

Benjamin Domenig

Schriftenwechsel im Summarverfahren – Verschärfung der Rechtsprechung

BGE 150 III 209 vom 3. April 2024



I. Sachverhalt

Mit Zahlungsbefehl vom 27. September 2022 betrieb die Sparkasse B (nachfolgend: Gläubigerin, Beschwerdegegnerin) die Schuldnerin. Daraufhin erhob die Betriebene Rechtsvorschlag. Die Gläubigerin ersuchte sodann das Bezirksgericht March um Rechtsöffnung.

Als Gläubigerin im Rechtsöffnungstitel war die *Sparkasse E* aufgeführt. Im eingereichten Rechtsöffnungsgesuch wurde diesbezüglich lediglich angemerkt, dass die Gläubigerin damals unter der Bezeichnung «Sparkasse E» firmierte. Nach Erhalt des Gesuchs bestritt die Schuldnerin die Gläubigeridentität und insbesondere die Firmenänderung. Die Gesuchsantwort der Schuldnerin wurde der Gläubigerin zugestellt. Dies mit der Aufforderung «*im Sinne des rechtlichen Gehörs*» eine Stellungnahme einzureichen. In ihrer Stellungnahme machte die Gläubigerin geltend, die Sparkasse B sei die Rechtsnachfolgerin der Sparkassen E und F. Zum Beweis der eingetretenen Gesamtrechtsnachfolge von der Sparkasse E auf die Sparkasse B reichte die Gläubigerin einen amtlichen Ausdruck des deutschen Online-Handelsregisters (www.handelsregister.de) ein.

Mit Verfügung vom 28. Februar 2023 erteilte das Bezirksgericht March der Beschwerdegegnerin definitive Rechtsöffnung. Das Bezirksgericht bejahte die Gläubigeridentität unter dem Hinweis, die Suche im deutschen Online-Handelsregister habe ergeben, dass der Handelsregistrauszug – woraus die Firmenänderung bzw. die Gesamtrechtsnachfolge ersichtlich sei – sofort abrufbar und kostenlos einsehbar sei. Folglich sei von Notorietät des Eintrags auszugehen.

Die Schuldnerin hatte den Rechtsöffnungsentscheid beim Kantonsgericht Schwyz erfolglos angefochten. Dar-

aufhin zog sie den Entscheid des Kantonsgerichts an das Bundesgericht weiter. Mit Erfolg!

Im bundesgerichtlichen Verfahren bestritt die Beschwerdeführerin die Identität zwischen der betreibenden Beschwerdegegnerin und der im Rechtsöffnungstitel bezeichneten Gläubigerin.

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens war allerdings nicht nur die Prüfung der Gläubigeridentität, sondern auch die Frage, ob es sich bei Eintragungen in ausländischen Handelsregistern, um notorische Tatsachen handelt. Dies wieder führte dazu, dass sich das Bundesgericht erneut mit dem Aktenschluss im Rechtsöffnungsverfahren zu befassen hatte.

II. Erwägungen

A. Gläubigeridentität und Notorietät der Einträge in ausländischen Handelsregistern

Gemäss dem zu besprechenden Entscheid ist die Gläubigeridentität, d.h. die Identität zwischen dem Betreibenden und dem im Rechtsöffnungstitel genannten Gläubiger – wie die Forderungsidentität und die Schuldneridentität – von Amtes wegen durch das Rechtsöffnungsgericht zu prüfen. Die Rechtsöffnung ist nur dann zu erteilen, wenn diese drei Identitäten zweifelsfrei feststehen. Verlange ein Rechtsnachfolger eines Gläubigers für eine in einem Rechtsöffnungstitel festgehaltene Forderung die Rechtsöffnung, so hat er seine Rechtsnachfolge liquide nachzuweisen (E. 1.2).¹

Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO). Deshalb prüfte das Bundesgericht folgerichtig, ob der Eintrag im *ausländischen* Handelsregister als gerichtsnotorisch gelte. Das Bundesgericht ruft zunächst in Erinnerung, dass es die Notorietät von öffentlich

Benjamin Domenig, Dr. iur., Rechtsanwalt.

