



Kommentar zu: Urteil: [5A_366/2019](#) vom 19. Juni 2020, publiziert als [BGE 146 III 237](#)

Sachgebiet: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Flexibler Aktenschluss im summarischen Verfahren

Bestätigung der in BGE 144 III 117 angekündigten Rechtsprechung

Autor / Autorin

Andreas Lienhard



Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli



Ordnet das Gericht im summarischen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel bzw. eine mündliche Hauptverhandlung an, können die Parteien darin Noven unbeschränkt geltend machen. Der Aktenschluss tritt erst nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels bzw. der mündlichen Hauptverhandlung ein. Die Gerichte sollten daher in Summarverfahren klar kommunizieren, ob sie eine zweite Äusserung anordnen oder den Parteien lediglich das unbedingte Replikrecht gewähren.

Zusammenfassung des Urteils

[1] E betrieb A auf CHF 10'000 gestützt auf drei Entscheide aus Deutschland. A erhob Rechtsvorschlag. Im Rechtsöffnungsverfahren vor dem Bezirksgericht Muri machte A in der Gesuchsantwort geltend, er sei tatsächlich nicht die in den Urteilen als Schuldner bezeichnete Person. A bestritt daher seine Passivlegitimation. Das Bezirksgericht Muri stellte E die Gesuchsantwort von A «zur Stellungnahme innert 10 Tagen» zu, unter Hinweis auf die Säumnisfolgen nach Art. 147 Abs. 2 [ZPO](#). E ersuchte um Fristerstreckung, da er noch nicht über die Belege verfüge, welche er mit der Stellungnahme einreichen wolle. Das Gericht gewährte die Erstreckung. Nachdem E innert erstreckter Frist Stellung nahm und die Belege einreichte, stellte das Gericht A die Stellungnahme samt Belegen «zur Kenntnisnahme» und ohne Fristansetzung zu. A äusserte sich nicht hierzu und opponierte auch nicht gegen das Vorgehen des Bezirksgerichts. Dieses bejahte alsdann die Passivlegitimation von A gestützt auf die von E mit der Stellungnahme nachgereichten Belege und hiess das Rechtsöffnungsgesuch gut.

[2] A zog den Entscheid zuerst an das Obergericht des Kantons Aargau und alsdann an das Bundesgericht weiter. Das Bundesgericht qualifizierte die sich vorliegend stellende Frage betreffend das Novenrecht im summarischen Verfahren als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a [BGG](#), zumal es die Antwort auf diese Frage in BGE [144 III 117](#) E. 2.2 S. 118 f. bloss vorgespurt hatte. Alsdann trat es auf die Beschwerde ein.

[3] Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass sich im summarischen Verfahren keine Partei auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels oder einer mündlichen Hauptverhandlung verlassen darf. Es besteht kein Anspruch der Parteien darauf, sich im summarischen Verfahren zweimal unbeschränkt zur Sache zu äussern. Der Aktenschluss tritt grundsätzlich nach einmaliger Äusserung ein.

[4] Trotzdem kann das Gericht mit der gebotenen Zurückhaltung auch im summarischen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnen. Alsdann stellt sich die Frage, ob der Aktenschluss auch in dieser Konstellation bereits nach der ersten Äusserung der Parteien eintritt, oder ob die Parteien im zweiten Schriftenwechsel bzw. an der mündlichen Hauptverhandlung Noven noch unbeschränkt geltend machen können, mithin Art. 229 ZPO analog zur Anwendung gelangt. In BGE [144 III 117](#) E. 2.2 S. 118 f. bezeichnete das Bundesgericht die unbeschränkte Zulassung von Noven im zweiten Schriftenwechsel als überzeugend, liess jedoch die Frage letztlich offen.

