Alexander R. Markus | Lucas A. T. Brönnimann

Erste Gedanken zur Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO)

INHALTSÜBERSICHT

I. Vorbemerkungen

II. Novenschranke
A. Kleines Vorbereitungsverfahren
B. Grosses Vorbereitungsverfahren

III. Fristen und Terminierungen der Noveneingabe: Zum Ersatz der «*Ohne Verzug*»-Regel
A. Kleines Vorbereitungsverfahren
B. Grosses Vorbereitungsverfahren

IV. Untersuchungsmaxime

V. Ausblick

Alexander R. Markus, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor und Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern CIVPRO.

Lucas A. T. Brönnimann, MLaw, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern CIVPRO, Rechtsanwalt bei Advokatur & Notariat Bern.*

I. Vorbemerkungen

Die Referendumsfrist für die Revision der ZPO lief bis am 6. Juli 2023. Es erstaunt nicht, dass das Novenrecht einen der Revisionspunkte darstellt, die von einer Reihe von Änderungsvorschlägen betroffen waren, und welche erst in der Einigungskonferenz vom 14. März 2023 gelöst wurden. Bereits die bisherige Fassung des Art. 229 ZPO hat eine Reihe von Interpretationsschwierigkeiten geboten. Die Unsicherheiten waren zwar nach und nach vom Bundesgericht beseitigt worden. Den Räten ging es vorliegend jedoch nicht hauptsächlich um eine Übernahme, sondern vorwiegend um eine inhaltliche Korrektur dieser Rechtsprechung.

Im Licht der änderungsreichen Vorgeschichte konnte der Wortlaut des revidierten Art. 229 ZPO bis *dato* keiner vertieften Diskussion unterzogen werden. Die Auseinandersetzung mit dem Wortlaut hat demnach gezwungenermassen im Nachgang zur Revision und eine Klärung – im besten Fall – bis zum Inkrafttreten der Bestimmung zu erfolgen.

Die Verfasser sahen sich wenige Tage nach Verabschiedung mit der revidierten Bestimmung insofern konfrontiert, als sie diese sogleich den Studierenden erläutern wollten. Die dabei erfahrenen Schwierigkeiten, den Text unmittelbar zu erfassen und zu erklären, waren u.a. Ansporn für den vorliegenden Beitrag. Er kann nicht mehr als erste Gedanken und Eindrücke wiedergeben und muss notwendigerweise Fragen offenlassen. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend diskutiert, in welchem Zeitpunkt die Novenschranke (auch «*Aktenschluss*» genannt) fällt, und wie sich Zeitpunkt und Rahmen des Vorbringens zulässiger neuer Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) nach der Novenschranke darstellen. Dabei ist selbstverständlich auf die bisherige Regelung vergleichend hinzuweisen. Sie stand erkennbar in einigen Punkten Modell – ein Umstand, der grundsätzlich für die Verständlichkeit der Novelle von Vorteil ist.

* Herrn MLaw Matthias Rufibach, Rechtsanwalt, Doktorand am Institut CIVPRO, sei für seine Unterstützung bestens gedankt.

II. Novenschranke

Wie im bisherigen Recht hängt das Fallen der Novenschranke vom Vorbereitungsverfahren ab.

A. Kleines Vorbereitungsverfahren

Hat lediglich ein einfacher Schriftenwechsel stattgefunden (*kleines Vorbereitungsverfahren*), so fällt die Novenschranke *de lege lata* «*zu Beginn der Hauptverhandlung*» (Art. 229 Abs. 2 ZPO b.F.).[1] Nachdem Lehre und kantonale Gerichte diesen Zeitpunkt erst im Zeitraum der ersten Parteivorträge sahen,[2] hat das Bundesgericht festgestellt, dass die rote Linie bereits *vor* dem ersten Parteivortrag zu ziehen ist.[3] Demnach können neue Tatsachen und Beweismittel in den ersten Parteivorträgen nicht mehr uneingeschränkt vorgebracht werden. Diese Rechtsprechung erfuhr verschiedene Bearbeitungsanstrengungen durch Teile der Lehre[4] und durch den Gesetzgeber im laufenden Revisionsprozess.[5] Am Ende wurde der Gesetzesbegriff «*zu Beginn der Hauptverhandlung*» mit dem Begriff «*in der Hauptverhandlung im ersten Parteivortrag nach Artikel 228 Absatz 1*» ersetzt, womit die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung kurzerhand geändert bzw. rückgängig gemacht wurde. Als Folge wird ein isolierter Novenvortrag, d.h. ein auf (neue) Tatsachen und Beweismittel beschränkter sog. «*Tatsachenvortrag*» im frühen Stadium der Vorfragen hinfällig. Die Praxis des Bundesgerichts hat zwar durchaus Vorteile, zumal sie der Transparenz neuer Vorbringen für die Gegenpartei dienlich sein kann.[6] Die revidierte Regelung erlaubt hingegen den Parteien, ihre neuen Tatsachen und Beweismittel im Gesamtkontext der Sachverhaltsdarstellung und, wo üblich, auch in Verbindung mit einem rechtlichen Argumentarium einzubauen. Die Absage an eine künstliche Trennung zwischen Novenvortrag und ersten Parteivorträgen nach Art. 228 Abs. 1 ZPO dient somit der besseren Verständlichkeit und der Laienfreundlichkeit. Mit dem Verzicht auf den «*Tatsachenvortrag*» entfällt schliesslich eine weitere Zäsur im Ablauf der Hauptverhandlung und damit eine Gelegenheit zur Störung deren Ablaufs durch Unterbrechung.

