für den vorliegenden Entscheid berücksichtigt werden dürfen.*

Da im Summarverfahren kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen ist, tritt die Novenschranke grundsätzlich nach den ersten Vorträgen ein (vgl. Art. 229 ZPO). Ein Nachreichen von Unterlagen ist nur dann möglich, wenn die entsprechende Urkunde zur Widerlegung eines nicht zu erwartenden Vorbringens des Schuldners dient. Die richterliche Fragepflicht ist im summarischen Verfahren entsprechend beschränkt (vgl. die Entscheide des bernischen Obergerichts ZK 12 217 vom 21.09.2012, E. 23 ff. und ZK 15 206 vom 15.07.2015, E. 2.3). Somit können selbst bei Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels oder einer Hauptverhandlung keine unechten Noven mehr vorgebracht werden. Der Zeitpunkt, in welchem die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen müssen, kann nicht von der Zufälligkeit des jeweiligen Falls resp. der richterlichen Prozessgestaltung im Einzelfall abhängen (vgl. insb. Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 257 N 19 f.). Eine Ausnahme von der Regel, dass die Novenschranke bereits nach den ersten Vorträgen eintritt, könnte allenfalls dort gerechtfertigt sein, wo wie beim Rechtsschutz in klaren Fällen ein Entscheid mit materieller Rechtskraft ergeht (vgl. Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 257 N 21). Dies ist jedoch in casu gerade nicht der Fall, zumal nach dem Summarentscheid im Verfahren nach Art. 265a Abs. 1–3 SchKG in einem ordentlichen Verfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG Klage auf Bestreitung oder Feststellung von neuem Vermögen angehoben werden kann. Da die mit Eingabe vom 19.01.2018 eingereichten Unterlagen bzw. der Editionsantrag bereits im Zeitpunkt der Gesuchsbegründung vom 25.10.2017, deren Frist zudem verlängert wurde, hätten eingereicht werden können und damit unechte Noven darstellen, wird festgestellt, dass diese verspätet vorgelegt bzw. beantragt worden sind und folglich für den Entscheid nicht berücksichtigt werden dürfen.

Folglich werden für diesen Entscheid als Beweismittel der Gesuchstellerin lediglich die Unterlagen berücksichtigt, die mit Schreiben vom 25.10.2017 eingereicht wurden.

Entscheid CIV 18 3003 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 9. August 2018

(…)

E. 8: *Vorweg ist auf die unaufgefordert dem Gericht zugestellten Eingaben vom 31.07.2018 und vom 07.08.2018 einzugehen. In Summarverfahren findet in der Regel kein zweiter oder mehrfacher Schriftenwechsel statt. Entsprechend wurde in Ziffer 7 der superprovisorischen Verfügung vom 02.07.2018 festgehalten, dass das Gericht nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist ohne weitere Vorbringen der Parteien über das Gesuch schriftlich entscheiden werde. Die Zustellung der gesuchsgegnerischen Stellungnahme vom 19.07.2018 an den Gesuchsteller erfolgte zur Kenntnisnahme ohne Fristansetzung. Trotz der Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel steht den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zu, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (BGer 4A_557/2017 vom 21.02.2018, E. 2.1 mit Verweisen). Die Parteien haben mit ihren Eingaben von diesem Recht Gebrauch gemacht. Die Eingabe der Gesuchsgegnerin erfolgte 12 Tage nachdem sie ihre Vernehmlassung eingereicht hatte. Die Eingabe des Gesuchstellers erfolgte 17 Tage nach Zustellung der gesuchsgegnerischen Stellungnahme vom 19.07.2018 und somit innerhalb der vom Bundesgericht auf 20 Tage festgelegten Wartefrist. Beide Eingaben sind somit grundsätzlich zu berücksichtigen, in inhaltlicher Hinsicht jedoch nicht unbeschränkt: Hat das Gericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichtet und entscheidet es aufgrund der Akten, so tritt das Summarverfahren mit der Erstattung der Antwort unmittelbar in das Entscheidstadium über, wo ein absolutes Novenverbot greift (BSK ZPO – Willisegger, N 58 zu Art. 229 ZPO, BGer 4A_557/2017 vom 21.02.2018, E. 2.2 und 2.3). Der Aktenschluss tritt nach einmaliger Äusserung auch dann ein, wenn die Parteien von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Recht Gebrauch machen und weitere Stellungnahmen einreichen. Mangels gerichtlicher Erweiterung des vorliegenden Verfahrens auf einen zweiten Schriftenwechsel bzw. eine Verhandlung ist der Aktenschluss bereits nach Eingang der gesuchsgegnerischen Stellungnahme vom 19.07.2018 eingetreten. Soweit die Eingaben vom 31.07.2018 und vom 07.08.2018 neue Vorbringen oder Beweismittel enthalten, sind diese unberücksichtigt zu lassen. Im Übrigen sind die Eingaben jedoch zu berücksichtigen, insbesondere wenn sich daraus die Gegenstandslosigkeit des rechtshängigen Prozesses ergibt, die zur Verfahrenserledigung auch ohne Entscheid führt und von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. nachfolgend Erwägung 10).*

Entscheid CIV 18 7613 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 14. Juni 2019

(…)

E. 4: *Gemäss Art. 229 ZPO werden nach dem ordentlichen Schriftenwechsel vorgebrachte Tatsachen oder Beweismittel bei der Entscheidfindung nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt. Der Zweck dieser sogenannten Eventualmaxime besteht unter anderem in der Vermeidung der Prozessverschleppung (STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 N 37). Insbesondere das summarische Verfahren hat die rasche Herbeiführung eines Entscheides zum Ziel (CHEVALIER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf, 2. Aufl. , Art. 248 N 7). Deswegen ist es angezeigt, die Eventualmaxime auch im summarischen Verfahren gemäss Art. 219 i.V.m. Art. 229 ZPO anzuwenden (vgl. PAHUD, in: Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011 , Art. 229 N 25). Voraussehbare Einreden und Einwendungen der gesuchsgegnerischen Partei sind bereits im Gesuch zu entkräften und erfolgen mit der Replik verspätet (Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. April 2015, ZK 2015 206, E. 2.3.2). Ein vollständiger Ausschluss von Noven kann aus rechtsstaatlichen Gründen jedoch ebenfalls nicht Meinung des Gesetzgebers sein. Findet keine Hauptverhandlung statt, so muss deshalb eine Noveneingabe zugelassen werden, jedenfalls solange das Gericht noch nicht entschieden hat (SUTTER-SOMM/LöTSCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, N 21 zu Art. 257). Es würde dementsprechend zu weit führen, vom Gesuchsteller in jedem Fall zu verlangen, dass er in seinem Gesuch Unterlagen zur Entkräftung von allen erdenklichen Argumentationslinien der Gegenpartei einreichen müsste.*

2. Kanton Aargau

Entscheid ZSU.2019.46 des Obergerichts des Kantons Aargau vom 05. April 2019

(…)

E. 4: *Unter Berücksichtigung von Art. 219 ZPO, wonach die Bestimmungen betreffend das ordentliche Verfahren sinngemäss auch für die anderen Verfahren der ZPO gelten, ist es unter den Voraussetzungen von Art.229 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig, auch nach Aktenschluss unechte Noven vorzubringen (MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2014, N. 336 S. 126; KLINGLER, in: SutterSomm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerisehen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 33 zu Art. 252 ZPO). Gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Der entsprechenden Partei dürfte der Sorgfaltsnachweis in der Regel gelingen, wenn sie aufgrund der Vorbringen der Gegenpartei gezwungen ist, weitere Tatsachenbehauptungen aufzustellen und Beweismittel einzureichen (REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2017, N. 311 und N. 145; vgl. auch STAEHLIN, in: Basier Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 52 zu Art. 84 SchKG; ferner SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 21. zu Art. 257 ZPO).*

3. Kanton Luzern

Entscheid 1F 11 6 des Kantonsgerichts Luzern vom 17. August 2012

(…)

E. 7: *Im summarischen Verfahren ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen; andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Ari:. 254 ZPO). Alle Vorbringen der Parteien sind so schnell wie möglich in den Prozess einzubringen. Wird im summarischen Verfahren keine Verhandlung durchgeführt, sind Noven bis zum Ende des zweiten Rechtsschriftenwechsels uneingeschränkt möglich; danach nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO (Art. 219 i.V.m. Art. 229 ZPO).*

(…)

Entscheid 1B 14 22 des Kantonsgerichts Luzern vom 14. Juli 2014

(…)

E. 2.1: *Die Gesuchstellerin macht vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz geltend. Diese habe bereits am 19. März 2014 den angefochtenen Entscheid gefällt, weshalb sie (die Gesuchstellerin) sich zur Massnahmeantwort der Gesuchsgegnerin vom 12. März 2014 nicht habe äussern können. Darin liege eine Verletzung des Replikrechts. Entweder sei unter Berücksichtigung aller, auch ihrer Ausführungen vor Kantonsgericht, ein neuer Entscheid gemäss den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu treffen, oder die Angelegenheit sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Vervollständigung der Sachverhaltsfeststellung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG amtl.Bel. 1 S. 5–7). Nach Auffassung der Gesuchsgegnerin liegt keine Verletzung des Replikrechts vor, zumal es sich um ein beförderlich zu behandelndes Summarverfahren handle und die Gesuchstellerin über die wesentlichen Argumente bereits am 11. Februar 2014 Kenntnis gehabt habe (KG amtl.Bel. 8 S. 10–12).*

E. 2.2: *Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Dieser Anspruch ist auch grundrechtlich gewährleistet (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]) und umfasst namentlich das Recht, von jeder dem Gericht eingereichten Eingabe der Gegenpartei Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Stellungnahme neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Ge-*

richt tatsächlich zu beeinflussen vermag. Das auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Replikrecht gilt für alle gerichtlichen Verfahren. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht dieses Replikrecht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist (BGE 133 I 98 E. 2.1 und E. 2.2; BGE 132 I 42 E. 3.3 je mit Hinweisen). Von einem Rechtsuchenden kann nicht erwartet werden, dass er innert weniger Tage reagiert, wenn er Unterlagen, die von den Verfahrensbeteiligten eingereicht werden, ohne Frist zur Stellungnahme lediglich zur Kenntnisnahme erhält. Das Bundesgericht hielt fest, dass jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach 20 Tagen von einern Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden darf (BGer-Urteil 6B_1181/2013 vom 13.6.2014 E. 5.3 mit Hinweisen). Ob und inwieweit diese Rechtsprechung auch für Summarverfahren wie das vorliegende gilt, hatte das Bundesgericht – soweit ersichtlich – bislang nicht zu entscheiden. Die Obergerichte der Kantone Zürich und Bern vertreten die Auffassung, dass in Summarverfahren in der Regel eine zehntägige Frist zugestanden werden soll (AJP 7/2013 S. 979, unter Hinweis auf ZR 111 Nr. 56), mit der Folge, dass in solchen Verfahren in der Regel erst nach Ablauf von zehn Tagen von einem Verzicht auf das Replikrecht auszugeben ist.