[5] Die vom Bundesgericht in BGE [144 III 117](#) E. 2.2 S. 118 f. bevorzugte Ansicht wurde in der Lehre teilweise gutgeheissen und teilweise kritisiert. Das Bundesgericht hält an seiner Ansicht fest und bestätigt diese. Eine mündliche Verhandlung oder ein zweiter Schriftenwechsel dient in erster Linie der Klärung des Sachverhalts, weshalb sich Noven in einem solchen Fall geradezu aufdrängen. Auch entstehen keine wesentlichen Nachteile für das summarische Verfahren. Insbesondere kann es auf Grund des unbedingten Replikrechts der Parteien auch ohne gerichtliche Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels faktisch zu einem weiteren Schriftenwechsel kommen, der das Verfahren verzögert. Schliesslich entsteht auch kein unzumutbarer Nachteil für die Parteien. Zwar steht bei dieser Lösung nicht bereits zu Beginn des Verfahrens fest, wann der Aktenschluss eintreten wird. Es bleibt jedoch dabei, dass die Parteien nicht mit einer zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit rechnen können. Wird den Parteien eine solche eingeräumt, liegt sie zudem im Interesse des Gesuchstellers. Für den Gesuchgegner ist die Lösung ebenfalls nicht unzumutbar. Er kann aufgrund seiner Einwände in der Gesuchsantwort abschätzen, ob das Gericht den Parteien eine zweite, unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit gewähren könnte.

[6] Gewährt das Gericht den Parteien eine zweite, unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit (d.h. ordnet es einen zweiten Schriftenwechsel an oder führt es eine Hauptverhandlung durch), tritt der Aktenschluss nach deren Durchführung ein. Die Parteien können Noven alsdann nur noch nach Massgabe von Art. 229 Abs. 1 ZPO geltend machen. Wie immer hat das Gericht den Parteien auch nach diesem (nach hinten verschobenen) Aktenschluss noch das unbedingte Replikrecht zu gewähren.

[7] Nach dieser Bestätigung seiner in BGE [144 III 117](#) E. 2.2 S. 118 f. vorgespurten Rechtsprechung prüfte das Bundesgericht, ob das Bezirksgericht Muri die Belege für die Passivlegitimation von A, welche E mit seiner Stellungnahme zur Gesuchsantwort eingereicht hatte, berücksichtigen durfte. Das Bezirksgericht stellte E die Gesuchsantwort von A unter Aufforderung zur Stellungnahme innert 10-tägiger Frist und unter Hinweis auf die Säumnisfolgen zu. Damit ist davon auszugehen, dass das Bezirksgericht Muri tatsächlich einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hatte bzw. E hiervon ausgehen durfte. Allerdings stellte das Bezirksgericht A die Stellungnahme von E lediglich zur Kenntnisnahme zu. Damit behandelte das Bezirksgericht A ungleich. A hat sich jedoch weder im Verfahren vor Bezirksgericht noch danach rechtsgenügend gegen das Vorgehen des Bezirksgerichts gewehrt. Das Bundesgericht lässt daher die von E nachgereichten Belege zu. Gleichzeitig erinnert es daran, dass die Gerichte stets klar kommunizieren sollen, ob sie einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder den Parteien lediglich das unbedingte Replikrecht gewähren. Damit können Diskussionen wie die Vorliegende verhindert werden.

Kommentar

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu begrüssen, weil sie den entscheidenden Unterschied zwischen dem gerichtlich angeordneten, zweiten Schriftenwechsel und dem unbedingten Replikrecht wahrt

[8] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu begrüssen. Neben den vom Bundesgericht angeführten Gründen spricht insbesondere der folgende Umstand für die gefundene Lösung.

[9] Die Gerichte müssen den Parteien auch im summarischen Verfahren nach durchgeführtem ersten

Schriftenwechsel das sogenannte unbedingte Replikrecht gewähren (BGE [144 III 117](#), E. 2.1, S. 118; Urteil [5A 82/2015](#) vom 16. Juni 2015, E. 4.1). Darunter versteht man das Recht einer Partei, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen (BGE [142 III 48](#), E. 4.1.1, S. 53). Allerdings können die Parteien Noven in einer Eingabe gestützt auf das unbedingte Replikrecht nur *eingeschränkt*, d.h. nach Massgabe von Art. 229 Abs. 1 ZPO, geltend machen (so z.B. BGE [146 III 237](#), E. 3.1, S. 243).