Mit bestem Dank an Frau MLaw Anjulie Bencivenga für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung der vorliegenden Entscheidesbesprechung.

¹ BGE 140 III 372 E. 3.3.3; BGer, 5A_46/2018, E. 3.1; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 80 N 35, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021.

zugänglichen Eintragungen im *schweizerischen* Handelsregister bereits mehrfach bejaht hat.²

Da notorische Tatsachen weder behauptet noch bewiesen werden müssen, sind solche Tatsachen jedoch nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Dies gilt insbesondere für den Zivilprozess, damit die Verhandlungsmaxime nicht auf dem Weg einer allzu weit gezogenen Annahme von Notorität aus den Angeln gehoben wird. Entgegen der Vorinstanz

Es ist nach der hier vertretenen Ansicht im summarischen Verfahren nicht zulässig, das Gericht innert der gerichtlich angesetzten Frist lediglich um Fristansetzung zur Ausübung des Replikrechts zu ersuchen.

entschied das Bundesgericht, dass die erwähnte Rechtsprechung *nicht* auch auf Eintragungen in ausländischen Handelsregistern übertragen werden kann (E. 2.3). Eintragungen in ausländischen Handelsregistern gelten somit vor schweizerischen Gerichten nicht als notorische Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO (E. 2.5).

B. Aktenschluss im Rechtsöffnungsverfahren

Da die Eintragung im deutschen Handelsregister nicht als notorisch qualifiziert wurde, musste das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Tatsache der Gesamtrechtsnachfolge und die diesbezüglichen Beweismittel rechtzeitig eingebracht hatte.

Für Rechtsöffnungsentscheide gilt das summarische Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO). In diesem Verfahren wird grundsätzlich kein zweiter Schriftenwechsel und keine Instruktionsverhandlung durchgeführt.³ Dabei steht es im Ermessen des Gerichts, ob das Gesuch ohne Stellungnahme erledigt, ob es der Gegenpartei zur Vernehmlassung zugestellt oder ob darüber mündlich verhandelt wird. Der Gesuchsteller kann demnach nicht wissen, ob er sich nochmals äussern kann.⁴ Daher ist der Gesuchsteller ge-

halten, seine Tatsachenvorbringen und die zum Beweis angerufenen Urkunden bereits mit dem Gesuch einzureichen (E. 3.2).⁵

Im Rechtsöffnungsverfahren haben die Parteien grundsätzlich keinen Anspruch darauf, sich zweimal unbeschränkt zur Sache zu äussern. Der Aktenschluss tritt in der Regel nach einmaliger Äusserung ein, es sei denn, das Gericht ordnet ausdrücklich einen zweiten Schriftenwechsel an. Bei Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels können sich die Parteien ein zweites Mal unbeschränkt äussern und der Aktenschluss tritt erst nach dem zweiten Schriftenwechsel ein. Dieser zweite Schriftenwechsel darf allerdings nur mit gebotener Zurückhaltung angeordnet werden und muss die *seltene Ausnahme* bleiben (E. 3.4).⁶

Im vorliegenden Fall ist der Aktenschluss mit der Gesuchsantwort der Beschwerdeführerin eingetreten. Aufgrund der eindeutigen Formulierung der Verfügung sei nach dem Bundesgericht klar gewesen, dass der Beschwerdegegnerin lediglich das Replikrecht zustand (E. 3.6).

