

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

Band / Volume 24

Christoph Reut

Dr. iur.

**Noven nach der
Schweizerischen
Zivilprozessordnung**

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis.....	XLI

1. Teil: Grundlagen des Novenrechts

§ 1 Historischer Prolog.....	1
§ 2 Sammlung des Prozessstoffs	16
§ 3 Zum Begriff und Gegenstand des Novenrechts.....	31
§ 4 Über das Einführen eines Novums in das Verfahren	70

2. Teil: Noven im erstinstanzlichen Verfahren

§ 5 Ordentliches Verfahren	132
§ 6 Vereinfachtes Verfahren.....	159
§ 7 Summarisches Verfahren	171
§ 8 Familienrechtliche Verfahren.....	179

3. Teil: Noven im Rechtsmittelverfahren

§ 9 Berufung.....	187
§ 10 Beschwerde	208
Summarium.....	222

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	XLI

1. Teil: Grundlagen des Novenrechts

§ 1 Historischer Prolog.....	1
I. Über die Aufgabe des Zivilprozessrechts.....	1
II. Rechtsgeschichtliche Übersicht.....	2
1. Römisches Prozessrecht.....	2
2. Der italienisch-kanonische Prozess.....	4
3. Die Weiterentwicklung zum gemeinen Prozess.....	5
4. Untersuchungsgrundsatz im preussischen Prozessrecht	6
5. Rechtsvereinheitlichung in Deutschland und Österreich	7
6. Entwicklungen in der Schweiz.....	9
A) Einfluss des gemeinen Prozesses und des französischen Rechts..	9
B) Die Ausgestaltung der Eventualmaxime in den einzelnen Kantonen vor der Rechtsvereinheitlichung	11
a) Im erstinstanzlichen Verfahren	11
b) Im Rechtsmittelverfahren.....	13
C) Die Eventualmaxime im Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	14
§ 2 Sammlung des Prozessstoffs	16
I. Stoffsammlung durch die Parteien	16
1. Verfahrensgrundsätze	16
A) Verhandlungsgrundsatz	17
B) Untersuchungsgrundsatz.....	19
a) Allgemeines	19
b) Uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz	21
c) Eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz	21
2. Verfahrensarten und vorherrschende Verfahrensgrundsätze	22
3. Zur Daseinsberechtigung der Eventualmaxime	23
A) Die Beschränkung des Endlosen	23
B) Aufgabe und Funktion.....	25
C) Aktenschluss.....	26

II.	Wahrheitssuche im Zivilprozess	27
1.	Die normative Wahrheit	27
2.	Die kontradiktorische Wahrheitssuche.....	28
3.	Über die Grenzen der Formstrenge	29
§ 3	Zum Begriff und Gegenstand des Novenrechts.....	31
I.	Das Begriffspaar „echte und unechte Noven“	31
1.	Historisches	31
A)	Früheres Verständnis	31
B)	Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	32
C)	Entwicklung im Gesetzgebungsprozess.....	33
a)	Zum erstinstanzlichen Verfahren	33
b)	Zum Rechtsmittelverfahren	34
D)	Zwischenfazit.....	35
2.	Echte Noven	36
A)	Im erstinstanzlichen Verfahren	36
a)	Zur Definition – Ein Malheur des Gesetzgebers?.....	36
b)	Kritik der Lehre am Wortlaut des Gesetzes und aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts	37
c)	Kritik an der Kritik	39
d)	Ein Definitionsversuch	41
B)	Im Rechtsmittelverfahren.....	42
C)	Zulässigkeit von nachträglich durch die Parteien geschaffenen Tatsachen und Beweismitteln (Potestativ-Novén).....	44
a)	Ausgangslage	44
b)	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	44
c)	Die Notwendigkeit eines Sorgfaltsnachweises.....	46
3.	Unechte Noven.....	47
A)	Im erstinstanzlichen Verfahren	47
B)	Im Rechtsmittelverfahren.....	48
II.	Gegenstand	48
1.	Neue Tatsachen und Beweismittel	48
A)	Tatsachen	49
a)	Tatsachenbegriff ausserhalb der ZPO.....	49
b)	Tatsachenbegriff nach der ZPO.....	50
B)	Beweismittel	51
C)	Neuheit der Tatsache oder des Beweismittels.....	51
2.	Abgrenzung zu Noven.....	52
A)	Zugestandene und unbestrittene Tatsachen.....	52
B)	Übung und Ortsgebrauch	55
C)	Bekannte Tatsachen	55
a)	Offenkundige Tatsachen.....	55
b)	Gerichtsnotorietät	56