[10] Würde dieselbe, bloss eingeschränkte Äusserungsmöglichkeit auch bei einem gerichtlich *angeordneten*, zweiten Schriftenwechsel bestehen, würde man damit die Unterschiede zwischen dem unbedingten Replikrecht einerseits und dem gerichtlich angeordneten, zweiten Schriftenwechsel andererseits verwischen. Die beiden Verfahrensschritte würden sich nur noch insofern unterscheiden, als das Gericht der Partei beim gerichtlich angeordneten zweiten Schriftenwechsel eine Frist zur Stellungnahme unter Hinweis auf die Säumnisfolgen ansetzen muss, wohingegen eine solche Fristansetzung für die Wahrnehmung des unbedingten Replikrechts nicht zwingend ist (BGE [142 III 48](#), E. 4.1.1, 53 f.).

[11] Die aufgezeigte bundesgerichtliche Rechtsprechung hält zu Recht den Unterschied zwischen dem unbedingten Replikrecht und dem gerichtlich angeordneten, zweiten Schriftenwechsel aufrecht. Wenn das Gericht im summarischen Verfahren ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel als nötig erachtet und einen solchen *anordnet*, dann soll dies auch ein wirklicher Schriftenwechsel mit unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit sein. Ansonsten könnte das Gericht dem Gesuchsteller die Gesuchsantwort des Gesuchgegners geradesogut zur blossen Kenntnisnahme und allfälligen Ausübung des unbedingten Replikrechts zustellen, bzw., was teilweise kantonaler Praxis entspricht, zur Hauptverhandlung vorladen und in der Vorladung klarstellen, dass die Hauptverhandlung bloss der Ausübung des unbedingten Replikrechts dient (was zulässig und teilweise auch sinnvoll ist, um einen nicht endenden Schriftenwechsel auf Grund des unbedingten Replikrechts der Parteien zu verhindern, vgl. MIGUEL SOGO/ROGER BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 315 ff., S. 323).

Wann soll das Gericht im summarischen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel anordnen?

[12] Das Bundesgericht hat seine in BGE [144 III 117](#) E. 2.2 S. 118 f. vorgespurte Rechtsprechung im vorliegend besprochenen BGE [146 III 237](#) bestätigt. Damit ist die Frage der Novenzulassung im summarischen Verfahren bei Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels bis auf weiteres höchststrichterlich entschieden. Entscheidend ist nun, wann das Gericht im summarischen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel *anordnen* soll, und wann dies im Gegenteil nicht angemessen erscheint und die blosser Gewährung des unbedingten Replikrechts genügt. Diese Frage ist natürlich nicht nur für das Gericht, sondern auch für die Parteien zentral. Der Gesuchsteller wird sein Gesuch in der Regel umfassender begründen, wenn er nicht mit einem gerichtlich angeordneten, zweiten Schriftenwechsel rechnen kann. Umgekehrt wird er das Gesuch knapper halten, wenn er von einer zweiten, unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit ausgehen kann.

[13] In der Lehre und kantonalen Praxis werden hierzu zwei verschiedene Ansätze vertreten (SOGO/BAECHLER, a.a.O., S. 324 f., mit weiteren Hinweisen). Nach der einen Ansicht muss sich der Gesuchsteller zu *voraussehbaren* Einwendungen und Einreden des Gesuchgegners bereits im Gesuch äussern. Ob eine Einwendung oder Einrede voraussehbar war, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Der andere Teil der Lehre lehnt das Kriterium der Voraussehbarkeit ab, da jeweils kaum abschätzbar sei, was als voraussehbar gelte. Die Autoren stellen stattdessen auf objektive Kriterien ab. Der Gesuchsteller muss auch im summarischen Verfahren in seinem Gesuch nur diejenigen Tatsachen behaupten, für die er die Beweislast trägt, mithin die rechtserzeugenden Tatsachen. Rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Tatsachen (d.h. im Wesentlichen Einwendungen und Einreden) sind demgegenüber vom Gesuchgegner in der Gesuchsantwort vorzubringen. Der Gesuchsteller muss diese nicht im Gesuch antizipieren.