C. Replikrecht im summarischen Verfahren

Auch im summarischen Verfahren ist das unbedingte Replikrecht nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beachten. Die Parteien haben Anspruch, von sämtlichen Eingaben der Gegenpartei und der Vorinstanz Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern. Eine allfällige Stellungnahme hat allerdings angesichts des Beschleunigungsgrundsatzes nach Art. 84 Abs. 2 SchKG unverzüglich zu erfolgen. Das Replikrecht ist streng von dem Novenrecht zu unterscheiden. Neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel dürfen nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO in das Verfahren eingebracht werden (E. 3.3).⁷

² Mit Verweis auf BGE 148 V 7 E. 5.1.5; 143 IV 380 E. 1.1.1 und E. 1.2; 139 III 293 E. 3.3; 138 II 557 E. 6.2; BGer, 5A_840/2020, E. 3.3.4; 5A_1048/2019, E. 3.6.4; 4A_60/2021, E. 3.2; 4A_510/2018, E. 5.3; 5A_168/2018, E. 2.4; 4A_560/2012, E. 2.2; 4A_100/2016, E. 2.1.1, nicht publ. in: BGE 142 III 515; 5A_143/2013, E. 3.3; 4A_412/2011, E. 2.2, nicht publ. in: BGE 138 III 294; 4A_739/2011, E. 1.3; 4A_645/2011, E. 3.4.2; 4A_422/2011, E. 2.3.1; 5A_525/2010, E. 2; 5A_62/2009, E. 2.1; vgl. auch BGer 4A_348/2024, E. 2.7.2; 4A_639/2023, E. 2.2.

³ BGE 146 III 237 E. 3.1; 145 III 213 E. 6.1.3; 144 III 117 E. 2.1 f.; 138 III 252 E. 2.1.

⁴ BGE 146 III 237 E. 3.1; 144 III 117 E. 2.2

⁵ ANDREAS GÜNGERICH, in: Andreas Güngerich (Koord.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Art. 150–352 und 400–406, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER/IN), Art. 252 ZPO N 9; 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 32 f.; JÉRÔME DELABAYS, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martenet/Michel Heinzmann (Hrsg.), *Petit commentaire CPC, Code de procédure civile*, Basel 2020, Art. 252 ZPO N 9.

⁶ Mit Verweis auf die frühere Rechtsprechung BGE 146 III 237 E. 3.1; 145 III 213 E. 6.1.3; 144 III 117 E. 2.2; 146 III 237 E. 3.2; BGer, 5A_84/2021, E. 3.1.1; BGE 146 III 237 E. 3.1; 145 III 213 E. 6.1.3; bestätigt in BGer, 4A_304/2024, E. 3.1.2.

⁷ Mit Hinweis auf BENJAMIN DOMENIG, *Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Bern 2022, N 169 und 384; BK-GÜNGERICH (FN 5), Art. 252 f. ZPO N 10; KLINGLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 252 ZPO N 7 und 33.

III. Bemerkungen

Die Erwägungen des Bundesgerichts, wonach die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels mit «*der gebotenen Zurückhaltung zu erfolgen*» hat, sind bekannt.⁸ Neu ist die zusätzliche Bedingung, dass der zweite Schriftenwechsel «*die seltene Ausnahme bleiben*» muss.⁹ Das wirft Fragen auf: Insbesondere ist fraglich, ob sich diese Verschärfung der Rechtsprechung in Bezug auf die Anzahl Schriftenwechsel nur auf das Rechtsöffnungsverfahren bezieht oder ob auch im «gewöhnlichen» summarischen Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel die seltene Ausnahme bleiben muss.

Wie das Bundesgericht bereits in früheren Entscheidungen betont hat, zeichnet sich das summarische Verfahren durch seine Schnelligkeit aus. Dabei ist das Beschleunigungsgebot von zentraler Bedeutung.¹⁰ Das gilt insbesondere im Rechtsöffnungsverfahren.¹¹ Bereits in seiner früheren Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht in seinen Ausführungen auf das Summarverfahren als solches und nicht auf einzelne besondere Summarverfahren, wie etwa das Rechtsöffnungsverfahren, bezogen. Es ist daher auch vorliegend nicht davon auszugehen, dass sich die Verschärfung der Rechtsprechung einzig auf das Rechtsöffnungsverfahren bezieht. Ferner muss zugunsten der Rechtssicherheit der Aktenschluss zu einem Zeitpunkt erfolgen, der in jedem Summarverfahren eintritt.¹² Die vom Bundesgericht angeführten Argumente, wonach den im Rechtsöffnungsverfahren geltenden erhöhten Anforderungen an den Beschleunigungsgrundsatz (Art. 84 Abs. 2 SchKG) Rechnung zu tragen ist, treffen in gleichem Masse auch auf das «gewöhnliche» summarische Verfahren zu.¹³ Die Verschärfung der Rechtsprechung entspricht in weiten Teilen der überwiegenden Lehre, die – wie der Gesetzgeber – von einem zwingend einfachen Schriftenwechsel im summarischen Verfahren ausgeht.¹⁴

In Bezug auf das *Replikrecht* führt das Bundesgericht aus, dass im Rechtsöffnungsverfahren «*erhöhte Anforde-*

rungen an den Beschleunigungsgrundsatz gelten».¹⁵ Unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht angeführten Quellen scheint das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Fristansetzung für die Ausübung des Replikrechts zu verneinen.¹⁶ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Offen bleibt, ob die Anforderungen an den Beschleunigungsgrundsatz im Rechtsöffnungsverfahren von jenen an das gewöhnliche summarische Verfahren abweichen. Die Frage musste vom Bundesgericht nicht geklärt werden. Nach hier vertretener Auffassung ist eine Unterscheidung allerdings weder anzunehmen noch angezeigt. Auch wenn sich das Rechtsöffnungsverfahren gegenüber den übrigen Summarverfahren durch seine «qualifizierte Schnelligkeit» auszeichnet, so

Die Verschärfung beschränkt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf das Rechtsöffnungsverfahren, sondern greift auch in den übrigen Summarverfahren.

kommt dem Beschleunigungsgebot in sämtlichen summarischen Verfahren übergeordnete Bedeutung zu.¹⁷ So steht nach der hier vertretenen Auffassung nicht nur im Rechtsöffnungsverfahren, sondern auch im «gewöhnlichen» Summarverfahren – im Unterschied zum ordentlichen und vereinfachten Verfahren – bei der Ausübung des Replikrechts das Beschleunigungsgebot im Vordergrund.

Wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid festhält, hat die Partei, welche gestützt auf ihr Replikrecht eine Stellungnahme einreichen möchte, diese *unverzüglich* einzureichen. Unter dem *neuen Recht* muss das Gericht eine Frist von mindestens zehn Tagen ansetzen, innert welcher die Parteien das Replikrecht ausüben müssen (Art. 53 Abs. 3 ZPO). Aufgrund des Beschleunigungsgebots wird das Gericht im summarischen Verfahren nur in Ausnahmefällen eine Frist ansetzen, die zehn Tage überschreitet. Eine Partei, welche von ihrem Replikrecht Gebrauch machen möchte, muss dies unverzüglich tun, d.h. in der Regel innert zehn Tagen. Es ist nach der hier vertretenen Ansicht im summarischen Verfahren *nicht zulässig*, das Gericht innert der gerichtlich angesetzten Frist lediglich um *Fristansetzung* zur Ausübung des Replikrechts zu ersuchen. Für die *Erstreckung*

8 BGE 146 III 237 E. 3.1; 145 III 213 E. 6.1.3.

9 BGE 150 III 209 E. 3.4; bestätigt in BGer, 4A_304/2024, E. 3.1.2.

10 BGE 138 III 483 E. 3.2.4; DOMENIG (FN 7), N 33; MELANIE HUBER-LEHMANN, Änderungen der ZPO per 1. Januar 2025, ZZZ 2024, 317 ff., 321.

11 BGE 150 III 209 E. 3.3.

12 Ausführlich dazu DOMENIG (FN 7), N 120 ff.

13 BGE 150 III 209 E. 3.3; vgl. auch BGE 145 III 213 E. 6.1.3; ausführlich dazu DOMENIG (FN 7), N 33 ff. und 168 ff.

14 Vgl. statt vieler BENJAMIN DOMENIG/MAURO RAPPO, Der Aktenschluss im summarischen Verfahren, ZZZ 2023, 12 ff. m.w.H.; CORDULA LÖTSCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Cordula Lötscher/Christoph Leuenberger/Benedikt Seiler (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. A., Zürich 2025, Art. 257 ZPO N 19 f.

15 BGE 150 III 209 E. 3.3.

16 Das Bundesgericht verweist diesbezüglich auf DOMENIG (FN 7), N 169 und 384; BK-GÜNGERICH (FN 5), Art. 253 ZPO N 10; KLINGLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 252 ZPO N 7 und 33.

17 Ausführlich dazu DOMENIG (FN 7), N 33 ff. und 168 ff.

der vom Gericht angesetzten Frist sind im summarischen Verfahren an die *zureichenden Gründe* i.S.v. Art. 144 Abs. 2 ZPO hohe Anforderungen zu stellen.

IV. Fazit

Das Bundesgericht verschärft seine Rechtsprechung betreffend den zweiten *Schriftenwechsel* im summarischen Verfahren. Die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels liegt im summarischen Verfahren nicht (mehr) im freien Ermessen des Gerichts. Vielmehr ist ein zweiter Schriftenwechsel nur in ausserordentlichen Fällen zulässig. Er muss – um die Worte des Bundesgerichtes zu verwenden – die seltene Ausnahme bleiben. Diese Verschärfung beschränkt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf das Rechtsöffnungsverfahren, sondern greift auch in den übrigen Summarverfahren.

Im Zusammenhang mit dem *Replikrecht* stellte das Bundesgericht fest, dass das Replikrecht im Rechtsöffnungsverfahren unverzüglich auszuüben ist. Dabei lässt sich aus dem vorliegenden Entscheid auch erkennen, dass das Ersuchen um eine Fristansetzung zur Ausübung des Replikrechts vom Bundesgericht – zumindest im Rechtsöffnungsverfahren – als unzulässig erachtet wird, zumal eine allfällige Stellungnahme unverzüglich, d.h. innert zehn Tagen, erfolgen muss. Ob die Anforderungen an den Beschleunigungsgrundsatz im Rechtsöffnungsverfahren von jenen an das gewöhnliche summarische Verfahren abweichen, liess das Bundesgericht jedoch offen.

Anzeige

Mirjam C. Anderegg

Von da mihi facta dabo tibi ius zur materiellen Prozessleitung

**Ein Weg zur Einordnung und Rechtfertigung
der Gerichtspflichten bei der zivilprozessualen
Sachverhaltserstellung**

Die vorliegende Abhandlung befasst sich mit der Sachverhaltserstellung im Zivilprozess. Im Fokus stehen die systematische Einordnung und die Rechtfertigung der materiellen Prozessleitung. Anhand der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns sowie mithilfe von Analysen zu Grundrechtskollisionen wird der Umfang der Gerichtspflichten in diesem Bereich ausgelotet. Konklusionen zu den Prozessleitungsstufen bilden den Abschluss der Abhandlung.

Schriften zum Schweizerischen
Zivilprozessrecht (ZPR), Band 51
2024, 835 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-749-6
CHF 168.–



www.dike.ch/7496

**Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse**

Herausgegeben von / Editées par
François Bohnet, Tanja Domej, Ulrich Haas, Jacques Haldy, Nicolas Jeandin,
Ramon Mabillard, Alexander R. Markus, Paul Oberhammer, Ivo Schwander,
Daniel Staehelin, Thomas Sutter-Somm, Denis Tappy

Mirjam C. Anderegg

Von da mihi facta dabo tibi ius zur materiellen Prozessleitung

**Ein Weg zur Einordnung und
Rechtfertigung der Gerichtspflichten
bei der zivilprozessualen
Sachverhaltserstellung**

Materielle
Prozessleitung
im Zivilprozess

DIKE

DIKE