> **Die Novenschranke fällt nach der mündlichen Antwort, d.h. mitten in den ersten Parteivorträgen.**

Der revidierte Wortlaut scheint zugleich dazu zu tendieren, dass Tatsachen und Beweismittel nur in den ersten beiden mündlichen Äusserungsmöglichkeiten der ersten Parteivorträge uneingeschränkt vorgebracht werden können. Die Novenschranke fällt somit nach der mündlichen Antwort, d.h. mitten in den ersten Parteivorträgen. Wenn die Formulierung zwar nicht sonnenklar ist, so muss die ausdrückliche Verweisung auf Abs. 1 des Art. 228 revZPO wohl dennoch in dieser Weise verstanden werden. Mündliche Replik und Duplik nach Art. 228 Abs. 2 revZPO wären demnach auf echte und entschuldbare unechte Noven beschränkt. In diese Richtung zielt wohl auch die Äusserung des Kommissionssprechers des Nationalrats, Christian Lüscher.[7] Das so verstandene Konzept erlaubt es, die bundesgerichtliche Rechtsprechung des zweimaligen unbeschränkten Tatsachenvortrags[8] auch unter der Novelle zu bewahren.

B. Grosses Vorbereitungsverfahren

Bestand demgegenüber bereits im Vorbereitungsverfahren nach dem ersten Schriftenwechsel eine zweite uneinge-

1 Art. 229 Abs. 2 ZPO b.F.: «*Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden.*»

2 Vgl. Christoph Leuenberger, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Bearbeiter/in, in: Sutter-Somm et al.), Art. 229 ZPO N 12; Eric Pahud, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016 (zit. DIKE-Komm.-Bearbeiter/in), Art. 229 ZPO N 21; Christoph Reut, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Nr. 24, Zürich/St. Gallen 2017, N 264 ff. insb. N 268; Vgl. auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3, wonach das zweimalige uneingeschränkte Äusserungsrecht «*entweder im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels oder eines einfachen Schriftenwechsels mit anschliessender Instruktionsverhandlung oder eines einfachen Schriftenwechsels und den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung*» bestehe.

3 BGE 144 III 67 E. 2.1; BGer, 4A_50/2021, E. 2.3.2; BGer, 4A_494/2017, E. 2.4.1; BGer, 4A_11/2018, E. 5.2.1; vgl. zum Ganzen Daniel Brugger, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO), ZZZ 2019, 22 ff.

4 Nicolas Facincani/Reto Sutter/Seline Wissler, Bundesgericht definiert den «Beginn der Hauptverhandlung», Die Novenschranke von Art. 229 Abs. 2 ZPO fällt vor den ersten Parteivorträgen, Jusletter vom 10.1.2022, N 12 ff., 18 ff. und 25 ff.; Christoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2020, 82 ff., 101; Andreas Lienhard, Der Vortrag zu Beginn der Hauptverhandlung, BGE 147 III 475 vom 6. September 2021, ZZZ 2022, 93 ff.

5 Vgl. Fahne Sondersession Mai 2022 Beschluss Nationalrat (Internet: https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/N22%20D.pdf [Abruf 17.4.2023]), 41.

6 BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6.

7 Votum des Kommissionssprechers NR Christian Lüscher, AB 2023 N 529: «*Pour la conférence de conciliation, il est absolument clair qu'il ne s'agit en aucun cas d'admettre un troisième échange d'écritures.*»

8 BGE 140 III 312 E. 6.3.2.

schränkte Äusserungsmöglichkeit *(grosses Vorbereitungsverfahren)*, so fällt die Novenschranke *de lege lata* bereits nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels oder der Instruktionsverhandlung und damit schon *vor* Beginn der Hauptverhandlung.[9] In Abs. 2 der Referendumsvorlage wird die Normierung beim grossen Vorbereitungsverfahren, die in Abs. 1 der bisherigen Fassung geregelt war, etwas missverständlich mit der Wendung «*in den anderen Fällen*» eingeleitet. Neu soll das Novenrecht für das grosse Vorbereitungsverfahren demnach wie folgt lauten:

> [2]*In den anderen Fällen können neue Tatsachen und Beweismittel innerhalb einer vom Gericht festgelegten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, spätestens bis zum ersten Parteivortrag in der Hauptverhandlung nach Artikel 228 Absatz 1 vorgebracht werden, wenn sie:*
> *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).*

Vorerst fällt auf, dass der neue Wortlaut den Zeitraum der unbeschränkten Vorbringen beim grossen Vorverfahren nicht regelt, was Lektüre und unmittelbares Verständnis der Norm stört. Mit der Wendung «*nur noch*» enthält Abs. 1 der bisherigen Fassung zumindest einen Bezug auf diesen Zeitraum, was durch deren Abs. 2 noch verdeutlicht wird. In Kenntnis des Art. 229 ZPO b.F. drängt sich jedoch auch für die Revisionsvorlage die Auslegung auf, wonach Tatsachen und Beweisofferten, die dem Zeitraum *vor* der in lit. a und b genannten Novenschranke zuzuordnen sind, unbeschränkt vorgebracht werden können. Aus der unveränderten Legaldefinition der echten (lit. a) und unechten Noven (lit. b) lässt sich weiter ableiten, dass die Novenschranke wie unter bisherigem Recht nach «*Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung*» fällt. Daraus lässt sich ferner ableiten, dass die neue Bestimmung eine Weiterführung der erwähnten *«Zweimal-Regel» des Bundesgerichts* nicht hindern will. Im Fall eines grossen Vorbereitungsverfahrens mit all*fälligem* zweimaligem Schriftenwechsel oder sachverhältlichen Instruktionsverhandlungen dürfen mithin die freien Vorbringen jeder Partei zwei Gelegenheiten nicht übersteigen.[10]

III. Fristen und Terminierungen der Noveneingabe: Zum Ersatz der «*Ohne Verzug*»-Regel

Nach der bisherigen Regelung sind Noven, die nach dem Fallen der Novenschranke zulässig sind, durchwegs *ohne Verzug* einzugeben (Art. 229 Abs. 1 ZPO b.F.). Die Revision differenziert, indem die Eingabefrist mit richterlicher Verfügung festgelegt werden kann; für die Situation, in welcher keine Frist angesetzt werden kann, sieht sie subsidiär dispositive gesetzliche Fristen und Terminierungen vor.

A. Kleines Vorbereitungsverfahren

Wie oben dargelegt (II.A.), können sich die Parteien im Falle eines vorangegangenen kleinen Vorbereitungsverfahrens in Begründung und Antwort der ersten Parteivorträge uneingeschränkt äussern. Hinsichtlich der Einreichung von echten und entschuldbaren unechten Noven nach dem Fall der Novenschranke haben die Räte folgenden Wortlaut für Art. 229 Abs. 2bis revZPO beschlossen:

> [2bis] *Nach den ersten Parteivorträgen werden neue Tatsachen und Beweismittel nach Absatz 2 Buchstaben a und b nur noch berücksichtigt, wenn sie in der vom Gericht festgelegten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, spätestens in der nächsten Verhandlung vorgebracht werden.*

Der Anwendungsbereich dieses Absatzes erschliesst sich nicht eindeutig aus dem Wortlaut. Ein systematisches Auslegungsargument ergibt immerhin, dass die Regelung sowohl für die Fälle des kleinen wie des grossen Vorbereitungsverfahrens Geltung beansprucht. Was das Vorbringen von Noven *während* der mündlichen Replik und Duplik der ersten Parteivorträge betrifft, so fällt eine Regelungslücke ins Auge, die wohl mit der vorliegenden Regelung des Art. 229 Abs. 2bis revZPO zu füllen ist (s. dazu auch unten III.B.3.).

Nach der genannten Bestimmung normiert die Referendumsvorlage zwei Zeiträume zur Einreichung der echten und entschuldbar unechten Noven. Dabei sollen Noven

9 Art. 229 Abs. 1 ZPO b.F.: «[1] *In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn es sich um zulässige echte oder unechte Noven handelt.*»

10 BGE 140 III 312 E. 6.3.2 und Regeste: «*Nach einem zweifachen Schriftenwechsel tritt der Aktenschluss ein, unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfindet. Neue Tatsachen und Beweismittel können danach nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden*»; so auch Votum des Kommissionssprechers NR CHRISTIAN LÜSCHER (FN 7), AB 2023 N 529.

in einer «*vom Gericht festgelegten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, spätestens in der nächsten Verhandlung vorgebracht werden*».

Was die Probleme der richterlichen Fristansetzung anbelangt, so sei auf die Ausführungen unten III.B.1.a und III.B.3.) verwiesen. Was die dispositivrechtliche Terminierung der Noveneingaben betrifft, wenn keine richterliche Anordnung erfolgt ist, so sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Zeitpunkt der «*nächsten Verhandlung*» terminologisch nicht unproblematisch ist. Die ZPO sieht nach Art. 228 ff. lediglich *eine* Hauptverhandlung vor,[11] die sich allerdings über mehrere Termine erstrecken kann. Die Frage, ob dabei auch Termine erfasst werden, die allein zu Vergleichsverhandlungen dienen,[12] ist unbeantwortet. Ungelöst lässt die Novelle im Übrigen auch die Frage, in welchem Zeitpunkt des nächsten Verhandlungstermins die Noven vorzutragen sind: zu dessen Beginn oder bis zu dessen Ende? Auf jeden Fall sind aber Noven spätestens bis zur Urteilsberatung vorzutragen, wie dies auch bei der Untersuchungsmaxime gilt (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

B. Grosses Vorbereitungsverfahren

Bei der Einreichung von echten und entschuldbaren unechten Noven im Falle eines grossen Vorbereitungsverfahrens kann zwischen drei Phasen unterschieden werden:

1. vor dem ersten Parteivortrag;
2. während des ersten Parteivortrags;
3. nach dem ersten Parteivortrag.

1. Vor dem ersten Parteivortrag

Wird ein grosses Vorbereitungsverfahren durchgeführt, so stellt sich die Frage, wie mit zulässigen Noven zu verfahren ist, die zwischen dem Fallen der Novenschranke im Vorverfahren und dem Beginn der Hauptverhandlung entstanden sind bzw. entdeckt wurden. Wie erwähnt, sind Noven unter bisherigem Recht stets «*ohne Verzug*» vorzubringen. Aufgrund dieser Formulierung ist die Lehre uneinig, ob mit der Einreichung solcher Noven bis zum Beginn der ersten Hauptverhandlung zugewartet werden kann.[13] Diesen Lehrstreit nimmt der Gesetzgeber auf und regelt in Art. 229 Abs. 2 revZPO neu zwei Zeitpunkte für die Einreichung.

a) Mit richterlicher Fristansetzung

Zum einen spricht der Wortlaut von Art. 229 Abs. 2 revZPO davon, dass das Gericht eine Frist festlegen kann. Damit kann das Gericht grundsätzlich vom Zeitpunkt abweichen, welchen das Gesetz vor dem ersten Parteivortrag ansetzt. Der Wortlaut legt nahe, dass die richterliche Frist den Parteien ausdrücklich mit der Aufforderung angesetzt wird, (allfällige) Noven vorzubringen. Eine vom Wortlaut her sich anbietende Auslegung, wonach die Frist zur formellen Einreichung bestimmter Noven eröffnet wird,[14] erst nachdem Parteien angesichts der Entstehung bzw. Entdeckung eines Novums einen konkreten Bedarf dafür angemeldet haben, ist sogleich abzulehnen. Das entfernt sich zu weit vom traditionellen und zielführenden Konzept, wonach neue Tatsachen oder Beweismittel ohne konkreten Antrag auf Fristsetzung in einem bestimmten Zeitraum vorzubringen sind. Mit dem Wortlaut ebenso vereinbar ist die Auslegung, wonach das Gericht ausdrücklich, jedoch unabhängig von einem konkreten Vorliegen eine Frist setzt, innert welcher allfällige Noven vorzubringen sind.[15] Gleichzeitig kann der Text auch dahin verstanden werden, dass er auch Fristen, die nicht ausdrücklich im Hinblick auf die Vorbringung von Noven, sondern für sonstige Eingaben gesetzt wurden, erfasst, und diese Frist für eine Noveneingabe nutzbar macht. Zu denken ist an Fristen gemäss Art. 53 Abs. 3 revZPO, in welcher Bestimmung neu das EMRK-Replikrecht ausdrücklich legiferiert (und erleichtert) wird. Um der Klarheit willen müsste das Gericht jeweils ausdrücklich anordnen, dass innert gesetzter Frist (auch) allfällige Noven einzugeben sind.

Indem die Novelle das Konzept der relativen Frist («ohne Verzug») mit absoluten Fristen und Terminierungen ersetzt, schafft sie neue Fragezeichen.

Nach jeder dieser Auslegungsvarianten gilt die Voraussetzung, dass die Frist dem Zeitpunkt der Entstehung bzw.

11 Daran vermag der in vielen Entscheiden verwendete Terminus «*Fortsetzungsverhandlung*» nichts zu ändern (vgl. BGer, 4A_196/2021, Sachverhalt B.a.d.). Bei einer sog. «*Fortsetzungsverhandlung*» handelt es sich terminologisch korrekt um die Fortsetzung der Hauptverhandlung.

12 Art. 124 Abs. 3 ZPO.

13 Dafür: vgl. unter anderem BSK ZPO-Willisegger, Art. 229 N 9, 34 f., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017; DIKE-Komm.-Pahud (FN 2), Art. 229 ZPO N 10, 16; Sébastien Moret, Novenrecht in der ersten und zweiten Instanz, PraxiZ 2018, 53 f.; dagegen: vgl. unter anderem Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. (FN 2), Art. 229 ZPO N 9 f.; Dominik Baeriswyl, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?, SJZ 2015, 513 ff, 520; Miguel Sogo/Georg Naegeli, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-Bearbeiter/in), Art. 229 N 10b f.; vgl. BGer, 4A_77/2020, E. 4.2.3; BPatGer, O2019_008, E. 18; HGer ZH, ZR 2013 Nr. 35, 140 f.; KGer SG, BO.2017.4, E. 3b.

14 «[…] wenn sie *in der* vom Gericht festgelegten Frist […]» (Hervorhebung durch die Verf.).

15 Diese Lesart dürfte mit gewissen Praxen des Schiedsverfahrens einhergehen.

Entdeckung der betreffenden Noven zuzuordnen ist. Die Zuordnung versagt, wenn einerseits eine allfällige frühere Frist nach Entstehung bzw. Entdeckung bereits abgelaufen ist, oder wenn andererseits die Frist unverhältnismässig kurz vor Entstehung bzw. Entdeckung abläuft. Indem die Novelle das Konzept der relativen Frist («*ohne Verzug*») mit absoluten Fristen und Terminierungen ersetzt, schafft sie neue Fragezeichen. Um die soeben genannten Fälle zu lösen, wird die Praxis eine gesetzlich undefinierte, sehr kurze relative Frist einführen müssen, welche von einer Eingabe innerhalb der richterlichen Frist entbindet, bzw. einen Grund für ein zulässiges Fristverlängerungsgesuch darstellt oder einen nächsten gesetzlichen Zeitraum für die Eingabe eröffnet.

Das Konzept der richterlichen Fristsetzung ist somit mit einer Reihe von Fragezeichen behaftet. Wie auch immer die Auslegung erfolgt, so ist aber erkennbar, dass der Gesetzgeber ermöglichen wollte, dass novenwirksame Fristen und Termine sinnvoll mit anderen Prozesshandlungen koordiniert werden können. Beispiel ist die Koordination mit dem unbedingten Anspruch der Parteien, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen (EMRK-Replikrecht), nach geltendem Recht.[16] Will eine Partei eine unaufgeforderte bzw. freiwillige Stellungnahme vornehmen, so hat sie diese unverzüglich einzureichen oder das Gericht um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zu ersuchen.[17] Wird nun das Gericht z.B. von der klagenden Partei ersucht, eine Frist zur Einreichung einer solchen Stellungnahme anzusetzen, und setzt es dafür z.B. eine Frist von 30 Tagen an, so kann die klagende Partei innert dieser Frist ihre Stellungnahme einreichen. Soweit sich die Partei aber im selben Zeitraum auf zulässige neue Tatsachen und Beweismittel berufen will, so hätte sie diese grundsätzlich innert der relativen «*Ohne Verzug*»-Frist[18] nach Entstehung bzw. Entdeckung einzureichen. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche, grundsätzlich nicht erstreckbare Frist,[19] wobei Lehre und Rechtsprechung von einer Faustregel von zehn Tagen ausgehen.[20] In einer strikten Betrachtung wäre die klagende Partei also ggf. gehalten, die Noven bereits vor Ablauf der 30-tägigen Frist unaufgefordert mit separater Eingabe einzureichen.[21]

Einen solchen Fall hatte das Bundespatentgericht im Urteil O2019_008 vom 17. Juni 2020, E. 18 (vom Bundesgericht bestätigt in BGer, 4A_77/2020, E. 4.2.3) zu beurteilen. Hierbei wurde festgehalten, dass die «*Gebote des Verhaltens nach Treu und Glauben und der zügigen Prozessführung ein Beharren auf der 10-Tagesfrist nicht zu rechtfertigen*» vermögen, *«wenn der Partei noch eine längere Frist zur Eingabe in der Sache»*[22] laufe. Diese Rechtsprechung ist Ausfluss sinnvoller Praktikabilitätsüberlegungen. Nach geltendem Recht bleibt die «*Ohne Verzug*»-Frist nach Art. 229 Abs. 1 ZPO b.F. zwar eine gesetzliche Frist, welche das Gericht im Grundsatz auch nicht durch andere Fristen erstrecken oder verlängern kann.[23] Die Kompetenz des Gerichts beschränkt sich im Wesentlichen auf die Entscheidung, ob die «*Ohne Verzug*»-Frist *in concreto* eingehalten wurde.[24] Nach der zitierten Rechtsprechung sind die Fristen des Novenrechts und des unbedingten Replikrechts aber auch nach bisherigem Recht nicht mit aller Deutlichkeit auseinanderzuhalten.

Das Gericht soll die Fristen zur Einreichung von echten und entschuldbaren unechten Noven ohne Weiteres mit anderen Eingaben (vorzugsweise ausdrücklich) koordinieren können.

Für die Problemstellung, welche mit der vorliegenden Novelle gelöst werden wollte, kann die vorstehend dargestellte Rechtsprechung als Beispiel dienen. Unter neuem Recht soll die «*Ohne Verzug*»-Frist von Art. 229 ZPO b.F. in eine richterlich bestimmbare und (somit auch – mit Zurückhaltung – erstreckbare) Frist abgeändert werden. Das

16 Vgl. dazu BPatGer, O2019_008, E. 18, bestätigt in BGer, 4A_77/2020, E. 4.2.3.

17 Als unverzüglich gelten praxisgemäss zehn Tage: statt vieler KUKO ZPO-Oberhammer/Weber (FN 13), Art. 53 N 6a; Baeriswyl (FN 13), SJZ 2015, 516 ff.; BGE 142 III 48 E. 4.1; 139 I 189 E. 3.2; 137 I 195 E. 2.3.1; 133 I 100 E. 4. Eine Eingabe nach diesen zehn Tagen ist aber weiterhin vom Gericht zu berücksichtigen, vgl. statt vieler BGer, 4A_61/2017, E. 6.2.2.

18 Art. 229 Abs. 1 ZPO b.F.: «1 *In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und» es sich um zulässige echte oder unechte Noven handelt.*

19 KUKO ZPO-Sogo/Naegeli (FN 13), Art. 229 N 10a; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. (FN 2), Art. 229 ZPO N 11.

20 Statt vieler: KUKO ZPO-Sogo/Naegeli (FN 13), Art. 229 N 10; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. (FN 2), Art. 229 ZPO N 9a; DIKE-Komm.-Pahud (FN 2), Art. 229 ZPO N 16; vgl. etwa auch BGer, 5A_141/2019, E. 6.3; BGer, 4A_61/2017, E. 6.2.2; BGer, 4A_707/2016, E. 3.3.2.

21 Die Problematik des Auseinanderfallens der Frist zur Einreichung der von Noven und derjenigen zur Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme ist im summarischen Verfahren von besonderer Bedeutung. Die Novenschranke fällt in summarischen Verfahren bereits nach dem ersten Schriftenwechsel (BGE 144 III 117 E. 2.2). Zur Widerlegung der gesuchgegnerischen Behauptungen verbleibt der gesuchstellenden Parteien *de lege lata* nur noch die Noveneingabe innert zehn Tagen sowie die allenfalls länger angesetzte Frist zur Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme im Rahmen des uneingeschränkten Replikrechts.

22 BPatGer, O2019_008, E. 18, bestätigt in BGer, 4A_77/2020, E. 4.2.3; anders noch BGer, 4A_61/2017, E. 6.2.2.

23 Vgl. KUKO ZPO-Sogo/Naegeli (FN 13), Art. 229 N 10c.

24 Vgl. KUKO ZPO-Sogo/Naegeli (FN 13), Art. 229 N 10a.

Gericht soll die Fristen zur Einreichung von echten und entschuldbaren unechten Noven ohne Weiteres mit anderen Eingaben (vorzugsweise ausdrücklich) koordinieren können.

b) Ohne richterliche Fristansetzung

Wird keine gerichtliche Frist angesetzt, so sind Noven nach Art. 229 Abs. 2 revZPO «*spätestens bis zum ersten Parteivortrag in der Hauptverhandlung nach Artikel 228 Absatz 1*» ZPO einzubringen. Mit der Formulierung «*bis*» zum ersten Parteivortrag wird der erste Parteivortrag wohl nicht mit einbezogen, die Noven sind mithin *vor* dem ersten Parteivortrag vorzubringen. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut von Abs. 1 unterstrichen, welcher bei kleinen vorangegangenen Vorbereitungsverfahren von der uneingeschränkten Äusserungsmöglichkeit «*im*» ersten Parteivortrag spricht.

In der Vergleichung mutet der vielkritisierte und interpretationsbedürftige Wortlaut der bisherigen Fassung geradezu als leicht zugängliche Gesetzgebung an.

Damit wäre der Zeitpunkt mit der bisherigen Auslegung identisch, welche das Bundesgericht dem «*Beginn der Hauptverhandlung*» beim kleinen Vorbereitungsverfahren (Art. 229 Abs. 2 ZPO b.F.) gegeben hat.[25] Unter dem neuen Recht dürften sich die Gerichte womöglich noch vermehrt mit isolierten Novenvorträgen konfrontiert sehen, die den ersten Parteivorträgen vorgelagert sind. Beklagte könnten nach einem Novenvortrag der Klägerschaft versucht sein, eine Verfahrensunterbrechung zu verlangen, um ihre Noven am nächsten Verhandlungstermin ihrerseits immer noch vor dem ersten Parteivortrag einbringen zu können. Der Zeitraum vor Beginn der Parteivorträge ist somit anfällig für Unterbrüche, die das Verfahren verlangsamen. Aus prozessökonomischen Überlegungen bzw. zur Verhinderung von Verfahrensunterbrüchen werden die Gerichte allenfalls vermehrt zur Ansetzung einer Noveneinreichungsfrist greifen.

2. Während des ersten Parteivortrags

Für das Vorbringen von Noven im Rahmen des ersten Parteivortrags findet sich – wie oben erwähnt – in der Referendumsvorlage keine Regelung. Aus systematischer Sicht kann mit Sicherheit verneint werden, dass der Gesetzgeber – im Sinne eines qualifizierten Schweigens – einen absoluten Novenausschluss für diesen Zeitraum bezweckt hat. Das Vorbringen von echten und entschuldbaren unechten Noven wird nämlich nach Abschluss des ersten Parteivortrags (inkl. mündlicher Replik und Duplik) wiederum zugelassen (Art. 229 Abs. 2bis revZPO). Aus dem Fehlen einer Terminierung bzw. Befristung der Noveneingabe könnte alternativ geschlossen werden, dass Noven, die während der ersten Parteivorträge entstehen oder entdeckt werden, stets *umgehend* geäussert werden müssten. Die Praktikabilität spricht allein schon deshalb dagegen, weil die ersten Parteivorträge durch Unterbrechungen gestört würden. Somit bleibt die fast ebenso unbefriedigende Auslegungsvariante übrig, wonach der Anwendungsbereich von Art. 229 Abs. 2bis revZPO entgegen dessen Wortlaut auf den ersten Parteivortrag ausgeweitet wird: richterliche Fristansetzung oder am aktuellen bzw. ggf. am nächsten Verhandlungstermin.

3. Nach dem 1. Parteivortrag

Art. 229 Abs. 2bis revZPO gilt sowohl beim kleinen wie auch beim grossen Vorbereitungsverfahren; die «Ohne Verzug-Regel» wird mit den beschriebenen Terminierungen und Befristungen ersetzt. Demnach kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden. An dieser Stelle soll lediglich auf die Frage eingegangen werden, ob die Novelle der Ansetzung richterlicher Fristen Grenzen setzen will. Solche sind in beiden Richtungen möglich. Extrem kurze Fristen reiben sich am rechtlichen Gehör der vorbringenden Partei. Eine überaus grosszügige Handhabung stünde hingegen in einem allzu scharfen Kontrast *zur* bisherigen «*Ohne Verzug*»-Regel und damit zum Beschleunigungsprinzip. Diese Regel will zwar mit der revidierten Fassung zweifellos gemildert werden; allzu large Handhabung kann jedoch das Verfahren verzögern. Richterliche Fristen sind der Erstreckung zugänglich; deren Handhabung sollte im Kontext mit Noveneingaben zurückhaltend erfolgen. Die dispositivgesetzliche Terminierung – vorliegend «*spätestens in der nächsten Verhandlung*» – dürfte als Grenze dienen.

IV. Untersuchungsmaxime

Art. 229 Abs. 3 ZPO wurde in der bisherigen Fassung belassen. Damit können Tatsachen und Beweismittel weiterhin uneingeschränkt bis zur Urteilsberatung eingebracht werden, sofern der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen bzw. zu erforschen ist.

25 Zu Beginn der Hauptverhandlung meint nach BGE 147 III 475 E. 2.3.2 den Zeitraum vor den ersten Parteivorträgen.

V. Ausblick

Das Novenrecht wurde in der vermuteten Intention revidiert, eine parteifreundlichere Regelung herbeizuführen und bestehende Unklarheiten zu beseitigen. Den Gesetzestext ereilte aber das Schicksal, das jede substantielle «*Last Minute*»-Änderung erleidet. Auch wenn der Text durchaus Verbesserungen in der Sache erkennen lässt, so schafft er gleichzeitig eine ganze Reihe zusätzlicher Ungewissheiten. In der Vergleichung mutet der vielkritisierte und interpretationsbedürftige Wortlaut der bisherigen Fassung geradezu als leicht zugängliche Gesetzgebung an. Mit einem Mehr an Reflexion und Redaktionsaufwand wäre es gewiss gelungen, das unterstützungswürdige Ziel der Novelle – verbesserte Koordination des Novenrechts mit der formellen Prozessleitung – in eine präzise, lückenlose und auf Anhieb verständliche Form zu fassen. Nun ist es an Lehre und Rechtsprechung, einen mühevollen Weg der Klärung des schweizerischen Novenrechts erneut zu gehen. Wenn es der vorliegenden Skizze gelingt, hierzu eine frühe Diskussion anzuregen, so wird sie ihrem bescheidenen Zweck bereits mehr als gerecht.

Anzeige

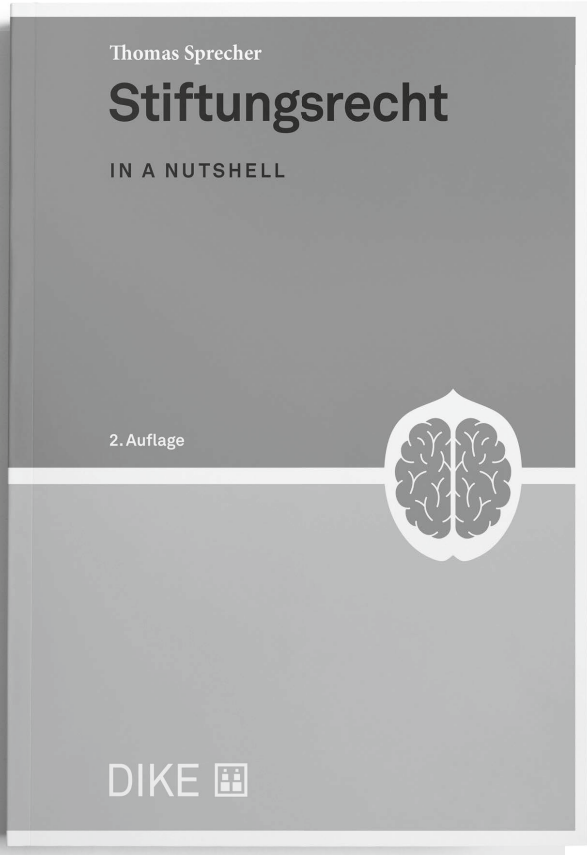
Thomas Sprecher

Stiftungsrecht

in a nutshell
2. Auflage

Dieses Buch gibt eine kompakte Übersicht über alle wichtigen Aspekte des schweizerischen Stiftungsrechts. Für die zweite Auflage wurde der gesamte Text überarbeitet und aktualisiert. Einbezogen wurden deshalb auch verschiedene gesetzliche Neuerungen, die am 1.1.2023 und am 1.1.2024 in Kraft treten.

2023, 272 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-493-8
CHF 48.–



www.dike.ch/4938

DIKE