[14] Der vorliegend besprochene BGE [146 III 237](#) ist auch interessant hinsichtlich dieser Frage, d.h., wann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel *anordnen* soll (anstatt den Parteien lediglich das unbedingte Replikrecht zu gewähren). Scheinbar brachte nämlich A bereits vorprozessual den Einwand vor, er sei nicht die in den Urteilen als Schuldner bezeichnete Person (BGE [146 III 237](#) E. 2 S. 240). E war dieser Einwand somit bekannt, als er das Bezirksgericht Muri um Anerkennung der deutschen Urteile und um Rechtsöffnung ersuchte. Das Bezirksgericht Muri ordnete trotzdem einen zweiten Schriftenwechsel an. Damit vertrat das Gericht implizit die Ansicht, E hätte

den ihm bekannten Einwand von A nicht bereits proaktiv in seinem Rechtsöffnungsgesuch entkräften müssen. Das Bundesgericht schützte diese Ansicht (vgl. BGE [146 III 237](#) E. 3.3. S. 246: «*Der Beschwerdeführer bringt zu Recht nicht vor, dass das Bezirksgericht gar keinen zweiten Schriftenwechsel hätte anordnen dürfen.*»). BGE [146 III 237](#) lässt sich somit zumindest entnehmen, dass ein Gesuchsteller *nicht sämtliche* ihm bekannten Einwände proaktiv bereits in seinem Gesuch thematisieren muss. Allerdings kann man umgekehrt aus dem Entscheid auch nicht schliessen, dass der Gesuchsteller *gar keine* Einwände antizipieren muss (auch wenn sie sich noch so stark aufdrängen mögen). So war nämlich der Einwand von A (d.h. das Vorbringen der fehlenden Passivlegitimation) scheinbar derart abenteuerlich, dass E nicht ernsthaft damit rechnen musste, A werde den Einwand in der Gesuchsantwort erheben (BGE [146 III 237](#) E. 2 S. 240). Der Entscheid ist damit nicht repräsentativ für alle von einem Gesuchgegner normalerweise zu erwartenden Einwände.

[15] Deutlicher äusserte sich das Bundesgericht in BGE [145 III 213](#). Der Entscheid hatte eine provisorische Rechtsöffnung zum Inhalt. Das Bundesgericht verneinte in E. 6.1.3 S. 218 (jedoch wohl in einem obiter dictum), dass der Gesuchsteller in seinem Rechtsöffnungsgesuch «allfällige Einwendungen» des Gesuchgegners antizipieren müsse (BGE [145 III 213](#) E. 6.1.3 S. 218: «*On ne peut en effet pas attendre du poursuivant qu'il anticipe les éventuels moyens libérateurs que peut invoquer le poursuivi.*»). Diese Aussage für sich allein genommen scheint sehr absolut und wenig differenziert. Man könnte sie als Beleg dafür interpretieren, dass das Bundesgericht der obgenannten, zweiten Lehrmeinung folgt (so auch SOGO/BAEHLER, a.a.O., S. 325). Allerdings bezog sich die Aussage des Bundesgerichts auf einen Einwand des Gesuchgegners nach ausländischem Recht, was bereits eine gewisse Besonderheit darstellt. Zudem kann dem Bundesgerichtsentscheid nicht entnommen werden, ob der Gesuchgegner diesen Einwand bereits vorprozessual geäussert hatte und der Gesuchsteller daher mit diesem hätte rechnen müssen.

