

Benjamin Domenig | Mauro Rappo

Der Aktenschluss im summarischen Verfahren

Nach dem ersten Schuss ist Schluss



INHALTSÜBERSICHT

I. Ausgangslage

II. Grundlegendes und Problemstellung

III. Abschliessende Regelung des Aktenschlusses durch das Summarverfahrensrecht

- A. Subsidiarität der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens
- B. Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers
- C. Einfacher Schriftenwechsel ausschlaggebend für Aktenschluss

IV. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

V. Fazit und Lösungsvorschlag de lege ferenda

- A. Aktenschluss nach einmaliger Äusserungsmöglichkeit
- B. Lösungsvorschlag de lege ferenda

I. Ausgangslage

In BGE 146 III 237 entschied das Bundesgericht, dass es im summarischen Verfahren im Ermessen des Gerichts liege, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. Ein zweiter Schriftenwechsel sei – so das Bundesgericht – *«nur mit der gebotenen Zurückhaltung»* durchzuführen. Ordnet das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an, tritt der Aktenschluss erst nach dieser zweiten Äusserungsmöglichkeit ein.¹ Im Resultat schloss sich das Bundesgericht damit einer Minderheitsmeinung an.²

Der Erstautor hat sich im Rahmen seiner Dissertation mit der Frage des Aktenschlusses im summarischen Verfahren befasst. Er kommt zum Schluss, dass in Summangelegenheiten *zwingend* nur ein Schriftenwechsel durchzuführen ist und der Aktenschluss mit Eingang der Stellungnahme zum Gesuch eintritt. Der vorliegende Aufsatz fasst die Erkenntnisse des dritten Kapitels der Dissertation zusammen.

II. Grundlegendes und Problemstellung

Der Begriff *«Aktenschluss»* wird in der ZPO nicht verwendet. Er beschreibt den Zeitpunkt, ab welchem die Verfahrensparteien den Prozessstoff nicht mehr unbeschränkt mittels neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ergänzen dürfen. Zweck des Aktenschlusses ist es, Rechtssicherheit zu schaffen. Ohne ihn wüssten die Parteien von vornherein nicht, bis zu welchem Zeitpunkt sie den Prozessstoff uneingeschränkt erweitern können.³ Zeitgleich mit dem Aktenschluss fällt die Novenschanke. Neue Tatsachenbe-

Benjamin Domenig, Dr. iur., M.A. HSG in Law and Economics, Rechtsanwalt, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG.

Mauro Rappo, MLaw, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG.

¹ BGE 146 III 237 E. 3.1.

² Vgl. BENJAMIN DOMENIG, Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2022, N 47 und 67 ff.

³ DOMENIG (FN 2), N 11 m.w.H.

hauptungen und Beweismittel sind danach nur noch als Noven zulässig (Art. 229 ZPO analog).⁴

Das *summarische Verfahren* zeichnet sich insbesondere durch seine Schnelligkeit aus. Das Beschleunigungsgebot ist von zentraler Bedeutung.⁵ In der Folge stellt sich die Frage, wann der Aktenschluss im summarischen Verfahren von Gesetzes wegen eintritt bzw. ob den Parteien analog zum ordentlichen Verfahren (Art. 229 ZPO) ein zweimaliges

Der Gesetzgeber hat die Frage nach der Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels im Summarverfahren durch qualifiziertes Schweigen entschieden und verneint.

unbeschränktes Äusserungsrecht zukommt. Diese Fragen werden in Lehre und Rechtsprechung⁶ unterschiedlich beantwortet. Entscheidend ist nach der hier vertretenen Auffassung, dass das Summarverfahrensrecht den Zeitpunkt des Aktenschlusses selbständig regelt, ohne dass es der Anwendung der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens bedarf.⁷

Das Gesetz muss sich nicht zwingend explizit zu einer Rechtsfrage äussern. Ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers ist dann anzunehmen, wenn eine Rechtsfrage nicht übersehen (Gesetzeslücke), sondern stillschweigend entschieden wurde.⁸ Nur wenn kein qualifiziertes Schweigen und somit eine echte Gesetzeslücke vorliegt, kommt die analoge Anwendung eines Rechtssatzes in Betracht.⁹

In Lehre und Rechtsprechung wurde bisher insbesondere die *analoge Anwendung* von Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO auf das summarische Verfahren diskutiert. Dabei wurde ausser Acht gelassen, dass sich die Frage einer analogen Anwendung der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens erst dann stellt, wenn das Summarverfahrensrecht sich nicht selbst dazu äussert.¹⁰

III. Abschliessende Regelung des Aktenschlusses durch das Summarverfahrensrecht

A. Subsidiarität der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens

Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für sämtliche anderen Verfahren, «*soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt*». In einem ersten Schritt muss also erörtert werden, ob das Summarverfahren über eine eigenständige Regelung des Aktenschlusses verfügt. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann Art. 229 ZPO gestützt auf Art. 219 ZPO sinngemäss zur Anwendung kommen und erst dann stellt sich die (rege diskutierte) Frage nach der Kompatibilität von Art. 229 ZPO mit dem summarischen Verfahren.¹¹

B. Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers

1. Bewusste Nichtregelung im summarischen Verfahren

Die Auslegung von Art. 229 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 252 f. ZPO zeigt Folgendes: Der Gesetzgeber hat die Frage nach der Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels im Summarverfahren durch *qualifiziertes Schweigen entschieden und verneint*.¹² Das Gesetz sieht für das ordentliche (Art. 225 ZPO) und das vereinfachte Verfahren (Art. 246 Abs. 2 ZPO) sowie für das Berufungsverfahren (Art. 316 Abs. 2 ZPO) explizit die Möglichkeit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels vor. Sogar für das Schlichtungsverfahren wurde eine Bestimmung bezüglich des zweiten Schriftenwechsels ins Gesetz aufgenommen (Art. 202 Abs. 4 ZPO). Eine ausdrückliche Regelung oder Verweisnorm sucht man im Summarverfahrensrecht dagegen vergebens.¹³

Hätte der Gesetzgeber dem Gericht die Möglichkeit zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels geben wollen, dann wäre dies wie für die anderen Verfahren gesetzlich verankert worden. Umgekehrt hätte der Gesetzgeber beim vereinfachten Verfahren, beim Berufungs- oder beim Schlichtungsverfahren auf eine Regelung verzichtet, wenn er davon ausgegangen wäre, dass ein zweiter Schriftenwechsel gestützt auf Art. 219 ZPO ohnehin zulässig ist.¹⁴

⁴ SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, N 5 f.; NICOLAS WUILLEMIN, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/St. Gallen 2018, N 134 ff.; eingehend zur Geltung des Novenrechts im summarischen Verfahren DOMENIG (FN 2), N 226 ff.

⁵ NICOLAS SPICHTIN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, Basel 2012, N 188.

⁶ Eine ausführliche Übersicht zur kantonalen Gerichtspraxis findet sich bei DOMENIG (FN 2), N 48 ff.

⁷ DOMENIG (FN 2), N 34.

⁸ BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGer, 5A_806/2019, E. 3.1.

⁹ BGE 141 III 43 E. 2.5.1 mit Verweis auf SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 Art. 1 ZGB N 380.

¹⁰ DOMENIG (FN 2), N 36 ff.

¹¹ Eingehend dazu DOMENIG (FN 2), N 33 ff.

¹² Eingehend dazu DOMENIG (FN 2), N 97 ff.

¹³ 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.

¹⁴ DOMENIG (FN 2), N 100.

Die *systematische Auslegung* spricht folglich gegen die Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels und für den Eintritt des Aktenschlusses nach dem ersten Schriftenwechsel. Mangels Gesetzeslücke bleibt kein Raum für eine richterliche Lückenfüllung.¹⁵ Die Prüfung einer analogen Anwendung von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren erübrigt sich. Dieser Schluss wird auch von den weiteren Auslegungsmethoden gestützt, wie hiernach aufgezeigt wird.

2. Wortlaut schliesst zweiten Schriftenwechsel und analoge Anwendung aus

Der Wortlaut der Bestimmungen des summarischen Verfahrens zeigt auf, dass das Gesetz einzig ein Gesuch (Art. 252 ZPO) und eine Stellungnahme (Art. 253 ZPO), aber keinen zweiten Schriftenwechsel vorsieht.¹⁶ Zudem muss eine Bestimmung, die gestützt auf Art. 219 ZPO in einer anderen Verfahrensart angewendet werden soll, mit der Natur dieses Verfahrens vereinbar sein. Dies bringt der Gesetzgeber mit dem Wort «*sinngemäss*» in Art. 219 ZPO zum Ausdruck.¹⁷ Weil Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung in den Mittelpunkt des Verfahrens stellt¹⁸ und eine solche im Summarverfahren nur selten stattfindet, bleibt für eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO folglich kein Raum.¹⁹

3. Beschleunigungsgebot tritt vor das Interesse an der Wahrheitsfindung

Die Fragen nach der Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels sowie dem Zeitpunkt des Aktenschlusses im Summarverfahren sind zudem im Lichte der charakteristischen Merkmale des summarischen Verfahrens (Schnelligkeit und Flexibilität²⁰) zu beantworten.²¹ Als Verkörperung

der *Eventualmaxime* steht Art. 229 ZPO im Spannungsfeld zwischen dem Interesse an der materiellen Wahrheitsfindung und dem Beschleunigungsgebot. Je höher die Gewichtung des Beschleunigungsgebots, desto mehr gerät die Findung der materiellen Wahrheit in den Hintergrund.

Dem Beschleunigungsgebot wird durch möglichst wenige Schriftenwechsel und einen frühen Aktenschluss Rechnung getragen.²² Im summarischen Verfahren – wo die rasche Verfahrensabwicklung von zentraler Bedeutung ist und ein materiell unrichtiger Entscheid in Kauf genommen werden darf²³ – überwiegt das Beschleunigungsgebot

Mangels Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels muss der Aktenschluss zwingend mit dem Eingang der Stellungnahme des Gesuchsgegners eintreten.

gegenüber dem Interesse an der materiellen Wahrheitsfindung. Selbst im ordentlichen Verfahren geht der Gesetzgeber zwecks Verfahrensbeschleunigung von einem einfachen Schriftenwechsel als Regelfall aus (vgl. Art. 225 ZPO),²⁴ was einen zweiten Schriftenwechsel im summarischen Verfahren noch sachfremder erscheinen lässt. Der Aktenschluss erfolgt folglich mit Abschluss des ersten und einzigen Schriftenwechsels. Der Wahrheitsfindung wird im Rahmen des *Novenrechts* hinreichend Rechnung getragen.²⁵

4. Gesetzgeber beabsichtigte von Beginn an nur einen Schriftenwechsel

Schliesslich hält die *Botschaft* zur Zivilprozessordnung explizit fest, dass ein zweiter Schriftenwechsel im Summarverfahren nicht stattfindet, weil breite Schriftlichkeit dem Wesen dieses Verfahrens zuwiderläuft.²⁶ Sogar im ordentlichen Verfahren wurde der im Vorentwurf der ZPO vorgesehene standardmässige doppelte Schriftenwechsel in der Vernehmlassung als zu schwerfällig kritisiert und

¹⁵ BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; 141 III 43 E. 2.5.1.

¹⁶ Eingehend dazu DOMENIG (FN 2), N 74 ff.

¹⁷ LAURENT KILLIAS, in: Andreas Güngerich (Koord.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Art. 150-352 und 400-406, Bern 2012, Art. 219 ZPO N 24; TANJA DOMEJ, *Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung – Struktur und Charakteristika des Verfahrens*, ZZPInt 2006, 239 ff., 245.

¹⁸ Das lässt sich schon daran erkennen, dass Art. 229 Abs. 1 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 (...)». Auch für den Fall, dass die Parteien erst eine unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit hatten, wird an den *Beginn der Hauptverhandlung* (Art. 229 Abs. 2 ZPO) angeknüpft.

¹⁹ Vgl. DOMENIG (FN 2), N 90 f.

²⁰ Statt vieler BGE 139 III 78 E. 4.4.4; 138 III 252 E. 2.1 (Pra 2012, Nr. 109).

²¹ Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber der *teleologischen Auslegung*, bei welcher Sinn und Zweck der Norm erörtert wird, durch die Anordnung der bloss *sinngemässen* Anwendung in Art. 219 ZPO besondere Wichtigkeit einräumen wollte, vgl. DOMENIG (FN 2), N 140.

²² DOMENIG (FN 2), N 129 ff.

²³ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. A., Basel 2019, § 21 N 24; MORET (FN 4), N 330; zudem sind Summarentscheide oftmals vorläufiger Natur; zu denken ist insbesondere an provisorische Rechtsöffnungsentscheide (Art. 82 ff. SchKG) oder die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), vgl. DOMENIG (FN 2), N 116.

²⁴ BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 225 N 1, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

²⁵ DOMENIG (FN 2), N 136 f.; a.M. MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, *Aktenschluss im summarischen Verfahren*, AJP 2020, 315 ff., 320.

²⁶ *Botschaft* vom 18. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. *Botschaft ZPO 2006*), 7350.

gestrichen.²⁷ Der Vorentwurf schloss ferner einen zweiten Schriftenwechsel im vereinfachten Verfahren explizit aus und verzichtete im Schlichtungsverfahren auf eine Regelung.²⁸ Beides wurde in der Vernehmlassung beanstandet und anschliessend korrigiert (vgl. Art. 202 Abs. 4 und 246 Abs. 2 ZPO).²⁹ Das Summarverfahrensrecht sah bereits im Vorentwurf keine Möglichkeit zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels vor, was in der Vernehmlassung jedoch nicht kritisiert wurde.³⁰ Dementsprechend war es der Wille des Gesetzgebers, dass im summarischen Verfahren nur ein Schriftenwechsel durchgeführt wird.³¹

C. Einfacher Schriftenwechsel ausschlaggebend für Aktenschluss

Das Auslegungsergebnis zeichnet ein klares Bild: Das Summarverfahrensrecht verneint die Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels. Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine ausdrückliche Regelung verzichtet und für das summarische Verfahren nur einen einfachen Schriftenwechsel vorgesehen. Damit wird zugleich der *Zeitpunkt des Aktenschlusses* abschliessend geregelt: Mangels Zulässigkeit eines zweiten Schriftenwechsels muss der Aktenschluss *zwingend* mit dem Eingang der Stellungnahme des Gesuchgegners eintreten.³² Dies gilt auch deshalb, weil in der Regel keine Hauptverhandlung durchgeführt wird und somit keine weiteren Anknüpfungspunkte für den Eintritt des Aktenschlusses bestehen. Vor diesem Hintergrund ist die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO in Bezug auf den Aktenschluss nach der hier vertretenen Auffassung unerheblich.³³

Nach Eintritt des Aktenschlusses richtet sich die Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel nach dem Novenrecht.³⁴ Dabei ist die Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO

in Bezug auf den Aktenschluss von derjenigen in Bezug auf das Novenrecht zu unterscheiden: Der Aktenschluss legt fest, ab wann die Parteien keine neue Tatsachen und Beweismittel mehr einbringen können. Das Novenrecht regelt demgegenüber Ausnahmen vom Aktenschluss.³⁵ Hinsichtlich des Aktenschlusses normiert Art. 229 ZPO dessen

Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt es nicht im Ermessen des Gerichts, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen und damit den Aktenschluss zeitlich nach hinten zu verschieben.

Eintritt, hinsichtlich des Novenrechts die Anforderungen an neue Tatsachen und Beweismittel nach Aktenschluss (vgl. insbesondere Art. 229 Abs. 1 ZPO). Für beide dieser Funktionen ist die *sinnngemässe Anwendbarkeit* auf andere Verfahrensarten (Art. 219 ZPO) jeweils gesondert zu prüfen, weil die Frage nach der Anwendbarkeit des Novenrechts von der Frage nach dem *Zeitpunkt des Eintritts* des Aktenschlusses unabhängig ist. Deren zusammengefasste Beurteilung würde der Doppelfunktion von Art. 229 ZPO keine Rechnung tragen.³⁶

IV. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hält in BGE 146 III 237 mit Blick auf das im summarischen Verfahren zentrale Beschleunigungsgebot³⁷ fest, dass der Aktenschluss *grundsätzlich* nach dem ersten Schriftenwechsel eintrete.³⁸ Mit der gebotenen Zurückhaltung könne dennoch ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden, wenn die Umstände dies erfordern würden.³⁹ Im Falle einer solchen Anordnung führe die analoge Anwendung von Art. 229 ZPO dazu, dass den Parteien eine *zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit* zugutekomme.⁴⁰

27 Botschaft ZPO 2006 (FN 26), 7338; Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004, (zit. Vernehmlassungen VE ZPO), 560 ff.

28 VE ZPO, Art. 238 Abs. 2; VE ZPO, Art. 103; Vernehmlassungen VE ZPO, 9 und 506 f.

29 Vernehmlassungen VE ZPO, 635 ff.; ALEXANDER BRUNNER/THOMAS STEININGER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016 (zit. Dike-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 246 ZPO N 5.

30 DOMENIG (FN 2), N 109; ISAAK MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 76.

31 Botschaft ZPO 2006 (FN 26), 7350; FLORIAN EICHEL, Grundlagen des summarischen Verfahrens, CIVPRO 2020, 1 ff., 9; EMANUEL THALER/RAINER EGLI, Mietrecht im summarischen Verfahren, mp 2021, 175 ff., 184 f.

32 So auch BGE 146 III 237 E. 3.1, wonach im Normalfall (bei bloss einmaligem Schriftenwechsel) der Aktenschluss nach diesem einzigen Schriftenwechsel eintritt.

33 Eingehend DOMENIG (FN 2), N 138 ff.

34 DOMENIG (FN 2), N 145.

35 BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2011, N 1235; MORET (FN 4) N 5 f.; WUILLEMIN (FN 4), N 134 ff.; eingehend dazu DOMENIG (FN 2), N 8 ff., 226 ff.

36 Eingehend zur Anwendbarkeit des Novenrechts von Art. 229 ZPO auf das summarische Verfahren DOMENIG (FN 2), N 239 ff.

37 Vgl. BGE 138 III 483 E. 3.2.4; BGE, 5A_736/2017, E. 3.2.2.

38 BGE 146 III 237 E. 3.1, vorgespurt in BGE 144 III 117 E. 2.2.

39 BGE 146 III 237 E. 3.1; vgl. auch BGE 145 III 213 E. 6.1.3 (Pra 2019, Nr. 124); 144 III 117 E. 2.1; 138 III 252 E. 2.1 (Pra 2012, Nr. 109).

40 BGE 146 III 237 E. 3.1.

Das Bundesgericht begründet seinen Entscheid damit, dass

- a. die mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels verbundene zeitliche Verschiebung des Aktenschlusses der Sachverhaltsabklärung diene;
- b. sich dadurch Diskussionen über die Zulässigkeit von Noven erübrigen würden;⁴¹
- c. die damit verbundene Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Vorhersehbarkeit des Verfahrens den Parteien zumutbar sei, da sie von vornherein nicht mit einem zweiten Schriftenwechsel rechnen dürften;
- d. die mit dem zweiten Schriftenwechsel verbundene Verfahrensverzögerung nicht auf das Novenrecht zurückzuführen sei und sich genauso gut aus dem Replikrecht ergeben könne;⁴²
- e. die getroffene Lösung dem Gesuchsteller diene, um im Falle von überraschenden Einwänden in der Stellungnahme neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen zu können; und
- f. die Gesuchsgegnerin anhand des Gesuchs und ihrer Stellungnahme selbst einschätzen könne, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen werde.⁴³

Den Argumenten des Bundesgerichts ist – zusätzlich zum in Ziff. III. hiuvor Gesagten – Folgendes entgegenzuhalten:

- a. Die Sachverhaltsabklärung und die damit beabsichtigte Wahrheitsfindung treten im summarischen Verfahren hinter das Beschleunigungsgebot zurück.⁴⁴
- b. Während die Parteien bei Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels geradezu aufgefordert werden, neue Tatsachen und Beweismittel einzureichen, hemmt das Novenrecht Noveneingaben in präventiver Manier. Es erscheint in der Folge unwahrscheinlich, dass ein vollständiger zweiter Schriftenwechsel geringeren Aufwand generiert als gelegentliche Noveneingaben.⁴⁵
- c. Im ordentlichen Verfahren entzieht das Bundesgericht die Festlegung des Aktenschlusses mit Blick auf die Rechtssicherheit und den vorhersehbaren Prozessablauf explizit dem richterlichen Ermessen.⁴⁶ Zudem bleibt der Prozessablauf unvorhersehbar, unab-

hängig davon, ob die Parteien von einem einfachen Schriftenwechsel ausgehen müssen.⁴⁷

- d. Wenn die Verfahrensverzögerung ohnehin nicht durch das Novenrecht bedingt ist, entkräftet dies das unter Bst. b. hiuvor geschilderte Argument des Bundesgerichts, wonach bei Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels die Diskussion über die Zulässigkeit von Noven entfällt.
- e. In der Regel liegt es im Interesse der Gesuchstellerin, das Verfahren möglichst schnell abzuhandeln.⁴⁸ Da sie zudem nicht wissen kann, ob ein zweiter Schriftenwechsel eintritt, ist sie von vornherein gehalten, mögliche Einwände der Gegenpartei bereits im Gesuch zu antizipieren und zu entkräften. Dem sorgfältig arbeitenden Gesuchsteller steht in der Folge eine Noveneingabe gestützt auf Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO offen, wenn der Gesuchsgegner überraschende Einwände vorbringt.⁴⁹
- f. Vom Gesuchsgegner kann – insbesondere mit Blick auf die vielfältige Praxis der Gerichte in Summarsachen⁵⁰ – nicht erwartet werden, die (Nicht-)Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels zu antizipieren.⁵¹

Die Argumentation des Bundesgerichts ist folglich – insbesondere mit Blick auf die mangelnde Rechtssicherheit, das Beschleunigungsgebot und die Unzumutbarkeit der Verfahrensantizipation – abzulehnen.⁵² Mit Eintritt des Aktenschlusses nach dem ersten Schriftenwechsel wird sämtlichen genannten Punkten Rechnung getragen.

V. Fazit und Lösungsvorschlag de lege ferenda

A. Aktenschluss nach einmaliger Äusserungsmöglichkeit

Das Gesetz sieht für das summarische Verfahren ein Gesuch (Art. 252 ZPO) und eine Stellungnahme (Art. 253 ZPO), aber keinen zweiten Schriftenwechsel vor. Unterstellt man dem Gesetzgeber ein qualifiziertes Schweigen, ist bereits aufgrund des Wortlauts der Bestimmungen zum summarischen Verfahren klar, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann und der Aktenschluss folglich

41 BGE 146 III 237 E. 3.1 mit Verweis auf SOGO/BAECHLER (FN 25), AJP 2020, 319 ff.

42 Vgl. auch BGE 139 I 189 E. 3.2 (Pra 2013, Nr. 112).

43 Zum Ganzen BGE 146 III 237 E. 3.1.

44 Oben III.B.3.

45 Vgl. auch THALER/EGLI (FN 31), mp 2021, 185.

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

47 DOMENIG (FN 2), N 121 und 123.

48 DOMENIG (FN 2), N 124.

49 Dazu eingehend DOMENIG (FN 2), N 278 ff.

50 DOMENIG (FN 2), N 48 ff.

51 DOMENIG (FN 2), N 125.

52 DOMENIG (FN 2), N 123 ff.

nach dem ersten Schriftenwechsel eintritt.⁵³ Zugunsten der Rechtssicherheit muss der Aktenschluss zu einem Zeitpunkt erfolgen, der in jedem Summarverfahren eintritt. In Frage kommt hierfür nur der Abschluss des einfachen Schriftenwechsels.⁵⁴ Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt es nicht im Ermessen des Gerichts, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen und damit den Aktenschluss zeitlich nach hinten zu verschieben.

Die weiteren Auslegungsmethoden stützen dieses Ergebnis. Da ein qualifiziertes Schweigen und keine Gesetzeslücke vorliegt, stellt sich die Frage der analogen Anwendung von Art. 229 ZPO in Bezug auf den Aktenschluss nicht.

Sofern das Gericht direkt nach Eingang des Gesuchs eine mündliche Verhandlung anordnet, ist einzig dem Gesuchsgegner zu Beginn der Verhandlung die unbeschränkte Eingabe von Tatsachen und Beweismitteln zu gewährleisten. Für den Gesuchsteller macht dies beim Verfassen des Gesuchs keinen Unterschied, er hat nach wie vor sämtliche Tatsachen und Beweismittel in seinem Gesuch in den Prozess einzuführen und die Einwände der Gesuchsgegnerin zu antizipieren.⁵⁵

Der Aktenschluss tritt in *sämtlichen* summarischen Verfahren in der Folge zwingend nach der ersten freien Äusserungsmöglichkeit des Gesuchsgegners ein.⁵⁶

Im Ergebnis entspricht die hier vertretene Ansicht der überwiegenden Lehre, wird aber anders begründet.⁵⁷

B. Lösungsvorschlag de lege ferenda

Gestützt auf die hier vertretene Meinung ist eine Anpassung des Summarverfahrensrechts nicht notwendig, weil

die Frage nach dem Aktenschluss im Sinne eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers beantwortet wird. Die korrekte Auslegung des geltenden Rechts führt zu einem hinreichend klaren Ergebnis. Nichtsdestotrotz wird zur Klarstellung der geltenden Rechtslage eine Norm de lege ferenda formuliert:⁵⁸

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. (*bisheriger Wortlaut*)

² Ein zweiter Schriftenwechsel ist ausgeschlossen. (*neu*)

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

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

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

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

⁵³ RAFAEL KLINGLER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, in: Sutter-Somm et al.), Art. 252 ZPO N 4 m.w.H.

⁵⁴ Bei ausnahmsweiser direkter Anordnung einer Hauptverhandlung nach Gesuchseingang kann der Gesuchsgegnerin anlässlich der Hauptverhandlung die unbeschränkte Stellungnahme gewährt werden, vgl. DOMENIG (FN 2), N 127 f.

⁵⁵ DOMENIG (FN 2), N 145.

⁵⁶ Eingehend zu sämtlichen besonderen Summarverfahren und dem summarischen Rechtsmittelverfahren DOMENIG (FN 2), N 146 ff und N 212 ff.

⁵⁷ Vgl. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm et al. (FN 53), Art. 257 ZPO N 20; BSK ZPO-HOFMANN (FN 24), Art. 257 N 23b; KLINGLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 53), Art. 252 ZPO N 32 f.; DIKE-KOMM.-PAHUD (FN 29), Art. 229 ZPO N 27; MATTHIAS BRUNNER/LINDA BIERI, Zweiter Schriftenwechsel und Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: dRSK, publiziert am 28. März 2018, N 17; DANIEL FÜLLEMANN, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), Innovatives Recht – Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, 863 ff., 876; a.M. SEBASTIEN MORET, Novenrecht in der ersten und zweiten Instanz, PraxiZ 2018, 37 ff., 47; REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al. (FN 53), Art. 316 ZPO N 7; SOGO/BAECHLER (FN 25), AJP 2020, 319 f.; DIKE-KOMM.-KAUFMANN (FN 29), Art. 252 ZPO N 36; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al. (FN 53), Art. 228 ZPO N 10.

⁵⁸ Aus DOMENIG (FN 2), N 385.