Die Vorinstanz hat die Massnahmeantwort vom 12. März 2014 am 13. März 2014 der Gesuchstellerin (samt Beilagen), ohne Fristansetzung, zur Orientierung zugestellt (BG amtl.Bel. 9). Damit erhielt der Anwalt der Gesuchstellerin frühestens am Freitag, 14. März 2014, von der 14 Seiten umfassenden Stellungnahme Kenntnis. Bereits am Mittwoch der folgenden Woche erging der angefochtene Entscheid. Diese nur gerade drei Werktage umfassende Frist erscheint vorliegend zu kurz, zumal der Gesuchsgegnerin für die Ausarbeitung der Massnahmeantwort nach zweimaliger Fristerstreckung rund fünf Wochen (6.2.2014 bis 12.3.2014) zur Verfügung standen. Bei dieser Situation macht die Gesuchstellerin zu Recht geltend, es sei ihr das gemäss Ari:. 29 Abs. 2 BV zustehende Replikrecht verwehrt worden.

E. 2.3: *Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinn einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen*

würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. zum Ganzen: BGE 137 I 195 E. 2.3; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

Vorliegend macht die Gesuchstellerin unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend, was vom Kantonsgericht frei überprüft wird (vgl. E. 1). All ihre vor Kantonsgericht gemachten Ausführungen und gestellten Anträge werden behandelt, und die von ihr neu aufgelegten Urkunden (KG gs.Bei. 1–7) werden zu den Akten genommen, da angenommen werden darf, dass die Gesuchstellerin diese Replik bereits bei der Vorinstanz eingereicht hätte, wäre ihr das Replikrecht gewährt worden. Dasselbe gilt auch für die von der Gesuchsgegnerin vor Kantonsgericht neu aufgelegten Urkunden (KG gg.Bei. 1–17), die ebenfalls zu den Akten genommen werden. Ergänzend bleibt festzuhalten, dass sich die vorliegende Abweisung des Gesuchs nicht auf die von der Gesuchsgegnerin neu vorgebrachten Tatsachen und/oder Beweismittel stützt.

Entscheid 2C 15 46 / 2L 15 6 des Kantonsgerichts Luzern vom 14. Oktober 2015

(…)

E. 3: *Das Gericht kann in Sachen des summarischen Verfahrens aufgrund der Akten entscheiden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 256 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272); entsprechendes gilt für das Beschwerdeverfahren (Art. 327 Abs. 2 ZPO). Beschwerden betreffend Rechtsöffnungen werden im Kanton Luzern praxisgemäss in einem schriftlichen Verfahren aufgrund der Akten entschieden. Grundsätzlich ist das summarische Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren dabei mit der Erstattung einer Stellungnahme abgeschlossen; ein zweiter Schriftenwechsel findet nicht statt, weil eine breite Schriftlichkeit dem Wesen des Summarverfahrens zuwiderliefe (Mazan, Basler Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 253 ZPO N 15 mit Verweis auf die Botschaft zur ZPO S. 7350). Entsprechend war vorliegend entgegen dem gesuchsgegnerischen Antrag kein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen. Dem Gesuchsgegner stand es jedoch frei, zur Beschwerdeantwort der Gesuchstellerin, welche ihm am 15. Juli 2015 zur Orientierung zugestellt worden war (KG amtl.Bel. 10), im Rahmen seines Replikrechts umgehend Stellung zu nehmen (BGE 138 l 484 E. 2.2). Bis heute ist indessen keine Stellungnahme des Gesuchsgegners eingegangen, womit von einem Verzieht auf das Replikrecht ausgegangen werden kann.*

Entscheid 3B 15 70 des Kantonsgerichts Luzern vom 5. April 2016

(…)

E. 3.1.3.1: *Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs bedingt, dass Behörden die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hören, prüfen und in der Entscheidfindung berücksichtigen (BGE 136 I 229 E. 5.2, 124 I 49 E. 3a, 124 I 241 E. 2). Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen auf Äusserung zur Sache vor Fällung des Entscheids, auf Abnähme ihrer erheblichen, rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweise und auf Mitwirkung an der Erhebung von Beweisen oder zumindest auf Stellungnahme zum Beweisergebnis, wenn dieses geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen (BGE 140 l 99 E. 3.4, 135 II 286 E. 5.1).*

Die Ausübung des Replikrechts darf nicht verhindert werden, indem der Entscheid so rasch ergeht, dass eine Stellungnahme trotz Zustellung einer neuen Eingabe nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann. Von einem Rechtsuchenden kann insbesondere nicht erwartet werden, dass er innert weniger Tage reagiert, wenn er Unterlagen, die von den Verfahrensbeteiligten eingereicht bzw. zu den Akten genommen werden, ohne Frist zur Stellungnahme lediglich zur Kenntnisnahme erhält. Jedenfalls darf vor Ablauf von 10 Tagen nicht, nach 20 Tagen hingegen durchaus von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden (BGer-Urteil 1B_407/ 2012 vom 21.9.2012 E. 2.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten von Einwänden in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 135 l 187 E. 2.2). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs jedoch ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinn einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 l 195 E. 2.3.2, 136 V 117 E. 4.2.2.2, 133 I 201 E. 2.2).

(…)

E. 3.2.1.1: *Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Daran ändert der in summarischen Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz nichts, denn dieser sagt nicht, bis wann die Parteien neue Tatsachen und Beweisanträge vorbringen können. Diese Frage ist für das Berufungsverfahren abschliessend in Art. 317 Abs. 1 ZPO geregelt (BGE 138111625 E. 2.2).*

E. 3.2.1.2: *Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und (lit. a) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder (lit. b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO).*

Art. 229 Abs. 2 ZPO soll gewährleisten, dass sich jede Partei grundsätzlich zweimal unbeschränkt äussern kann – entweder im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels oder eines einfachen Schriftenwechsels mit anschliessender Instruktionsverhandlung oder eines einfachen Schriftenwechsels mit den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung. Wäre es möglich, an einer einem doppelten Schriftenwechsel folgenden Instruktionsverhandlung noch unbeschränkt Tatsachen vorzubringen, wäre die Eventualmaxime in das Ermessen des Gerichts gestellt, und eine Partei wüsste von vornherein nie, wann der Aktenschluss eintritt. Ein solches Vorgehen widerspricht einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf. Nach einem zweifachen Schriftenwechsel tritt deshalb unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfindet oder nicht, der Aktenschluss ein. Danach können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312 E. 6.3.2).

E. 3.2.2: *Die Gesuchstellerin legt vor Kantonsgericht zahlreiche neue Belege ins Recht. Soweit sie in diesem Zusammenhang dafürhalten sollte, infolge Gehörsverletzung vor Bezirksgericht seien Noven im Rechtsmittelverfahren unlimitiert zulässig, müsste sie sich den Einwand gefallen lassen, dass sie sich im erstinstanz-*

lichen Verfahren bereits im Rahmen des doppelten Rechtsschriftenwechsels und anlässlich der Instruktionsverhandlung zur Sache hat vernehmen lassen und unbeschränkt Noven hat vorbringen können, womit der Aktenschluss eintrat. In einer allfälligen Triplik hätte sie folglich allein noch echte Noven und unechte, die sie dem Gericht trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt nicht bereits früher zur Kenntnis bringen konnte, zum Beweis verstellen können. Sonach sind neue Beweismittel und Tatsachenbehauptungen im Berufungsverfahren ungeachtet der Gehörsverletzung lediglich unter den Bedingungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO statthaft, zumal ein Kassationsurteil des Kantonsgerichts lediglich einem Zwischenentscheid gleichkäme.

Die von der Gesuchstellerin im Rechtsmittelverfahren neu aufgelegten Urkunden datieren mit Ausnahme der Lohnübersicht ihrer Arbeitgeberin für die Monate Januar bis November 2015 (KG gs.Bel. 7) vor dem 24. September 2015 resp. betreffen – soweit es sich um später ausgedruckte Dokumente oder um selbst erstellte Tabellen handelt, denen ohnehin lediglich der Beweiswert von Parteibehauptungen zukäme, – Begebenheiten, die sich vor diesem Datum zutrugen, weshalb sie im Berufungsverfahren unbeachtlich bleiben müssen, soweit nicht bereits das Bezirksgericht (zumindest auszugsweise) davon Kenntnis hatte. Denn die finanziellen Verhältnisse der Parteien in den vergangenen Jahren bildeten den eigentlichen Kerngegenstand der erstinstanzlichen Auseinandersetzungen, weshalb es der Gesuchstellerin bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt durchaus möglich und zuzumuten gewesen wäre, der Vorinstanz diese Belege bereits zusammen mit ihrem Gesuch oder zumindest mit ihrer Replik zu unterbreiten. Im Berufungsverfahren zuzulassen sind hingegen die Nachweise betreffend die Vertragsbeziehungen der Gesuchstellerin mit der _____ AG (KG gs.Bei. 35–37), da sie sich erst durch das Prozessverhalten des Gesuchsgegners dazu veranlasst sah, dieselben einzureichen.

(…)

Entscheid 3B 16 9 / 3U 16 24 des Kantonsgerichts Luzern vom 2. Mai 2016

(…)

E. 4.3.3.2: *Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittet nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und (lit. a) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder (lit. b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letz-*

ten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO).

Art. 229 Abs. 2 ZPO soll gewährleisten, dass sich jede Partei grundsätzlich zweimal unbeschränkt äussern kann – entweder im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels oder eines einfachen Schriftenwechsels mit anschliessender Instruktionsverhandlung oder eines einfachen Schriftenwechsels mit den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung. Wäre es möglich, an einer einem doppelten Schriftenwechsel folgenden Instruktionsverhandlung noch unbeschränkt Tatsachen vorzubringen, wäre die Eventualmaxime in das Ermessen des Gerichts gestellt, und eine Partei wüsste von vornherein nie, wann der Aktenschluss eintritt. Ein solches Vorgehen widerspricht einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf. Nach einem zweifachen Schriftenwechsel tritt deshalb unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfindet oder nicht, der Aktenschluss ein. Danach können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312 E. 6.3.2).

Entscheid 1B 16 26 des Kantonsgerichts Luzern vom 4. Juli 2016

(…)

E. 6.2: *Auch wenn das Recht auf Antwort und das Replikrecht dieselbe Grundlage (i.e. den Anspruch auf rechtliches Gehör) haben, weichen sie in zwei Punkten voneinander ab. Erstens wird das Recht auf Antwort gegenüber einer (Haupt- [Art. 222 ZPO] oder Wider- [Art. 224 Abs. 3 ZPO]) Klage, einer (Haupt- oder Anschluss-)Berufung (Art. 312 ZPO) oder einer Beschwerde (Art. 322 ZPO) ausgeübt. Dagegen umfasst das Replikrecht den Anspruch der Partei, «zu sämtlichen Eingaben» der Gegenpartei unabhängig von ihrer verfahrensrechtlichen Bezeichnung (Antwort, Replik, Stellungnahme usw.) Stellung zu nehmen; selbst wenn der Richter darauf verzichtet, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, muss er diese Eingaben trotzdem den anderen Parteien zustellen. Zweitens muss der Richter der Gegenpartei eine Frist zur Einreichung ihrer Antwort setzen (bzw. die gesetzliche Frist setzen; Art. 222 Abs. 1, Art. 224 Abs. 3, Art. 253, Art. 312 [auf die Anschlussberufung sinngemäss anwendbar] und Art. 322 ZPO). Hingegen verpflichtet das Replikrecht die Behörde nicht, der Partei eine Frist zur Einreichung*

einer allfälligen Stellungnahme zu setzen. Das Gericht muss der Partei einzig eine genügende Zeitspanne zwischen der Zustellung der Eingaben und der Urteilfällung belassen, sodass sie eine Stellungnahme einreichen kann, sofern sie dies für erforderlich erachtet (BGE 142 III 48 E. 4.1, in: ZPO Online Art. 53 ZPO mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Mit Ari:. 253 ZPO wird der auch im Summarverfahren geltende Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) umgesetzt. Ein zweiter Schriftenwechsel ist darin nicht vorgesehen, sodass sich angesichts der Natur des Summarverfahrens Zurückhaltung bei der Anordnung eines solchen aufdrängt. Den Parteien geschieht durch das Fehlen eines zweiten Schriftenwechsels kein Unrecht: Sie können im Summarverfahren von Anfang an nicht mit einem zweiten Schriftenwechsel rechnen und sind deshalb gehalten, ihre Vorbringen im ersten Schriftenwechsel vorzutragen (Art. 229 ZPO analog; BGer-Urteil 5A_82/2015 vom 16.6.2015 E. 4.1 und 4.2, in: ZPO Online Newsletter vom 7.10.2015 mit Hinweisen). Die Obliegenheit, sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits im Gesuch vorzubringen, gilt grundsätzlich unabhängig von der Beweislast. Sie erstreckt sich damit auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei (Gegenbeweis) und im Grundsatz auch auf deren voraussehbare Einreden. Eine Ausnahme von dieser Regel ist dann gerechtfertigt, wenn in der Gesuchsantwort überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste. In einem solchen Fall hat die gesuchstellende Partei gestützt auf Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO unverzüglich eine Noveneingabe zu machen bzw. zur Ergänzung ihres Tatsachenvortrags einen zweiten Schriftenwechsel zu beantragen (Entscheid des Obergerichts Bern vom 15.7.2015 in: ZK 15 206 E. 2.3.2 und ZPO Online Newsletter vom 1.6.2016).

Entscheid 1B 16 42 / 1U 16 14 des Kantonsgerichts Luzern vom 9. November 2016

(…)

E. 3.1: *(…) Der Rechtsschutz in klaren Fällen ergeht im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. a ZPO). Das Verfahren bestimmt sich somit nach Art. 252 ff. ZPO und subsidiär nach den Vorschriften*

über das ordentliche Verfahren (Art. 219 ZPO). Ein zweiter Schriftenwechsel ist im Summarverfahren grundsätzlich ausgeschlossen. Dem Gesuchsteller ist jedoch unter Wahrung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zu geben, zu allfälligen entscheidrelevanten neuen Beweismitteln oder Behauptungen des Gesuchsgegners Stellung zu nehmen. Dabei genügt die blosse Zustellung der Stellungnahme ohne förmliche Aufforderung zur Replik (Rickli, Der Rechtsschutz in klaren Fällen – Ein Novum für die Berner Justiz, in: BE N'ius – Neues aus der Berner Justiz, Heft Nr. 10/2012 S. 36).

Im vorliegenden Ausweisungsverfahren hat der vorinstanzliche Einzelrichter der Gesuchstellerin ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme zur Eingabe der Gesuchsgegner vom 14.Juli 2016 bis 8. August 2016 eingeräumt (BG amtl.Bel. 10). Von dieser Möglichkeit hat die Gesuchstellerin fristgerecht Gebrauch gemacht und neu die Klagebewilligung vom 21. Juni 2016 sowie die Vollstreckbarkeitsbescheinigung der Schlichtungsbehörde vom 4. August 2016 für den Urteilsvorschlag vom 27. Mai 2016 aufgelegt (BG gs.Bei. 10 und 11). Die Stellungnahme wurde den Gesuchsgegnern zur Orientierung zugestellt (BG Eingabe der Gesuchstellerin vom 5.8.2016). Der Aktenschluss trat somit frühestens am 8. August 2016 ein. Die von der Gesuchstellerin am 5. August 2016 aufgelegten Urkunden durften somit bei der Beurteilung des Gesuchs berücksichtigt werden.

Selbst wenn die Stellungnahme der Gesuchsgegner vom 14. Juli 2016 der Gesuchstellerin nur zur Orientierung zugestellt worden wäre, hätten die Gesuchstellerin die Belege 10 und 11 nachreichen dürfen. Um das rechtliche Gehör zu gewährleisten, sind echte und (entschuldbar nicht früher vorgelegte) unechte Noven zu berücksichtigen, sofern sie sofort vorgebracht werden (Sutter-Somm/Lötscher, in: Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [Hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger], 3. Aufl. 2016, Art. 257 ZPO N 21). Erst die Behauptung der Gesuchsgegner in der Stellungnahme vom 14. Juli 2016, sie hätten den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde vorsorglich abgelehnt (BG Stellungnahme S. 8 Ziff. 20), bewog die Gesuchstellerin, sich bei der Schlichtungsbehörde Miete und Pacht zu erkundigen, ob der Urteilsvorschlag rechtskräftig geworden sei. Da die

Klagebewilligung erst am 21. Juni 2016 ausgestellt wurde (BG gs.Bel. 11), folglich nach Einreichung des vorliegenden Ausweisungsgesuchs, stellten die streitigen Urkunden (BG gs.Bel. 10 und 11) echte Noven dar und mussten von der Vorinstanz bei der Beurteilung des Gesuchs beachtet werden.

(…)

Entscheid 1B 18 34 / 1U 18 9 des Kantonsgerichts Luzern vom 16. August 2018

(…)

E. 3.1.3: *Die Vorinstanz hat die zweite Eingabe der Gesuchsgegnerin zu Recht aus dem Recht gewiesen. Vorab ist festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund des summarischen Verfahrens zur Einreichung einer Stellungnahme innert fünf Tagen aufgefordert worden ist und sie die entsprechende Eingabe mit folgenden Worten begann: «Gerne nehme ich Stellungnahme gegen die Forderung von Herrn […].» Sie ersuchte den Richter auch, mit dem Entscheid zuzuwarten, bis die Abklärung in Sachen Mietverträge und Mietverhältnisse mit der Schlichtungsbehörde geklärt sei, äusserte sich aber ausführlich zum Inhalt des Gesuchs (BG amtl. Bei. 10). Es ist davon auszugehen, dass sie – entsprechend der Einleitung der Eingabe – primär eine Stellungnahme zum Gesuch eingereicht hat und nicht ein Sistierungsgesuch mit der Möglichkeit sich später noch(mals) inhaltlich äussern zu können. Angesichts der vom Gericht angesetzten kurzen Frist hätte sie auch als Laiin ausdrücklich festgehalten, wenn sie noch mehr hätte vortragen wollen.*

Im summarischen Verfahren gibt es in der Regel weder eine Instruktionsverhandlung noch einen zweiten Schriftenwechsel. Im Summarverfahren haben die Parteien keinen Anspruch auf die Durchführung einer Hauptverhandlung. Sie könnten also bei einer Anwendung von Art. 229 ZPO auf das Summarverfahren nicht wissen, bis wann sie ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen müssen. Ausserdem kann eine unbeschränkte Möglichkeit zum Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel den Abschluss des Summarverfahrens erheblich verzögern. Da eines der Hauptziele des Summarverfahrens die Schnelligkeit des Verfahrens ist, kann eine solche Verzögerung aus prozessökonomischer Sicht und aufgrund der Zielsetzung des summarischen Verfahrens vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren allgemein und auf den Rechtsschütz in klaren Fällen im Speziellen scheint deshalb nicht gerechtfertigt. Als Grundsatz gilt deshalb, dass die Parteien dem Gericht den Sachverhalt (mit zugehörigen Beweismitteln) im Gesuch bzw. in der Stellung-

nahme zum Gesuch beizubringen haben. Der Zeitpunkt, bis zu dem die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel unbeschränkt vorbringen können, kann nicht von der Zufälligkeit des jeweiligen Falls abhängen, d.h. von der Zufälligkeit, ob das Gericht eine Hauptverhandlung anordnet oder nicht. Auch das vom Bundesgericht anerkannte Recht, sich nach Erhalt einer gegnerischen Eingabe zur Kenntnisnahme nochmals zur Sache zu Äussern kann und darf nicht dazu führen, dass mittels einer solchen Schrift unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel eingereicht werden können. Das unbeschränkte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln ist in allen Fällen nur i Gesuch und der Stellungnahme zum Gesuch möglich. Echte und unechte Noven müssen, um das rechtliche Gehör zu gewährleisten, berücksichtigt werden, sofern sie sofort vorgebracht werden (Sutter-Somm/Lötscher, in: Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 257 ZPO N 19 ff.; vgl. Hofmann, Basler Komm., 3. Auflage 2017, Art. 257 ZPO N 23b f.).

(…)

Entscheid 2C 18 49 / 2U 18 7 des Kantonsgerichts Luzern vom 17. September 2018

(…)

E. 3.3: *Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, ist im Rechtsöfnungsverfahren, das nach den Vorschriften des Summarverfahrens geführt wird, kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen (…). Das Bundesgericht führt in BGE 144 III 117 E. 2.1 aus, Art. 253 ZOI sehe vor, dass das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit gebe, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. Damit sollte nach der Botschaft vom 28. Juni 2006 ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel ausgeschlossen werden, da breite Schriftlichkeit dem Wesen dieses Verfahrens zuwiderlaufe (BBl 2006 7350). Dass nach dem historischen Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfinde, schliesse jedoch nicht aus, dass mit der gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden könne, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweise (mit Hinweis auf BGE 138 II 252 E. 2.1). Im summarischen Verfahren dürfe sich jedoch keine der Parteien darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordne (mit Hinweis auf BGE 138 III 620). Es bestehe insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich trete der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein. Allerdings ändere die Beschränkung auf einen*

einfachen Schriftenwechsel nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zustehe, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (mit Hinweis auf BGE 138 III 252 E. 2.2 S. 255 und Leuenberger, in: Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [Hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger], 3. Aufl. 2016, Art. 229 ZPO N 17).

Entgegen der Behauptung des Gesuchsgegners hat die Vorinstanz keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet. Wie der Gesuchsteller korrekt vorträgt, hat sie ihm als Laien erklärt, dass er die Möglichkeit einer Stellungnahme habe sowie allfällige Beweise einreichen könne. Diese Aufforderung beinhaltete aber nicht die Möglichkeit, neue Tatsachen und die dafür notwendigen Beweismittel einzureichen. Falls die Vorinstanz dies hätte tun wollen, was aber im Summarverfahren infolge der zeitlichen Dringlichkeit nur bei äusserst komplizierten Fällen vorkommt, hätte sie dies auch so geschrieben und entsprechend begründet. Davon steht aber im Schreiben vom 27. Februar 2018 (BG amtl.Bel. 7) überhaupt nichts. Dass die Vorinstanz am 9. März 2018 dem Gesuchsgegner, welcher anwaltlich vertreten war, die Stellungnahme des Gesuchstellers vom 8. März 2018 lediglich zur Orientierung zustellte, zeigt, dass es nie die Absicht der Vorinstanz gewesen war, in diesem Streitfall einen zweiten Rechtsschriftenwechsei anzuordnen. Wie der Gesuchsteller vorträgt, durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner sehr wohl um sein Replikrecht nach Art. 6 EMRK wusste und deshalb nicht speziell darauf hingewiesen werden musste.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, tritt der Aktenschluss grundsätzlich mit dem Abschluss des ersten Schriftenwechsels ein. Da vorliegend kein zweiter Schriftenwechsel vom Gericht angeordnet wurde, waren deshalb grundsätzlich nur die Vorbringen im Gesuch und in der Gesuchsantwort für die Beurteilung entscheidend. Davon ausgenommen wären echte Noven oder unechte, welche in entschuldbarer Weise nicht in der ersten Rechtsschrift hätten vorgebracht werden können. Soweit der Gesuchsgegner in seiner Beschwerde verlangt, dass seine Stellungnahmen vom 21. März 2018 und vom 13. April 2018 samt den aufgelegten Urkunden uneingeschränkt zu den Akten zu nehmen seien, kann diesem Antrag keine Folge gegeben werden. Denn zum einen erfolgten diese Stellungnahmen nach dem ersten Schriftenwechsel und somit nach Aktenschluss und zum andern trägt er nicht vor, welche echten und unechten Noven, deren Verspätung er vor der Vorinstanz begründet habe, darin enthalten seien und deshalb zu beachten wären.

E. 3.4: *Die Rüge des Gesuchsgegners, dass mit der Nichtbeachtung seiner Stellungnahmen vom 21. März 2018 und vom 13. April 2018 sein rechtliches Gehör verletzt sei, ist ebenfalls unberechtigt. Das rechtliche Gehör ist gewährleistet, wenn dem Gesuchsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird (Klingler, a.a.0., Art. 253 ZPO N 1). Unbestrittenermassen erhielt des Gesuchsgegner mit Schreiben vom 31. Januar 2018 die Gelegenheit, zum Gesuch um Rechtsöffnung Stellung zu nhemen. Somit hatte er Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Dass es keinen Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel gibt, hätte der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner wissen (…) müssen. (…)*

4. Kanton St. Gallen

Entscheid BS.2014.2 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 07. April 2014

(…)

E. 2.a): *Das System von Art. 229 ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweismittel vor Vorinstanz bis nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels und einer Instruktionsverhandlung mit Replik und Duplik vorgebracht werden können, ist nicht unbesehen auf summarische Verfahren zu übertragen. Im summarischen Verfahren findet nämlich in der Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (Art. 253 ZPO; CHEVALIER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 253 N 11 f.; BBI 2006,7350) und das Gericht kann anschliessend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Zudem kann das auf dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs basierende Replikrecht, welches das Recht umfasst, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können (BGE 137 I 195 E. 2.3.1; 133 I 100; 133 I 98E. 2. 1), nicht für eine Ergänzung und Verbesserung der im einfachen Schriftenwechsel gemachten Eingaben benutzt werden, da es andernfalls zu Verzögerungen käme, die aus prozessökonomischer Sicht nicht gewollt wären und die geforderte Schnelligkeit des Summarverfahrens beeinträchtigten. Weil die ZPO keine Regeln über die Eventualmaxime im summarischen Verfahren enthält und sich das Bundesgericht dazu bisher noch nicht geäussert hat, dürfen die Parteien im summarischen Verfahren insgesamt nicht damit rechnen, ein zweites Mal Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen zu können und es ist daher davon auszugehen, dass der Aktenschluss im summarischen Verfahren – zumindest wenn nicht der Untersuchungsgrundsatz Anwendung findet – grundsätzlich nach den ersten Vortragen eintritt. Jedenfalls im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, das im Besonderen Mass auf eine rasche Erledigung abzielt, haben die Parteien – vorbehalten bleiben Noven nach Novenrecht – alle Angriffs- und Verteidigungsmittel im Gesuch bzw. in der Stellungnahme zum Gesuch beizubringen (Art. 219 i.V.m. 221 und 254 ZPO; KLINGER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 541 ff. und N 678; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 19 ff.; PAHUD, Dike-Komm-ZPO, Art. 229 N 25; GÜNGERICH, Berner Kommentar, Art. 252 N 9; a.M. CPC-TAPPY, Art. 229 N 30).*

(…)

Entscheid BE.2018.1 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 31. Oktober 2018

(…)

E. 7a: *Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei zugestellt wird. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass den Verfahrensbeteiligten ein Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen zusteht, unabhängig davon, ob diese Eingaben neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten. Das Gericht muss vor Erlass seines Urteils eingegangene Vernehmlassungen den Beteiligten zukommen lassen, damit diese sich darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 f.; BGE 135 I 187 E. 2.2; BGer 4A_453/2016 E.2).*

Entscheid SZ.2013.197 des Kreisgerichts St. Gallen vom 3. Januar 2014

(…)

E. 3: *Im vorliegenden Verfahren wurde den gesetzlichen Vorgaben entsprechend (Art. 252 f. und Art. 256 Abs. 1 ZPO) ein schriftliches Verfahren mit einfachem Schriftenwechsel durchgeführt. Eine mündliche Verhandlung wurde nicht verlangt (vgl. zum Anspruch darauf Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., Rz. 11.173; BGE 139 III 189 E. 3.1 S. 191). Die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels auf dem Weg der Anwendung von Art. 219 i.V.m. Art. 225 ZPO läuft dem*

Zweck des summarischen Verfahrens zuwider (ZK ZPO/Chevalier, N 11 zu Art. 253). Wohl ist die gerichtliche Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels, gegebenenfalls auf dem Weg verfassungskonformer Auslegung (Art. 29 Abs. 2 BV), ausnahmsweise trotzdem möglich (vgl. BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254), Anspruch darauf besteht aber nicht (KUKO ZPO/Jent-SØrensen, N 7 zu Art. 252 und N 7 zu Art. 253, vgl. auch BK ZPO/Güngerich, N 10 ff. zu Art. 253; a.M. ZK ZPO/Chevalier, N 12 zu Art. 253 und BSK ZPO/Mazan, N 15 zu Art. 253 bei relevanten Noven). Die Bejahung eines solchen Anspruchs würde in der Tendenz darauf hinauslaufen, dass immer bei in Aussicht stehender Abweisung eines Gesuchs ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen wäre. Dazu besteht im Hinblick auf den Verfahrenszweck kein Anlass. Es genügt insbesondere auch im Massnahmeverfahren (BGE 139 III 189 E. 3.5 S. 193), dass die Parteien nach der Praxis die Möglichkeit haben, im Rahmen des auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK gestützten sog. Replikrechts (vgl. BGE 133 I 98 ff., 137 I 195 ff. und 138 I 484 ff.; auf Gesetzesstufe verankert in Art. 53 ZPO, vgl. BGer 5A_31/2012 E. 4.3) ausserhalb des ordentlichen Schriftenwechsels ihr rechtliches Gehör zu wahren. Insofern kann den Vorgaben des übergeordneten Rechts wie vorliegend geschehen auch ohne formellen zweiten Schriftenwechsel nachgelebt werden (KUKO ZPO/Jent-SØrensen, N 7 zu Art. 253; OF-Komm ZPO/Lazopoulos, N 4 zu Art. 253; vgl. auch BK ZPO/Güngerich, N 10 ff. zu Art. 253). Die nach der Gesuchsantwort und somit nach Abschluss des Schriftenwechsels unaufgefordert eingereichten weiteren Eingaben sind damit entgegenzunehmen, entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin handelt es sich dabei mangels gerichtlicher Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels aber nicht um Replik und Duplik im formellen Sinn.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwiefern die Parteien berechtigt sind, in einer Eingabe zur Wahrung des Replikrechts auch neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Diesbezüglich ist davon auszugehen, dass die Parteien im schriftlichen Verfahren vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung eines einfachen Schriftenwechsels gehalten sind, in ihren ordentlichen Eingaben Tatsachendarstellung und Beweismittel erschöpfend vorzubringen, dass mit anderen Worten mit Blick auf den Verfahrenszweck anschliessend Aktenschluss eintritt (DIKEKomm/Pahud, N 25 zu Art. 229; ZK ZPO/Sutter-Somm/Lötscher, N 20 zu Art. 257; lediglich im Grundsatz ebenso BSK ZPO/Willisegger, N 58 zu Art. 229; a.M. KUKO ZPO/Jent-SØrensen, N 7 zu Art. 252). Insofern drängt es sich auf, die Bestimmung von Art. 229 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO in dem Sinn analog anzuwenden, dass hier im Anschluss an den Schriftenwechsel im Rahmen des Replikrechts lediglich noch echte Noven und unverzüglich vorgebrachte unechte Noven einge-

bracht werden können (ZK ZPO/Sutter-Somm/Lötscher, N 21 zu Art. 257; Leuenberger, ZBJV 2013, 233 ff., 236; Hunsberger/Wicki, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, AJP 2013, 975 ff., 981 f. mit Verweis auf OGer ZH, LB090080, 25.3.13). Was in diesem Zusammenhang die Frage der zumutbaren Sorgfalt im Sinn von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO anbelangt, so sind diese Anforderungen eingehalten, wenn die Partei zu (zulässigen) neuen Äusserungen der Gegenseite Stellung nimmt und dabei zu einem früheren Vorbringen objektiv kein Anlass bestand (vgl. Hunsperger/Wicki, a.a.O., 982 mit Hinweis und BSK ZPO/Mazan, N 15 zu Art. 253), das ist allerdings grundsätzlich im Einzelnen darzulegen (BSK ZPO/Willisegger, N 33 zu Art. 229; ZK ZPO/ Leuenberger, N 10 zu Art. 229; DIKE-Komm/Pahud, N 13 zu Art. 229; BK ZPO/ Kilias, N 14 zu Art. 229). Das Replikrecht dient insgesamt nicht dazu, vorher Versäumtes nachzuholen (vgl. auch BGer 4A_510/2011 E. 1). Es ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass sich die Zulässigkeit einer Klageänderung nach Durchführung des Schriftenwechsels im Rahmen der Ausübung des Replikrechts unter Anwendung von Art. 230 i.V.m. Art. 219 ZPO nach den gleichen Grundsätzen beurteilen muss (vgl. DIKE-Komm ZPO/Pahud, N 15 zu Art. 219, N 25 zu Art. 229 und N 7 zu Art. 230).

Inwiefern die weiteren Eingaben vor diesem Hintergrund inhaltlich zulässig sind, wird nachfolgend im Sachzusammenhang zu prüfen sein. Ungeachtet dessen sind allerdings die mit der Eingabe der Gesuchstellerin vom 6. August 2013 angebrachten Modifikationen zuzulassen und ist für die weitere Prüfung auf diese Eingabe abzustellen. Die Änderungen am Rechtsbegehren sind weitgehend redaktioneller Natur. Die ergänzenden Ausführungen und weiteren Beweismittel betreffen sodann lediglich die Frage der unterschiedlichen Bezeichnung der Stockwerkeigentumseinheiten in Gesuch und Vertrag. Diese Aspekte (irrtümliche Falschbezeichnung im Vertrag) wurden von der Gesuchsgegnerin 1 wie erwähnt ausdrücklich anerkannt. Ohnehin wurde die Eingabe vor dem Ergehen der gerichtlichen Aufforderung zur Stellungnahme eingereicht, die Ergänzung eines Gesuchs erscheint bis zu diesem Zeitpunkt als zulässig (vgl. in diesem Zusammenhang Art. 65 ZPO).

Entscheid SZ.2015.34 des Kreisgerichts St. Gallen vom 29. April 2015

(…)

E. 5: *Das System von Art. 229 ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweismittel bis nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels und einer Instruktionsverhandlung mit Replik und Duplik vorgebracht werden können, ist nicht unbesehen auf das summarische Verfahren zu übertragen. Hier findet nämlich in der Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (Art. 253 ZPO; Chevalier, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Kommentar, 2. Auflage, N 11 zu Art. 253) und das Gericht kann anschliessend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Zudem kann das auf dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO) basierende Replikrecht, welches das Recht umfasst, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können (BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 98), nicht für eine Ergänzung und Verbesserung der im einfachen Schriftenwechsel gemachten Eingaben benutzt werden, da es andernfalls zu Verzögerungen käme, die aus prozessökonomischer Sicht nicht gewollt sind und die geforderte Schnelligkeit des Summarverfahrens beeinträchtigen würden. Die Parteien dürfen im summarischen Verfahren nicht damit rechnen, ein zweites Mal Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen zu können. Vielmehr tritt der Aktenschluss – zumindest wenn, wie hier, nicht der Untersuchungsgrundsatz Anwendung findet – grundsätzlich nach den ersten Vorträgen ein. Die Parteien haben alle Angriffs- und Verteidigungsmittel im Gesuch bzw. in der Stellungnahme zum Gesuch beizubringen. Vorbehalten bleiben Noven nach Novenrecht (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht, Entscheid vom 7. April 2014, BS.2014.2-EZZ1, E. II.2.a), Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 2. Auflage, N 16 zu Art. 253 i.V.m. N 18–22 zu Art. 257).*

Hinsichtlich der nachträglichen Eingabe der Gesuchstellerin vom 16. April 2015 (act. 8) ist festzuhalten, dass diese nicht geltend machte, wo genau sie in der Stellungnahme vom 10. April 2015 (act. 5) ein Novum erblickt hätte und ein solches ist auch nicht ersichtlich. Das Vorgehen der Gesuchstellerin, ihr Gesuchfundament mit der nachträglichen Stellungnahme vom 16. April 2015 und den gs.act. 9–10 zu ergänzen, war daher prozessual unzulässig, da die Zustellung der Stellungnahme zum Gesuch zur Kenntnisnahme in Verbindung mit der Mitteilung, wann der schriftliche Entscheid voraussichtlich ergehe (act. 7) dem Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. der Wahrung des Replikrechts diente, jedoch nicht dazu, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen.

Nachdem die nachträgliche Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 16. April 2015 lediglich eine unzulässige Ergänzung des Gesuchfundaments dargestellt und daher unberücksichtigt zu bleiben hat, ist auch die sich darauf beziehende Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 24. April 2015 (act. 14) prozessual unzulässig, zumal sie lediglich Vorbringen enthielt, die ohne Weiteres bereits in der Stellungnahme zum Gesuch 10. April 2015 hätten behauptet werden können und keine Noven im Sinne von Art. 229 ZPO thematisierten.

Für den Entscheid sind somit lediglich das Gesuch vom 26. März 2015 samt den gs.act. 1–8 und die Stellungnahme dazu vom 10. April 2015 samt gg.act. 1–15 zu berücksichtigen.

(…)

Entscheid SZ.2018.43 des Kreisgerichts St. Gallen vom 20. August 2018

(…)

E. 2: *(...) In formeller Hinsicht ist sodann auf die Frage einzugehen, inwiefern die zusätzlichen Eingaben der Parteien zu berücksichtigen sind. Vorliegend wurde weder ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet noch eine Verhandlung angesetzt. Aktenschluss trat damit mit den schriftlichen Eingaben der Parteien ein. Der Gesuchstellerin und dann im Anschluss auch dem Gesuchsgegner war es bei dieser Ausgangslage zwar unbenommen, sich gestützt auf die Praxis zum sog. Replikrecht gleichwohl zur Stellungnahme (act. 9) bzw. zur Replikeingabe der Gegenseite (act. 12) nochmals zu äussern, das Einbringen neuer Tatsachen und Beweismittel war dabei aber lediglich noch unter den Voraussetzungen von Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig (BGE 144 III 117 ff. i.V.m. BGer 5A_736/2017 E. 3.2.2.; vgl. auch ER KGer SG, BES.2016.43 vom 28.11.16, abrufbar auf www.gerichte.sg.ch, ZR 2016 Nr. 35 [OGer ZH, LF150072 vom 7.6.16, abrufbar auf www.gerichte-zh.ch], Plädoyer 1/2016 S. 61 f. [OGer BE, ZK 15 206 vom 15.7.16, abrufbar auf www.justice.be.ch) und ZBJV 2017, 79–83 [HGer BE, HG 15 5 vom 5.5.15]). Die Gesuchstellerin konnte nicht damit rechnen, sich im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder einer mündlichen Verhandlung nochmals äussern zu können. Soweit die Parteien in ihren zusätzlichen Eingaben Noven vorbringen, hätten diese vorliegend bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt angesichts der gemäss den Akten bereits vorprozessual absehbaren Standpunkte bereits im Schriftenwechsel vorgebracht werden können, weshalb allfällige Noven zum Vorneherein nicht zu berücksichtigen sind (vgl. aber immerhin für den Bereich des Summarverfahrens BGer 5D_95/2015 E. 3.2 und 3.3.).*

Dessen ungeachtet ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 3. Mai 2018 (act. 12) ihr Rechtsbegehren reduzierte. Sie zog damit sinngemäss ihr Gesuch im den gerichtlichen Klageschutz gemäss superprovisorischer Verfügung vom 20. März 2018 übersteigenden Umfang zurück.

(…)

Entscheid SZ.2018.131 des Kreisgerichts St. Gallen vom 28. November 2018

(…)

E. 2: *Das Gericht tritt auf ein Gesuch ein, wenn die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen gegeben sind (Art. 59 f. ZPO; vgl. zur effektiven Tragweite der amtswegigen Prüfung BGer 4A_229/2017). Diesbezüglich bringen die Gesuchsgegner vor, der Massnahmerichter sei sachlich nicht zuständig, die gegenüber dem Willensvollstrecker beantragten Einschränkungen in der Willensvollstreckung zu verfügen, dazu sei der Einzelrichter des Kreisgerichts als Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker anzurufen. Weiter sei der Massnahmerichter auch nicht zuständig zur Anordnung von Sicherungsmassnahmen betreffend Geldforderungen, wie sie vorliegend in Frage stünden, dies sei dem Arrestrichter vorbehalten. Schliesslich wird von gesuchsgegnerischer Seite auch in Frage gestellt, ob den Gesuchstellern ein genügendes Rechtschutzinteresse zugeschrieben werden könne, weil sie mit der Einreichung des Gesuchs übermässig lange zugewartet hätten. Die Gesuchsteller ihrerseits stützten sich bei Einreichung ihres Gesuchs ausschliesslich auf die zivilprozessualen Regeln betreffend vorsorgliche Massnahmen. Daran hielten sie auch in ihrer Eingabe vom 11. Oktober 2018 fest. Diese zusätzlichen Ausführungen der Gesuchsteller sind vor dem Hintergrund der angeführten Praxis grundsätzlich insofern zu berücksichtigen, als es dabei um die Frage des Nichtbestehens der Prozessvoraussetzungen geht. Es ist damit davon auszugehen, dass es um ein Massnahmegesuch gemäss Art. 261 ff. ZPO geht. Inwiefern auf dieser Grundlage die von den Gesuchsgegnern vorgebrachten Einwendungen zu den Prozessvoraussetzungen zutreffen, kann jedoch angesichts der nachfolgenden Ausführungen dahingestellt bleiben.*

Mit Blick auf diese nachfolgenden Ausführungen ist in formeller Hinsicht sodann vorerst auf die Frage einzugehen, inwiefern die zusätzlichen Eingaben der Parteien zu berücksichtigen sind. Vorliegend wurde weder ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet noch eine Verhandlung angesetzt. Aktenschluss trat damit mit den schriftlichen Eingaben der Parteien ein. Den Gesuchstellern und dann im Anschluss auch den Gesuchsgegnern war es bei dieser Ausgangslage zwar unbe-

nommen, sich gestützt auf die Praxis zum sog. Replikrecht gleichwohl zur Stellungnahme bzw. zur Replikeingabe der Gegenseite nochmals zu äussern, das Einbringen neuer Tatsachen und Beweismittel war dabei aber lediglich noch unter den Voraussetzungen von Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig (BGE 144 III 117 ff. i.V.m. BGer 5A_736/2017 E. 3.2.2.; vgl. auch ER KGer SG, BES.2016.43 vom 28.11.16, abrufbar auf www.gerichte.sg.ch, ZR 2016 Nr. 35 [OGer ZH, LF150072 vom 7.6.16, abrufbar auf www.gerichte-zh.ch], Plädoyer 1/2016 S. 61 f. [OGer BE, ZK 15 206 vom 15.7.16, abrufbar auf www.justice.be.ch) und ZBJV 2017, 79–83 [HGer BE, HG 15 5 vom 5.5.15]). Die Gesuchsteller konnten nicht damit rechnen, sich im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder einer mündlichen Verhandlung nochmals äussern zu können. Soweit die Parteien in ihren zusätzlichen Eingaben Noven vorbringen, hätten diese vorliegend bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt angesichts der gemäss den Akten bereits vorprozessual absehbaren Standpunkte bereits im Schriftenwechsel vorgebracht werden können, weshalb allfällige Noven zum Vorneherein nicht zu berücksichtigen sind.

5. Kanton Thurgau

Entscheid ZBS.2018.29 des Obergerichts Thurgau vom 11. Januar 2019

(…)

E. 2c: *Für Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft gelangen nach Art. 271 ZPO die Vorschriften über das summarische Verfahren zur Anwendung, unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO. Nach Art. 272 ZPO stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Zur Anwendung gelangt damit grundsätzlich der sogenannte beschränkte oder soziale Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht hat hierbei den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen. Im Wesentlichen trifft das Gericht eine verstärkte Fragepflicht während der mündlichen Verhandlung sowie die Pflicht, die Parteien zur Einreichung fehlender Beweismittel aufzufordern und in diesem Sinn auf die Vervollständigung des Sachverhalts hinzuwirken. Umfangreiche Ermittlungen sind nicht notwendig. Die soziale Untersuchungsmaxime ändert nichts an der Beweislast und entbindet die Parteien nicht davon, dem Gericht die rechtserheblichen Tatsachen zu unterbreiten und es auf die verfügbaren Beweismittel hinzuweisen. Das Gericht hat dabei neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen. Im dem Untersuchungsgrundsatz unterworfenen Eheschutzverfahren vor dem Einzelrichter entspricht die Urteilsberatung dem Moment der Entscheidfindung. Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt die uneingeschränkte Untersuchungs- und die Offizialmaxime. Das bedeutet, dass das Gericht auch ohne Parteiantrag von sich aus jede Abklärung zu treffen hat, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln. Neue Tatsachen und Beweismittel, d.h. echte wie unechte Noven, müssen bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Das Bundesgericht hat die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei. Auch in den Verfahren, in denen – wie hier – der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. In Verfahren, welche der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die strikte Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO jedoch nicht gerechtfertigt. Die Parteien können in diesen Fällen im Berufungsverfahren Noven einreichen,*

auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind32. Entsprechend ist die Berufungsinstanz gehalten, neue Tatsachen und/oder Beweismittel bis zum Beginn der Urteilsberatung zu berücksichtigen.

6. Kanton Wallis

Entscheid KGVS C1 15 232 / C2 15 47 des Kantonsgerichts Wallis vom 15. September 2016

(…)

E. 1.4: *Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Das Eheschutzverfahren ist ein summarisches, weshalb blosses Glaubhaftmachen genügt. Das Gericht darf weder blosse Behauptungen genügen lassen, noch einen stichhaltigen Beweis verlangen (BGE 120 II 393 E. 4/c). Im Unterschied zu anderen summarischen Verfahren gilt im Eheschutzverfahren die Untersuchungsmaxime. Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz ermöglicht die Berücksichtigung von Tatsachen, die von keiner Partei behauptet wurden, und die Abnahme von Beweisen, welche keine Partei beantragt hat (Art. 55 Abs. 2, Art. 153 Abs. 1 ZPO). Es handelt sich dabei allerdings lediglich um eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime, welche nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien, d.h. in der Regel zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei, greift. Das Gericht hat sich deshalb bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (Spycher, Berner Kommentar, 2012, N. 3 zu Art. 272 ZPO; Sutter-Somm/Hostettler, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 12 ff. zu Art. 272 ZPO). Auch im Bereich des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes bleibt das Sammeln des Prozessstoffes, die Benennung der rechtserheblichen Tatsachen und Beweismittel, in erster Linie Sache der Parteien, die zur Mitwirkung verpflichtet sind (BGE 133 III 639 E. 2, 133 III 507 E. 5.4, 130 I 180 E. 3.2; Bundesgerichtsurteil 5A_394/2008 vom 2. März 2009 E. 2.2; Six, Eheschutz, 2. A., Bern 2014, N. 1.03). Art. 272 ZPO äussert sich zudem nicht zur Geltung der Dispositions- oder Offizialmaxime (Spycher, a.a.O., N. 12 zu Art. 272 ZPO). Doch ist der Unterhaltsbeitrag des Ehegatten nicht von der Offizial-, sondern der Verhandlungsmaxime beherrscht (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7360; BGE 129 III 417 E. 2.1.1, 128 III 411 E. 3.2.2), weshalb das Gericht den Ehegatten nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangen, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 2. A., Bern 2011, N. 3 zu Anh. ZPO Art. 272; Bundesgerichtsurteil 5A_750/2010 vom 24. Januar 2011 E. 2.1). Dabei ist der Richter aufgrund der Dispositionsmaxime zwar an die formel-*

len Parteianträge, d.h. an den insgesamt eingeklagten oder anerkannten Betrag gebunden, nicht aber an die einzelnen Einnahme- und Aufwandpositionen (Bundesgerichtsurteil 5P.481/2006 vom 19. Februar 2007 E. 4; Six, a.a.O., N. 2.62).

Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des 3. Titels für das ordentliche Verfahren und sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren. Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie a) ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Abs. 2). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Abs. 3).

Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO, welcher auch im Bereich der beschränkten Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (BGE 138 III 625 E. 2.2; Sterchi, Berner Kommentar, 2012, N. 8 zu Art. 317 ZPO mit Hinweisen), werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch beschränkt berücksichtigt. Echte Noven sind Tatsachen oder Beweismittel, welche (erst) nach dem Zeitpunkt entstanden sind, in welchem die jeweilige Partei sich vor der Urteilsfällung letztmals äussern konnte. Sie sind im Berufungsverfahren zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Demgegenüber sind unechte Noven Tatsachen und Beweismittel, welche bereits im Zeitpunkt der letztmaligen Äusserungsmöglichkeit bestanden, die jedoch aus irgendwelchen Gründen damals nicht geltend gemacht worden sind. Die Zulassung unechter Noven wird im Berufungsverfahren beschränkt. Sie sind gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ausgeschlossen, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (Bundesgerichtsurteile 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.3 und 4A_643/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.2.2; Sterchi, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 317 ZPO). Dabei hat der Berufungskläger darzulegen, weshalb er diese Tatsache nicht schon vor erster Instanz, sondern erst im Berufungsverfahren ins Verfahren eingeführt hat (Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, N. 8 zu Art. 317 ZPO; ferner Bundesgerichtsurteile 5A_58/2012 vom 15. Oktober 2012 E. 1.4 und 5A_425/2011 vom 8. August 2011 E. 1.4; BGE 133 III 393 E. 3).

Stichwortverzeichnis

A

Abschluss des Schriftenwechsels 8

Abweisung 81, 158

Aktenschluss 49, 57 ff., **69 ff.**, 71, 78, 87, 101, 140, **145**, 191, 200, 220, **221 ff.**, 227, 231, 248, **378 f.**
- Abgrenzung zur Eventualmaxime 18
- Abgrenzung zur Präklusion 18
- Abgrenzung zum Schriftenwechsel 23
- Arresteinspracheverfahren *siehe dort*
- Auslegung 73 ff., 97 ff.
- Begriff 8 ff., 21
- Bewilligung des Rechtsvorschlages *siehe dort*
- Eheschutzverfahren *siehe dort*
- Ermessen 41, 62, 79, 84, 105, 110, 114, 120, **122**, 255, 262
- Erstinstanzlicher Aktenschluss 8 ff.
- Feststellung des neuen Vermögens *siehe dort*
- Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung *siehe dort*
- Konkurseröffnungsverfahren *siehe dort*
- Konkursverhandlung *siehe* Konkurseröffnungsverfahren
- Lehre 36 ff.
- Materielle Rechtskraft *siehe* Rechtskraft
- Nachträglicher Rechtsvorschlag *siehe dort*
- ordentliches Verfahren 25 ff., 106
- Partnerschaftsschutzverfahren *siehe dort*
- Rechtsmittelverfahren *siehe dort*
- Rechtsöffnungsverfahren *siehe dort*
- Rechtsprechung 48 ff., **69**
- Rechtsschutz in klaren Fällen *siehe dort*
- Rechtsvorschlag *siehe dort*
- Untersuchungsgrundsatz *siehe dort*
- Vorsorgliche Massnahme *siehe dort*
- Zeitpunkt 140, **145**
- Zweitinstanzlicher Aktenschluss 12 f., **212 ff.**

Arrestaufhebungsklage 206

Arrestbewilligung 201, 329

Arresteinsprache 202, 207, 209, 329

Arresteinspracheverfahren
- Aktenschluss 201 ff.
- Novenrecht 329 ff.
- Replikrecht 209

Arrestgesuch 201

B

Basler Rechtsöffnungspraxis *siehe* Rechtsöffnungsverfahren

Bauhandwerkerpfandrecht 53, **160**

Begründungspflicht 322

Behauptungslast 148, 150, 274

Berner Summarpraxis *siehe* Summarpraxis

Berufungsverfahren *siehe Rechtsmittelverfahren*

Beschleunigungsfunktion 33, 63, 113, 115, 118, **129 ff.**, 136, 143, 172, 257 f., 261, **263 ff.**, 271, 272, 289, 342, 350, 376
- Rechtsmittelverfahren 115, 215
- Rechtsöffnungsverfahren 168

Beschleunigungsgebot *siehe* Beschleunigungsfunktion

Beschleunigungsgrundsatz *siehe* Beschleunigungsfunktion

Beschwerdeverfahren *siehe* Rechtsmittelverfahren

Bestreitungslast 148, 150

Betreibung 189, 191, 193 ff., 321 ff.

Beweisabnahme 166

Beweislast 52, 274

Beweismass 160, 178, 315

Beweismittel 133 f., 149, 154, 157, 253, 290

Beweismittelbeschränkung 115, 319

Bewilligung des Rechtsvorschlages
– Aktenschluss 188 ff.
– Novenrecht 321 ff.

Botschaft 102 ff.

D

Definitive Rechtsöffnung
siehe Rechtsöffnungsverfahren

Dispositionsgrundsatz 328

Drei Identitäten *siehe* Identitäten

E

Eheschutzverfahren
– Aktenschluss 161 ff.
– Novenrecht 299 ff.

Eingabe 22
– aufgefordert 22
– formell *siehe* Schriftenwechsel
– informell *siehe* Schriftenwechsel
– unaufgefordert 22

Einigungsfindung 300

Einrede 52, 273
– neues Vermögen 200, 327 f.
– Verjährung 52, 277 f.,

Einsprache *siehe* Arresteinsprache

Einvernahme 181, 190, 193, 317, 373

Einwendung 52, 71, 273
– möglich 281
– überraschend 71, 245
– voraussehbar 52, **278 f.**, 382
– vorprozessual 278

Empfangsprinzip 355

Ermessen *siehe* Aktenschluss oder Hauptverhandlung

Erstinstanzlicher Aktenschluss
siehe Aktenschluss

Eventualgrundsatz *siehe* Eventualmaxime

Eventualmaxime 14 ff., 20, 117, 120, 150, 228, 234, 284
– Abgrenzung *siehe* Aktenschluss
– Beschleunigungsfunktion 16
– Ermessen *siehe* Aktenschluss
– Ordnungsfunktion 16, 118
– Schutzfunktion 17, 118

Expeditionsprinzip 355

F

Fälligkeit 311 ff.

Feststellung des neuen Vermögens
– Aktenschluss 198 ff.
– Novenrecht 327 f.

Flexibilität 33, 107, 113 f.

Fragepflicht 86, 149, 181, 191, 195, 217, **282 ff.**

Freiwillige Gerichtsbarkeit 147, 152

G

Gehörsanspruch *siehe* rechtliches Gehör

Gerichtliche Fragepflicht
siehe Fragepflicht

Gerichtliche Kognition
siehe Kognition

Gerichtliche Wartefrist
siehe Wartefrist

Grammatikalische Auslegung **74 ff.**, 90, 95, 138, **140**, **247 ff.**, 260, 269,

Grundsatz der beförderlichen Durchführung des Verfahrens
siehe Beschleunigungsfunktion

H

Hauptverhandlung 45 f., 58, 85 ff., 90, 96, 128, 155, 165, 189, 193, 249, 255, 263, 269, 318, **363 ff.**, 377
- Anspruch 155
- Ermessen 85
- Rechtsmittelverfahren 217
- Verzicht 83, 85, 115, 165, 210

Historische Auslegung **102 ff.**, 142, **255 ff.**; 263, 270

I

Identitäten 307, 310, 313

Instruktionsverhandlung 27, 30, 249

K

Kaskadenordnung 76, 247

Kognition 115

Konkursandrohung 182, 184

Konkursbegehren 183

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung
- Aktenschluss 193 ff.
- Novenrecht 325 ff.

Konkurseröffnungsverfahren 185
- Aktenschluss 182 ff.
- Novenrecht 318 ff.

Konkursgericht 182

Konkursverhandlung
siehe Konkurseröffnungsverfahren

Konzentrationsgrundsatz
siehe Eventualmaxime

L

Lückenfüllung *siehe* Richterliche Lückenfüllung

M

Materielle Rechtskraft *siehe Rechtskraft*

Methodenpluralismus 138 ff., **268 ff.**

Mündlichkeit 256

N

Nachfrist 131

Nachträglicher Rechtsvorschlag
- Aktenschluss 180 ff.
- Novenrecht 316 ff.

Neues Vermögen *siehe* Feststellung des neuen Vermögens

Nichteintreten 81, 158

Noven 66, 69, 230 ff.
- Begriff 230 ff.

Novenrecht 118, 136, 226 ff., 236 ff., 239, 248, 256, 260, 262, **381 ff.**
- Auslegung 246 ff.
- Begriff 226 ff.
- Bewilligung des Rechtsvorschlages *siehe dort*
- echte Noven 236, 326,
- Eheschutzverfahren *siehe dort*
- Feststellung des neuen Vermögens *siehe dort*
- Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung *siehe dort*
- Konkurseröffnungsverfahren *siehe dort*
- Konkursverhandlung *siehe* Konkurseröffnungsverfahren
- Lehre 241 ff.
- Nachträglicher Rechtsvorschlag *siehe dort*
- ordentliches Verfahren 236 ff., 257
- Partnerschaftsschutzverfahren *siehe dort*
- Rechtsmittelverfahren *siehe dort*
- Rechtsöffnungsverfahren *siehe dort*
- Rechtsprechung 241 ff.

– Rechtsschutz in klaren Fällen *siehe dort*
– unechte Noven 236
– Untersuchungsgrundsatz *siehe dort*
– Vorsorgliche Massnahme *siehe dort*

Novenschranke 29, **145**, 234 ff., 255, 263
– Abgrenzung zum Aktenschluss 235
– Begriff 234 ff.
– im ordentlichen Verfahren 29, 257

Novenverbot 134, 260 f., 265, 266, 271, 339 f.

O

Offizialgrundsatz 163

Ordnungsfunktion *siehe* Eventualgrundsatz

Ordre Public 280

P

Parteivortrag 27, 32, 130, 170, 185 f., 191, 195, 202 f., 318, 373

Partnerschaftsschutzverfahren
– Aktenschluss 161 ff.
– Novenrecht 299 ff.

Präklusion 10, 12, 18, 19,
– Abgrenzung *siehe* Aktenschluss

Provisorische Rechtsöffnung *siehe* Rechtsöffnungsverfahren

Prozessablauf 62, 120, 123, 259

Prozessstoffbeschaffungsphase 227, 234, 381

Prozessverschleppung 263

Prozessvoraussetzung 81, 158. 223

Q

Qualifiziertes Schweigen 100, **139**, 141, 144, 248

R

Rechtsbehelf 207

Rechtserzeugende Tatsache 273, **274 ff.**, 382

Rechtsfrage 75, 77, 100, 139 f., 141, 174, 305, 307 f., 311, 366

Rechtshemmende Tatsache 273, **276 ff.**, 382

Rechtshindernde Tatsache 273, **276 ff.**, 382

Rechtskraft 53
– Aktenschluss **151 ff.**
– materielle Rechtskraft 53, **290 ff.,**

Rechtsmittelverfahren 13, 115, 141, **212 ff.**, 252, 320, 326, 330, **332 ff.**
– Berufung 99 f., 141, **214 ff.**, **333 ff.**
– Beschwerde 100, 141, **218 ff.**, 326, **339 ff.**

Rechtsöffnungsverfahren 167 ff., 367 f.
– Aktenschluss 167 ff.
– Basler Rechtsöffnungspraxis 176 ff., 314 ff.
– Novenrecht **302 ff.**; 305
– Replikrecht 172

Rechtsschutz in klaren Fällen 152, 369
– Aktenschluss 156 ff.
– Novenrecht 291 ff.
– Hauptverhandlung 156

Rechtsvernichtende Tatsache 273, **276 ff.**, 315

Rechtsvorschlag 180 ff., 189, 191
– Bewilligung des Rechtsvorschlages *siehe dort*
– Nachträglicher Rechtsvorschlag *siehe dort*

Rechtliches Gehör 42, 65, 156, 181, 195, 216, 316

Rechtssicherheit 11, 42, 52, 118, **120 ff.**, 137, 143, 258, **259 ff.**, 271, 272 f., 289

Replikrecht 134, 219, 266, 288, **384**
– Abgrenzung zum Schriftenwechsel 349
– Begriff 346 ff.
– Einschränkung 358 f.
– Frist 352 ff.
– im engeren Sinne 347
– im weiteren Sinne 346, 375
– Verletzung 360 ff.
– Verzicht 358
– vorsorgliche Massnahmen *siehe dort*

Richterliche Lückenfüllung 100, 139

S

Scharnierfunktion 255

Schlichtungsverfahren 99 f., 108, 115, 141, 252

Schriftenwechsel 67 ff., 95, 104, 140, 177, 216, **221 ff.**, 249, 349
– Abgrenzung zum Aktenschluss *siehe* Aktenschluss
– Abgrenzung zum Novenrecht 23
– Abgrenzung zum Replikrecht 349
– Anspruch 30, 58, 63,
– Begriff 22 ff
– einfacher Schriftenwechsel 40, 42, 63, **127**, 142
– formeller Schriftenwechsel 22 f., 39
– informeller Schriftenwechsel 22
– Rechtsmittelverfahren 212 ff.
– Zurückhaltung 66, 69, 71
– zweiter Schriftenwechsel 44, 64, **67**, 69 ff., 82 ff., 99 f., 107, 109, **122 ff.**, 140, 144, 154, 169, 203, 249, 256, 262

Schutzfunktion *siehe* Eventualgrundsatz

Sinngemässe Anwendung 88, 90 ff.

Sorgfaltsmassstab 237, 242, 271, **272 ff.**
– Frist 243
– Verzug 243 ff.
– Vorbringen unechter Noven 245 ff., **272 ff.**

Spannungskonflikt
– Rechtssicherheit *siehe dort*
– Wahrheitsfindung *siehe dort*

Stellungnahme 98, **125**, 145, 168
– aufgeforderte Stellungnahme *siehe* Eingabe
– Rechtsöffnungsverfahren 168
– unaufgeforderte Stellungnahme *siehe* Eingabe

Streitverkündungsklage 115

Substantiierungslast 148, 150, 274

Summarpraxis
– Berner Summarpraxis 48, **49 ff.**, 54 f., **221**
– Züricher und St. Galler Summarpraxis 48, **56 ff.**, 61, **221 f.**

Systematische Auslegung **97 ff.**, 141, **252 ff.**, 269

T

Teleologische Auslegung **111 ff.**, 137, 140, 143, **257 ff.**, 264, 270 f.

U

Unentgeltliche Rechtspflege 371

Untersuchungsmaxime *siehe* Untersuchungsgrundsatz

Untersuchungsgrundsatz **146 ff.**, 150, 163, 174, 182, 191, 193, 267, **286 ff.**, 298, 305 ff., 311, 325, 340, 341, **383**
– Aktenschluss 146 ff.
– Asymmetrisch 175, 191, 304, 309 f., 313, 323 f.,
– beschränkter Untersuchungsgrundsatz 148 f., 323 f., 325
– Gerichtliche Fragepflicht 149
– Novenrecht 150, **286 ff.**

Urkundenbeweis *siehe* Beweismittel

Urteilsberatung 27, 135, 191, 205, 216, 227, 251, 260 f., 267, **287 ff.**, 298, 301, 305, 313, 319, 324, 325, 331, **336 ff.**, 345, 383, 385

V

Vereinfachtes Verfahren 99, 100, 107, 141, 252, 256, 257

Verfahrensbeschleunigung *siehe* Beschleunigungsfunktion

Verfahrensverzögerung 71

Verhandlung *siehe* Hauptverhandlung

Verhandlungsgrundsatz 146, 149, 163, 174, 286, 305 ff., 312, 323, 328

Verhandlungsmaxime *siehe* Verhandlungsgrundsatz

Verjährungseinrede *siehe* Einrede

Verzögerung *siehe* Verfahrensverzögerung

Verzug *siehe* Sorgfaltsmassstab

Voraussehbare Einwendungen *siehe* Einwendungen

Vorsorgliche Massnahme 370
- Aktenschluss 158 ff.
- Novenrecht 294 ff.
- Replikrecht 350

Vorprozessual *siehe* Einrede

W

Wahrheitsfindung 116, 118 f., 126, **133 ff.**, 143, 228 f., 257 f., **266 ff.**

Wartefrist 288, 353 ff. 360

Wechselbetreibung 188 ff., 191, 321 ff.

Wortlaut *siehe* Grammatikalische Auslegung

Z

Zahlungsbefehl 182

Zulassungsprüfung 272

Zumutbare Sorgfalt *siehe* Sorgfaltsmassstab

Zürcher und St. Galler Summarpraxis *siehe* Summarpraxis

Zweitinstanzlicher Aktenschluss *siehe* Aktenschluss

CURRICULUM VITAE

PERSÖNLICHE DATEN

Name	Benjamin Domenig
Nationalität	CH / DE
Geburtsort- und Datum	Luzern / 03.08.1989

AUSBILDUNG

2008	Gymnasiale Ausbildung Seelandgymnasium Biel-Bienne
2008–2011	Bachelor in Rechts- mit Wirtschaftswissenschaften Universität St. Gallen (HSG)
2010	Studien an der rechtswissenschaftlichen Fakultät Universität Lausanne
2012–2013	Studien an der School of Law University of Texas at Austin
2011–2013	Master in Rechts- mit Wirtschaftswissenschaften Universität St. Gallen (HSG)

BERUFLICHE ERFAHRUNG

2015	Gerichtsschreiber Obergericht des Kantons Bern
2016	Patentierung zum Rechtsanwalt Obergericht des Kantons Bern
2016–2018	Tätigkeiten als Rechtsanwalt in wirtschaftsrechtlich orientierten Anwaltskanzleien
2018	Managing Partner Domenig & Partner Rechtsanwälte AG
2022	Dr. iur. HSG in Rechtswissenschaften Universität St. Gallen (HSG)