[16] Ein Gegenbeispiel ist Urteil [5A 736/2017](#) vom 8. Juni 2018. Der Entscheid handelt vom nachträglichen Rechtsvorschlag des Schuldners i.S.v. Art. 77 [SchKG](#) aufgrund eines Gläubigerwechsels. Das erstinstanzliche Bezirksgericht Dietikon verweigerte dem gesuchstellenden Schuldner einen zweiten Schriftenwechsel, um sich unbeschränkt zur Zulässigkeit der Übertragung der Forderung an die neue Gläubigerin zu äussern. Das Betreibungsamt Birmensdorf hatte nämlich dem Schuldner die Zession bereits vorab angezeigt (Art. 77 Abs. 5 [SchKG](#)). Es wäre dem Schuldner daher zuzumuten gewesen, von seinem Einsichtsrecht beim Betreibungsamt Gebrauch zu machen und alsdann, gestützt auf diese Erkenntnisse, die Ungültigkeit der Zession proaktiv bereits in seinem Gesuch um nachträglichen Rechtsvorschlag darzulegen (E. 3.2.3 und 3.5). Der Gesuchsteller durfte nicht lediglich die Ausführungen des Gesuchgegners in der Gesuchsantwort abwarten und *alsdann* auf diese reagieren. Das Bundesgericht hat somit hier nicht kategorisch jegliche Pflicht des Gesuchstellers zur proaktiven Diskussion von voraussehbaren Vorbringen des Gesuchgegners verneint. Allerdings kann eine solch wiederum absolute Aussage nach wohl richtiger Leseart von BGE [145 III 213](#) auch jenem Entscheid nicht entnommen werden (vgl. oben, Rz. 15). Entscheidend scheint vielmehr zu sein, ob der Gesuchsteller bereits zu Prozessbeginn mit dem Einwand des Gesuchgegners ernsthaft rechnen musste (was sich auch aus BGE [146 III 237](#) ergibt, vgl. oben, Rz. 14). Urteil [5A 736/2017](#) vom 8. Juni 2018 lässt sich damit in die zwei vorerwähnten Entscheide einreihen. Der nachträgliche Rechtsvorschlag wegen eines Gläubigerwechsels i.S.v. Art. 77 [SchKG](#) setzt nämlich *definitionsgemäss* einen Übergang der Forderung voraus. Es ist daher ohne Weiteres voraussehbar (ja gar offensichtlich), dass dieser Thema des Verfahrens um Gewährung des nachträglichen Rechtsvorschlags sein wird. Damit ist dem gesuchstellenden Schuldner auch zuzumuten, sein Einsichtsrecht auszuüben und die Ungültigkeit des Forderungsübergangs bereits in seinem Gesuch proaktiv darzulegen, soweit ihm dies die Akten des Betreibungsamts (in welche er Einsicht nahm) erlauben.

[17] Letztlich kann nicht generell-abstrakt für alle Fälle geregelt werden, ob und wenn ja welche Einwände des Gesuchgegners der Gesuchsteller bereits in seinem Gesuch proaktiv entkräften muss und, umgekehrt, wann das Gericht die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels verweigern soll, wenn der Gesuchsteller seiner diesbezüglichen Obliegenheit nicht nachkam. Klar ist, dass das Gericht nicht bereits deshalb einen zweiten Schriftenwechsel anordnen darf, weil der Gesuchgegner in der Gesuchsantwort *überhaupt* Einwände erhebt. Ansonsten würde der gerichtlich angeordnete, zweite Schriftenwechsel im summarischen Verfahren zum Regelfall. Genauso klar ist aber auch, dass der Gesuchsteller nicht sämtliche (sondern bloss gewisse) Einwände antizipieren muss, was sich u.a. eindeutig aus BGE [146 III 237](#), BGE [145 III 213](#) und Urteil [5A 736/2017](#) vom 8. Juni 2018 ergibt. Diese Unklarheit vollends zu beseitigen, erscheint unmöglich. Es obliegt letztlich dem

pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, im konkreten Einzelfall das Verfahren zu leiten und entweder einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, oder den Parteien lediglich die Gelegenheit zur Ausübung ihres Replikrechts einzuräumen.

ANDREAS LIENHARD, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Pestalozzi Rechtsanwälte AG.

Zitiervorschlag: Andreas Lienhard, Flexibler Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: dRSK, publiziert am 15. Dezember 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch