



## Das Novenrecht im summarischen Verfahren

### Die sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO im Summarverfahren

BENJAMIN DOMENIG\*



MAURO RAPPO\*\*

*Im Rahmen der ZPO-Revision wurde das Novenrecht des ordentlichen Verfahrens überarbeitet. Aufgrund der Formulierung von Art. 229 ZPO besteht nicht nur im ordentlichen Verfahren Klärungsbedarf, sondern auch in Bezug auf das summarische Verfahren. Wie der vorliegende Beitrag zeigt, ist die Ansetzung einer Novenfrist im summarischen Verfahren nicht zweckmässig. Stattdessen ist von den Parteien weiterhin zu verlangen, dass sie echte und unechte Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 2 ZPO ohne Verzug, d.h. innert zehn Tagen seit deren Entstehung/Entdeckung, einreichen. Im Falle einer laufenden Replikfrist nach Art. 53 Abs. 3 ZPO dürfen Noven ausnahmsweise bis zum Ablauf dieser Frist vorgebracht werden. Die Gerichte sind gehalten, den Parteien eine kurze, höchstens einmalig erstreckbare Replikfrist anzusetzen.*

*Dans le cadre de la révision du Code de procédure civile, le législateur a modifié les dispositions relatives aux novas en procédure ordinaire. La formulation de l'art. 229 CPC révèle toutefois un besoin de clarification non seulement pour la procédure ordinaire, mais également pour la procédure sommaire. Comme le montre la présente contribution, l'instauration d'un délai applicable aux novas en procédure sommaire ne constitue pas une solution adéquate. Il demeure en revanche indiqué d'exiger des parties qu'elles fassent valoir sans délai – soit dans les dix jours suivant leur survenance ou leur découverte – les novas, proprement et improprement dits au sens de l'art. 229 al. 2 CPC. Lorsqu'un délai est imparti pour le dépôt de déterminations au sens de l'art. 53 al. 3 CPC, les novas peuvent exceptionnellement être invoqués jusqu'à l'échéance dudit délai. Les tribunaux doivent fixer un délai de détermination bref et qui ne peut être prolongé qu'une seule fois.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Neue Tatsachen und Beweismittel im ordentlichen Verfahren (Art. 229 ZPO) – Ein Überblick
  - A. Vor Eintritt des Aktenschlusses (im Parteivortrag)
  - B. Nach Eintritt des Aktenschlusses
- III. Das Replikrecht im Summarverfahren
- IV. Das Novenrecht im Summarverfahren
  - A. Der Aktenschluss als Schranke zum Novenrecht
  - B. Die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO
  - C. Keine Anwendung von Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> ZPO
- V. Fazit und Lösungsvorschlag

### I. Einleitung

Das summarische Verfahren ist von der ZPO-Revision prima vista weitestgehend verschont geblieben. Dennoch stellt sich die Frage, ob die neuen Bestimmungen zum Replikrecht (Art. 53 Abs. 3 ZPO) oder bezüglich des Novenrechts (Art. 229 ZPO) Auswirkungen auf das Novenrecht im summarischen Verfahren haben.

Nach der überarbeiteten Bestimmung in Art. 229 Abs. 2 ZPO können die Gerichte Fristen ansetzen, innert derer die Parteien Noven einzureichen haben (nachfolgend als «Novenfristen» bezeichnet). Wie der vorliegende Beitrag aufzeigen wird, ist die Ansetzung einer Noven-

frist nicht mit den Besonderheiten des Summarverfahrens vereinbar.

### II. Neue Tatsachen und Beweismittel im ordentlichen Verfahren (Art. 229 ZPO) – Ein Überblick

Ausgangspunkt ist die Anpassung des Art. 229 ZPO, welcher das Novenrecht primär für das ordentliche Verfahren und sekundär sinngemäss für alle weiteren Verfahrensarten regelt (Art. 219 ZPO). Die wichtigsten Neuerungen werden hiernach erläutert.

#### A. Vor Eintritt des Aktenschlusses (im Parteivortrag)

Art. 229 Abs. 1 ZPO entspricht grundsätzlich der Regelung von Art. 229 Abs. 2 aZPO. Der Gesetzgeber hat klar gestellt, dass im Falle einer ausstehenden zweiten freien Äusserungsmöglichkeit neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel während der Hauptverhandlung *im* ersten Parteivortrag unbeschränkt vorgebracht werden können. Damit wird der bisherigen unzweckmässigen Trennung von Tatsachenvortrag und erstem Parteivortrag ein Riegel geschoben.<sup>1</sup> Neue Tatsachenbehauptungen und

\* BENJAMIN DOMENIG, Dr. iur., Rechtsanwalt, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG, Bern.

\*\* MAURO RAPPO, Rechtsanwalt, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG, Bern.

<sup>1</sup> Für eine Übersicht über die Kritikpunkte vgl. ANDREAS LIENHARD, Der Vortrag zu Beginn der Hauptverhandlung, ZZZ 2022, 93 ff., 100 m.w.H.

Beweismittel in der mündlichen Replik und Duplik können nur noch vorgebracht werden, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> ZPO erfüllen, wenn es sich also um echte oder unechte Noven handelt.<sup>2</sup>

## B. Nach Eintritt des Aktenschlusses

Art. 229 Abs. 2 ZPO regelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen *nach* dem Aktenschluss<sup>3</sup> neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren eingebracht werden können. Neu sind diese echten oder unechten Noven innerhalb einer vom Gericht festgelegten Novenfrist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, spätestens im ersten Parteivortrag in der Hauptverhandlung vorzubringen. Damit fällt die bisherige Regelung, wonach Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 2 lit. a und lit. b ZPO «ohne Verzug» vorgebracht werden müssen, dahin. Die jetzige Formulierung stellt einen Kompromiss dar, welcher quasi in letzter Sekunde an der parlamentarischen Einigungskonferenz erarbeitet wurde. Die frühere «Ohne-Verzug»-Regel wurde dabei als zu streng angesehen.<sup>4</sup> Ursprünglich hat sich der Nationalrat gar für ein unbeschränktes Novenrecht ausgesprochen, also dafür, dass neue Tatsachen und Beweismittel jederzeit frei vorgetragen werden können.<sup>5</sup> Sowohl der Stände- als auch der Bundesrat waren gegen diese Neuregelung und wollten am früheren Recht festhalten.<sup>6</sup> Das Gesagte wurde nur mit Blick auf das ordentliche Verfahren diskutiert.

Die Streichung der «Ohne-Verzug»-Regel und insbesondere die Novenfrist führt zu diversen neuen Problemen und Fragestellungen:

- Zunächst ist unklar, ob der Gesetzgeber die Novenfrist auf die Zeitspanne *ab* der Entdeckung/Entstehung von Noven bezieht, also dem Gericht das Recht einräumt, die bisherige «Ohne-Verzug»-Regel für ein Verfahren zu definieren (abstrakte relative Frist), oder ob die Novenfrist nach Eintritt des Aktenschlusses oder eines bestimmten Verfahrensereignisses bis zu einem fix definierten Datum gelten soll und jeweils den Gegebenheiten dieses Ereignisses angepasst wird (absolute Frist).<sup>7</sup> Gemäss der hier vertretenen Ansicht schliessen

weder der Gesetzeswortlaut noch die parlamentarischen Beratungen das eine oder das andere aus.

- Es ist nicht geregelt, was geschieht, wenn die Novenfrist unbenutzt verstreicht. Konsequenterweise muss bei Annahme einer relativen Frist die Noveneingabe als verspätet aus dem Recht gewiesen werden resp. bei absoluter Frist ab diesem Zeitpunkt ein absolutes Novenverbot gelten. Ansonsten wäre die neu eingeführte Kompetenz des Gerichtes, eine Novenfrist anzusetzen, obsolet.<sup>8</sup>
- Setzt das Gericht das Ende einer absoluten Novenfrist früh an (d.h. zwischen Fristablauf und der Hauptverhandlung/Urteilsberatung liegt eine beträchtliche Zeitspanne), können echte Noven, die nach Fristablauf entstanden sind, nicht mehr berücksichtigt werden. Der Prozess muss ohne diese echten Noven weitergeführt werden, was dazu führen könnte, dass das Gericht wissentlich ein materiell falsches oder unvollständiges Urteil fällen müsste. Im Rahmen des Berufungsverfahrens können die Parteien dann wieder Noven einbringen (Art. 317 Abs. 1 ZPO), was das erstinstanzliche Verfahren zu einem prozessualen Leerlauf verkommen lässt. Weil im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel wiederum *ohne Verzug* in das Verfahren eingebracht werden müssen, ist eine Partei im erstinstanzlichen Verfahren u.U. selbst nach Ablauf der Novenfrist gehalten, ein Novum in das Verfahren einzubringen, weil sie sonst riskiert, gegen die «Ohne-Verzug»-Regel des Berufungsverfahrens zu verstossen.
- Da es sich bei der Novenfrist um eine gerichtliche Frist handelt, kann diese erstreckt werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Die gewissenhafte Rechtsvertretung ist gehalten, die Frist so lange wie möglich zu erstrecken, um gegebenenfalls noch Noven einbringen zu können.

462; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 45, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2024 (zit. BSK ZPO-Verfasser); für eine relative Frist: THOMAS ENGLER, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), ZPO Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2023, Art. 229 N 13 f.; vgl. auch die verschiedenen Theorien bei ANDREAS GÜNGERICH, Die Revision des Novenrechts, Anwaltsrevue 2024, 195 ff., 196; PATRICK HONEGGER-MÜNTENER/MATTHIAS RUFIBACH/JULIUS SCHUMANN, Die Revision der ZPO, AJP 2023, 1180 ff., 1196; ALEXANDER R. MARKUS/LUCAS A. T. BRÖNNIMANN, Erste Gedanken zur Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO), ZZZ 2023, 120 ff., 123 ff.; LAURENT GROBÉTY, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse, SJ 2023, 431 ff., 446.

<sup>8</sup> A.A. in Bezug auf Noven, die nach Fristablauf entstanden sind, DANIEL STAEHELIN/FLORENCE VON MUTZENBECHER, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 2023, 815 ff., 828.

<sup>2</sup> BAPTISTE HURNI/DAVID HOFMANN, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 2023, 209 ff., 212.

<sup>3</sup> Zum Begriff des Aktenschlusses vgl. BENJAMIN DOMENIG, Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2022, N 8 ff.

<sup>4</sup> Votum Lüscher, AB 2023 N 529.

<sup>5</sup> Votum Lüscher, AB 2022 N 671.

<sup>6</sup> Voten Keller-Suter AB 2022 N 694; Bauer AB 2023 S 8.

<sup>7</sup> Für eine absolute Frist: FRANÇOIS BOHNET, Allégations, droit de réplique et novas selon le CPC révisé, Anwaltsrevue 2024, 458 ff.,

Dies führt für alle Beteiligten zu unnötigem Mehraufwand und zwangsläufig zu einer Verzögerung des Verfahrens. Das Gericht wird daher entweder von der Fristansetzung absehen oder sie – falls eine Partei eine Fristansetzung anbegehrt – bis zur Hauptverhandlung resp. zum Beginn der Urteilsberatung ansetzen.

- Wenn die Parteien die echten und unechten Noven nicht mehr ohne Verzug, sondern bis zum Ablauf der richterlichen Novenfrist bzw. noch im ersten Parteivortrag vorbringen dürfen, öffnet dies trölerischem Verhalten Tür und Tor: Eine Partei könnte mit der Noveneinreichung bis zur Hauptverhandlung zuwarten und die Gegenpartei damit überraschen. Dies führt unter gegebenen Voraussetzungen dazu, dass die Verhandlung zur Wahrung der Waffengleichheit unterbrochen werden muss.

Sodann handelt es sich bei der neuen Formulierung «bis zum ersten Parteivortrag» in Art. 229 Abs. 2 ZPO nach der hier vertretenen Ansicht um ein redaktionelles Versehen.<sup>9</sup> So wollte in Abs. 1 die bisherige unpraktikable Trennung von Tatsachenvorträgen und Parteivorträgen explizit verhindert werden.<sup>10</sup> Zudem sehen sowohl der französische als auch der italienische Wortlaut explizit ein Vorbringen von Noven im ersten Parteivortrag vor (sofern diese die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2 lit. a oder lit. b ZPO erfüllen).

### III. Das Replikrecht im Summarverfahren

Art. 53 Abs. 3 ZPO regelt explizit das Recht, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen. Dieses Replikrecht ergab sich bislang aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Unter Anwendung der revidierten ZPO sind die Gerichte gehalten, den Parteien hierzu eine Frist von mindestens zehn Tagen anzusetzen (nachfolgend als «Replikfrist» bezeichnet). Dementsprechend handelt es sich um eine gerichtliche Frist, die gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO erstreckt werden kann.<sup>11</sup> Nach unbenutztem Ablauf der Frist wird der Verzicht angenommen. Das Replikrecht ist allerdings strikt vom Novenrecht zu unterscheiden, es hat keinen Einfluss auf die Eventualmaxime.<sup>12</sup>

Das Replikrecht als Verfahrensgrundsatz des allgemeinen Teils der ZPO gilt auch im Summarverfahren.<sup>13</sup> Folglich muss das Gericht auch im summarischen Verfahren bei sämtlichen Eingaben eine Frist zur Ausübung des Replikrechts ansetzen.<sup>14</sup> Es gelten zwei *Ausnahmen*: Einerseits wenn das Gericht beabsichtigt, das Gesuch des Gesuchstellers vollumfänglich gutzuheissen; mangels Nachteils kann dem Gesuchsteller diesfalls die Gesuchsantwort gleichzeitig mit dem Entscheid zugestellt werden.<sup>15</sup> Andererseits in Fällen, in denen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, etwa in Verfahren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Das Gericht hat diesfalls eine Interessenabwägung zwischen der Dringlichkeit der Massnahme und dem Replikrecht durchzuführen.<sup>16</sup>

Im summarischen Verfahren hat die Partei, welche gestützt auf ihr Replikrecht eine Stellungnahme einreichen möchte, diese Stellungnahme *unverzüglich* einzureichen.<sup>17</sup> Eine unverzügliche Stellungnahme schliesst das Ersuchen um eine Fristansetzung aus.<sup>18</sup> Hinsichtlich der Bemessung der Replikfrist drängt sich im Summarverfahren in aller Regel die kurzstmögliche Frist von zehn (10) Tagen auf. In seltenen Ausnahmen, etwa in komplexen Fällen ausserhalb des Rechtsöffnungsverfahrens (in dem *qualifizierte Schnelligkeit*<sup>19</sup> geboten ist), darf die Replikfrist maximal 15 bis 20 Tage betragen. Eine Erstreckung der Replikfrist (Art. 144 Abs. 2 ZPO) im summarischen Verfahren ist mit Blick auf das Beschleunigungsgebot und die vom Bundesgericht geforderte Unverzüglichkeit nach der hier vertretenen Ansicht nur einmalig und unter Ansetzung einer sehr kurzen Nachfrist von sieben (7) Tagen zulässig.

<sup>9</sup> Dahingehend auch GÜNGERICH (FN 7), 197; MELANIE HUBER-LEHMANN, Änderungen der ZPO per 1. Januar 2025, ZZZ 2024, 317 ff., 333; a.A. STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 8), 827; MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 7), 125.

<sup>10</sup> Vgl. STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 8), 827 m.w.H.; HUBER-LEHMANN (FN 9), 332 f.

<sup>11</sup> HUBER-LEHMANN (FN 9), 321.

<sup>12</sup> BGE 150 III 209 E. 3.3 mit Verweis auf DOMENIG (FN 3), N 169.

<sup>13</sup> BGE 150 III 209 E. 3.3; 144 III 117 E. 2.1; DOMENIG (FN 3), N 13 f.; HUBER-LEHMANN (FN 9), 321.

<sup>14</sup> Vgl. HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN (FN 7), 1165; HUBER-LEHMANN (FN 9), 321.

<sup>15</sup> KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 253 N 7, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2021 (zit. KUKO ZPO-Verfasser); MARTIN KAUFMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm ZPO-Verfasser), Art. 253 N 42; HUBER-LEHMANN (FN 9), Fn. 40.

<sup>16</sup> BGE 139 I 189 E. 3.5; DOMENIG (FN 3), N 358; HUBER-LEHMANN (FN 9), 321; HURNI/HOFMANN (FN 2), 213; vgl. auch HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN (FN 7), 1165.

<sup>17</sup> BGE 150 III 209 E. 3.3, wobei im konkreten Fall die Ausübung des Replikrechts in einem *Rechtsöffnungsverfahren* zu beurteilen war. Die vom Bundesgericht angeführten Argumente treffen also genauso für das «gewöhnliche Summarverfahren» zu, weshalb das Replikrecht nach der hier vertretenen Auffassung auch in einem solchen Verfahren unverzüglich ausgeübt werden muss.

<sup>18</sup> DOMENIG (FN 3), N 384.

<sup>19</sup> BGE 150 III 209 E. 3.3 m.w.H.



Neu muss die Einreichung der Stellungnahme aufgrund der nunmehr gesetzlichen Fristregelung in der ZPO nicht mehr innert dieser Frist beim Gericht eintreffen, sondern das Datum der Postaufgabe ist massgebend (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

#### IV. Das Novenrecht im Summarverfahren

Fraglich ist, ob und wie sich die dargelegten Anpassungen von Art. 53 Abs. 3 und Art. 229 ZPO auf das Novenrecht im summarischen Verfahren auswirken. Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens finden sinngemäss auch auf das summarische Verfahren Anwendung (Art. 219 ZPO), soweit das Summarverfahren keine spezifische Regelung vorsieht. Das gilt auch in Bezug auf das Novenrecht nach Art. 229 ZPO.<sup>20</sup>

##### A. Der Aktenschluss als Schranke zum Novenrecht

Das summarische Verfahren zeichnet sich durch seine Schnelligkeit aus, das Beschleunigungsgebot ist von zentraler Bedeutung.<sup>21</sup> Das gilt umso mehr in Rechtsöffnungsverfahren.<sup>22</sup> In der Regel findet im Summarverfahren keine Hauptverhandlung statt und es wird kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt, d.h., der Aktenschluss tritt nach dem ersten Schriftenwechsel ein.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist im summarischen Verfahren – entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung – eine zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit ausgeschlossen. Der Aktenschluss tritt *in jedem Fall* nach einmaliger unbeschränkter Äusserung ein, weil der Gesetzgeber die Frage nach dem *Zeitpunkt des Aktenschlusses* im Summarverfahren durch qualifiziertes Schweigen klärt.<sup>23</sup>

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hingegen tritt der Aktenschluss im Summarverfahren bloss *grundsätzlich* nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Ordnet das

Gericht einen zweiten Schriftenwechsel oder eine Hauptverhandlung an, wird das Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert und der Aktenschluss tritt erst nach der zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit ein.<sup>24</sup> Die Anordnung einer Hauptverhandlung oder eines zweiten Schriftenwechsels muss aber gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung die *seltene Ausnahme* bleiben und explizit erfolgen.<sup>25</sup> Das ist eine deutliche Verschärfung zur vorherigen Rechtsprechung, welche noch eine «zurückhaltende Anordnung» eines zweiten Schriftenwechsels zuliess.<sup>26</sup>

Das Bundesgericht unterscheidet in seiner Rechtsprechung nicht explizit zwischen der Rechtslage hinsichtlich des Aktenschlusses und des Novenrechts, sondern ging grundsätzlich von einer analogen Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO aus. Aufgrund der Neuregelung von Art. 229 ZPO bietet sich aber ein Zurückkommen auf die Argumente des Bundesgerichts ebenfalls an. So führt die Neuregelung insbesondere dazu, dass Art. 229 ZPO auch hinsichtlich des Novenrechts noch schlechter zur Natur und Ausgestaltung des summarischen Verfahrens passt (vgl. Kap. IV.B. hiernach).

Zudem ist festzuhalten, dass die Argumentation des Bundesgerichts von Beginn an auf wackligen Beinen stand: In BGE 144 III 117 wurde in einem obiter dictum (E. 2.2) die heutige Praxis des Bundesgerichts vorgespurt.<sup>27</sup> Die in BGE 144 III 117 zur Begründung beigezogenen Lehrmeinungen sagen aber z.T. entweder das Gegenteil von dem aus, was das Bundesgericht zitierte,<sup>28</sup> oder sie äussern sich nur vage und nicht in der vom Bundesgericht angenommenen Klarheit zum Aktenschluss im summarischen Verfahren.<sup>29</sup> Sodann wurde bereits diese vorgespurte Lösung in der Lehre breit kritisiert.<sup>30</sup>

<sup>20</sup> DOMENIG (FN 3), N 341 ff.

<sup>21</sup> BGE 138 III 483 E. 3.2.4; DOMENIG (FN 3), N 33; HUBER-LEHMANN (FN 9), 321; NICOLAS SPICHTIN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, Basel 2012, N 188.

<sup>22</sup> BGE 150 III 209 E. 3.3.

<sup>23</sup> So sehen bspw. die Art. 252 und 253 ZPO ausschliesslich ein Gesuch und eine Stellungnahme, nicht aber einen zweiten Schriftenwechsel vor. Dies im Gegensatz zum ordentlichen (Art. 225 ZPO) und vereinfachten (Art. 246 Abs. 2 ZPO) Verfahren sowie im Rahmen des Schlichtungs- (Art. 202 Abs. 4 ZPO) oder Berufungsverfahrens (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Ausführlich dazu DOMENIG (FN 3), N 138 ff. und 221 ff. m.w.H.; BENJAMIN DOMENIG/MAURO RAPPO, Der Aktenschluss im summarischen Verfahren, ZZZ 2023, 12 ff., 13 ff. m.w.H.

<sup>24</sup> BGE 150 III 209 E. 3.3; 146 III 237 E. 3.1.

<sup>25</sup> BGE 150 III 209 E. 3.4; im Falle der Anordnung einer Hauptverhandlung sollten die Gerichte präzisieren, ob eine zweite freie Äusserungsmöglichkeit eingeräumt wird oder ob die Verhandlung zur Klärung von Fragen oder zur Lösungsfindung dient.

<sup>26</sup> BGE 146 III 237 E. 3.1.

<sup>27</sup> BGE 146 III 237 E. 3.1.

<sup>28</sup> Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 257 N 20, wo explizit gesagt wird: «Das unbeschränkte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln sollte in allen Fällen nur im Gesuch und in der Stellungnahme zum Gesuch möglich sein.»

<sup>29</sup> Vgl. DIKE-Komm ZPO-KAUFMANN (FN 15), Art. 252 N 36, wo wahrscheinlich Bezug auf echte und unechte Noven genommen wird anstatt auf unbeschränkte Äusserungsmöglichkeiten (ansonsten wäre die «Ohne-Verzug»-Regelung nicht erwähnt worden).

<sup>30</sup> Vgl. die zitierten Lehrmeinungen in BGE 146 III 237 E. 3.1; eingehend DOMENIG (FN 3), N 37 ff.

## B. Die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO

Hinsichtlich des Novenrechts, welches die Einbringung von Tatsachen *nach* erfolgtem Aktenschluss regelt, ist Art. 229 ZPO auf das Summarverfahren *analog* anwendbar (Art. 219 ZPO),<sup>31</sup> was hiernach zu definieren ist.

Die analoge Anwendung kann durch eine abweichende Regelbildung erfolgen, die den Besonderheiten des Summarverfahrens Rechnung trägt. Auch eine direkte Übernahme der Norm ist denkbar, allerdings ist eine solche rechtswidrig, wenn sie damit die besondere Verfahrensordnung denaturiert.<sup>32</sup> Das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung von Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens auf das Summarverfahren in der Vergangenheit auch schon gänzlich verneint: So ist Art. 223 ZPO (Nachfristansetzung bei versäumter Stellungnahme) im summarischen Verfahren nicht anwendbar, weil dies dem Beschleunigungsgebot (vgl. Kap. IV.A. hiervor) zuwiderläuft.<sup>33</sup>

Mit der Revision der ZPO fällt in Art. 229 Abs. 2 ZPO die Regelung weg, dass echte und unechte Noven «ohne Verzug» vorgebracht werden müssen. Grund dafür ist, dass das Novenrecht des ordentlichen Verfahrens laienfreundlicher und weniger streng werden sollte. Der Gesetzgeber wollte Fälle verhindern, in denen Noven aus dem Recht gewiesen werden, weil die Parteien diese zu spät ihrer Rechtsvertretung oder dem Gericht meldeten.<sup>34</sup> Gerade diese Strenge ist aber im summarischen Verfahren weiterhin geboten, um das Verfahren schnellstmöglich zum Abschluss zu bringen: Während das ordentliche und das vereinfachte Verfahren immer zu einem endgültigen materiellen Entscheid führen, gilt das Summarverfahren für Fälle, die nur vorläufig geregelt werden müssen<sup>35</sup> oder in denen eine rasche Entscheidung wichtiger ist als die abschliessende Untersuchung der materiellen Wahrheit.<sup>36</sup>

Die Beschleunigung des Verfahrens ist von zentraler Bedeutung und kann zu Lasten von nachsichtigen Beweisregeln gehen. Das wird bereits mit der Beweismittelbeschränkung von Art. 254 ZPO klargestellt. Folglich sind die Anpassungen von Art. 229 ZPO nicht auf das Summarverfahren anzuwenden.

Die Ansetzung einer Novenfrist und damit die Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO ergibt zudem nur im ordentlichen Verfahren Sinn, weil es dort nach der zweiten freien Äusserungsmöglichkeit (also nach Eintritt des Aktenschlusses) in jedem Fall zu einem weiteren Verfahrensschritt (i.d.R. die Hauptverhandlung) kommt: Wenn das Gericht eine vorgängige Eingabe der Noven wünscht, um Überraschungen an der Hauptverhandlung zu vermeiden, kann es das also tun. Ansonsten können die Parteien allfällige Noven in der Hauptverhandlung einführen. Die Entscheidfällung ist also noch nicht absehbar. Demgegenüber schreitet das Gericht im summarischen Verfahren in aller Regel nach dem Aktenschluss zur Entscheidfällung. Mangels zusätzlichen Verfahrensschritts besteht kein Grund für das Gericht, eine Novenfrist anzusetzen. Stattdessen muss es reichen, wenn das Gericht den Parteien mitteilt, dass sie allfällige Noven unverzüglich vorzubringen haben, damit diese vor Beginn der Urteilsfällung eintreffen.

Die Aufrechterhaltung der «Ohne-Verzug»-Regel im Summarverfahren in Abweichung vom Wortlaut von Art. 229 ZPO ist auch darum gerechtfertigt, weil sich Art. 229 ZPO an einer Hauptverhandlung orientiert, die aufgrund der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur noch in den wenigsten Fällen stattfindet resp. zulässig ist.<sup>37</sup> Um eine Denaturierung des summarischen Verfahrens zu verhindern, ist die Aufrechterhaltung der «Ohne-Verzug»-Regel sogar geboten.

Wenn dennoch eine Hauptverhandlung stattfindet, dann geschieht dies im summarischen Verfahren zwingend spätestens nach dem ersten Schriftenwechsel (die Anordnung einer Hauptverhandlung nach ausnahmsweisem zweifachem Schriftenwechsel ist nicht mit dem Beschleunigungsgebot vereinbar). Das Gericht muss präzisieren, ob an der Hauptverhandlung eine zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit eingeräumt wird oder nicht. In ersterem Fall stellt sich die Frage nach der Fristansetzung nicht, weil die Novenschranke gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung noch nicht eingetreten ist (vgl. Kap. IV.A. hiervor; zur Anwendung von Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> ZPO vgl. Kap. IV.C. hiernach). Im zweiten Fall wäre ein Zuwarten mit der Noveneinbringung bis zur

<sup>31</sup> DOMENIG (FN 3), N 341 ff.

<sup>32</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 7), Art. 219 N 26 f.

<sup>33</sup> BGE 138 III 483 E. 3.2.4; vgl. auch KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN (FN 15), Art. 248 N 2.

<sup>34</sup> BOHNET (FN 7), 462; Voten Lüscher, AB 2022 N 2254; Hurni, AB 2023 N 212; Lüscher, AB 2023 N 215; vgl. auch PHILIPP MATTHIAS BREGY, Die Laienfreundlichkeit in der überarbeiteten ZPO, Anwaltsrevue 2023, 218 ff., 221.

<sup>35</sup> Z.B. bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO), der provisorischen Rechtsöffnung (Art. 82 ff. SchKG) oder der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), vgl. DOMENIG (FN 3), N 116.

<sup>36</sup> ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. A., Basel 2024, § 21 N 24; BSK ZPO-MAZAN (FN 7), Vor Art. 248–256 N 1 f. und N 8; DOMENIG/RAPPO (FN 23), 14; SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, N 330.

<sup>37</sup> BGE 150 III 209 E. 3.4.

Hauptverhandlung respektive bis zu einem Termin kurz vor der Hauptverhandlung aufgrund der dabei drohenden Verzögerung nicht mit den Beschleunigungsgeboten vereinbar.

Nach der hier vertretenen Ansicht müssen Noven im summarischen Verfahren daher weiterhin ohne Verzug, d.h. innert 10 Tagen seit deren Entstehung bzw. Entdeckung, vorgebracht werden.<sup>38</sup> Eine Ausnahme rechtfertigt sich dann, wenn für die Partei, welche die Noveneinreichung beabsichtigt, eine Replikfrist läuft: Endet die Replikfrist später als die zehntägige Frist für die verzugslose Noveneinbringung, kann das Novum innert der laufenden, ohnehin kurzen (vgl. Kap. III. hiervor) Replikfrist eingebracht werden. So wird eine separate Noveneingabe verhindert.<sup>39</sup> Das gilt auch bei Erstreckung der Replikfrist. Ausserhalb einer laufenden Replikfrist ist die zehntägige Frist für die verzugslose Einbringung nicht erstreckbar. Gemäss der hier vertretenen Ansicht ist es mit Blick auf die Rechtssicherheit hinreichend, wenn die Noven innert der zehntägigen Frist der Post übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO).<sup>40</sup>

### C. Keine Anwendung von Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> ZPO

Nach der hier vertretenen Ansicht ist Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> ZPO im Summarverfahren obsolet, da das Gericht aufgrund des Beschleunigungsgebots entweder im Rahmen der Verhandlung einen Entscheid fällen oder unmittelbar nach Abschluss der Verhandlung zur Urteilsberatung schreiten muss. Folglich ist auch die Anordnung einer Folgeverhandlung im summarischen Verfahren ausgeschlossen.

## V. Fazit und Lösungsvorschlag

Die neue Formulierung von Art. 229 ZPO führt nach der hier vertretenen Ansicht zur folgenden analogen Anwendung im Summarverfahren: Um dem im Summarverfahren zentralen Beschleunigungsgebot hinreichend Rechnung zu tragen, ist die «Ohne-Verzug»-Regel bei Einreichung von Noven weiterhin anzuwenden. Damit kann und sollte auf die Ansetzung von Novenfristen durch

die Gerichte verzichtet werden, deren analoge Anwendung dem Naturell des summarischen Verfahrens widerspricht. Die Gerichte sind demnach gehalten,

- eine kurze Replikfrist anzusetzen, die nur einmalig erstreckbar ist; und
- die Parteien auf das Erfordernis der verzugslosen Einbringung echter und unechter Noven hinzuweisen.

Läuft eine Replikfrist nach Art. 53 Abs. 3 ZPO, so können Noven ausnahmsweise innert dieser Replikfrist eingebracht werden. Ausserhalb einer laufenden Replikfrist gilt die «Ohne-Verzug»-Regel von zehn (10) Tagen seit Entdeckung/Entstehung.

Zur Klarstellung wird für das Summarverfahren de lege ferenda die folgende Bestimmung vorgeschlagen:

#### Art. 253 ZPO – Stellungnahme und Aktenschluss

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

<sup>2</sup> Eine zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit ist ausgeschlossen.

#### Art. 253a ZPO – Neue Tatsachen und Beweismittel

<sup>1</sup> Nach Eintritt des Aktenschlusses werden neuen Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und

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

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

<sup>38</sup> CHRISTOPH REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2017, N 163; DOMENIG (FN 3), N 243 m.w.H.; MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, 315 ff., 329.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu BGer, 4A\_77/2020, 17.6.2020, E. 4.2.3; REUT (FN 38), N 163 m.w.H.

<sup>40</sup> Dahingehend auch REUT (FN 38), N 162 f.