c)	Allgemein anerkannte Erfahrungssätze.....	57
D)	Rechtliche Vorbringen.....	57
E)	Rechtsbehelfe	58
a)	Materiell-rechtliche Einreden und Gestaltungsrechte	58
aa)	Die in der Lehre vertretenen Interpretationen.....	59
bb)	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	59
cc)	Die Schlussfolgerung daraus	61
b)	Einwendungen.....	62
c)	Prozessuale Einreden	62
aa)	Einrede der fehlenden Sachurteilsvoraussetzung.....	62
bb)	Beweiseinreden.....	64
F)	Gesetzliche Tatsachenvermutungen	65
G)	Unbedingtes Replikrecht	65
a)	Über das Wesen der unbedingten Replik	65
b)	Die Gelegenheit zu einer weiteren Noveneingabe	66
c)	Die Bestreitung einer Noveneingabe im Rahmen des Replikrechts	67
H)	Neue Rechtsbegehren (Klageänderung)	68
I)	Revision.....	69
§ 4	Über das Einführen eines Novums in das Verfahren	70
I.	Die zur Noveneingabe Berechtigten.....	70
1.	Hauptparteien.....	70
2.	Streitgenossen	70
A)	Notwendiger Streitgenosse	70
B)	Einfacher Streitgenosse	71
3.	Haupt- und Nebenintervenienten	72
A)	Hauptintervenient	72
B)	Nebenintervenient.....	72
4.	Streitberufene.....	75
II.	Materielle Voraussetzungen	76
1.	Echte Noven.....	76
2.	Unechte Noven	76
A)	Nachweis der zumutbaren Sorgfalt.....	77
a)	Entstehungsgeschichte	77
b)	Stand der Lehre	77
c)	Zur Notwendigkeit eines objektivierten Massstabs	78
B)	Entschuldigungsgründe	80
a)	Säumnis.....	80
b)	Notstandsähnliche Zustände und Willensmängel	80
c)	Durch Dritte verursachte Verspätung.....	81
aa)	Rechtsvertretung.....	81
bb)	Gegenpartei.....	81

	cc) Nebenparteien	82
	dd) Gerichte.....	82
	ee) Hilfs- und weitere Drittpersonen.....	83
	d) Unbezifferte Forderungsklage	84
	e) Anerkennung durch die Gegenpartei.....	84
	f) Veranlassung durch den erstinstanzlichen Entscheid	84
III.	Formelle Voraussetzungen	85
	1. Form	85
	2. Frist	86
	A) Stand der Lehre und Rechtsprechung	86
	B) Die Wahl zwischen „ohne Verzug“ und „in der Hauptverhandlung“	88
	C) Festsetzung einer Frist	90
	D) Bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes	91
	3. Inhalt	91
	A) Beweisgerechtes Anbieten der Noven	91
	B) Begründung der Verspätung	92
	C) Beweismass.....	93
IV.	Das gerichtliche Zulassungsverfahren	94
	1. Zustellung der Noveneingabe an die Gegenpartei.....	94
	2. Entscheid über die Zulassung.....	94
	A) Form und Zuständigkeit.....	94
	B) Verteilung der durch die Noveneingabe verursachten Prozesskosten.....	96
	a) Bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes	96
	b) Bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes.....	98
	C) Wirkungen	99
	3. Anfechtung des Novenentscheids	99
	A) Erstinstanzlicher Novenentscheid	99
	B) Zweitinstanzlicher Novenentscheid	100
V.	Einfluss gerichtlicher Mitwirkung	101
	1. Gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO)	102
	A) Zweck und Inhalt	102
	B) Zeitpunkt und Form der Ausübung.....	103
	a) Im erstinstanzlichen Verfahren.....	103
	b) Im Rechtsmittelverfahren	106
	C) Nicht rechtzeitig ausgeübte gerichtliche Fragepflicht.....	107
	2. Gerichtliche Fragepflicht im vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 1 ZPO)	109
	A) Zweck und Inhalt	109
	B) Zeitpunkt und Form der Ausübung.....	112
	a) Im erstinstanzlichen Verfahren.....	112

b) Im Rechtsmittelverfahren.....	113
C) Nicht rechtzeitig ausgeübte gerichtliche Fragepflicht	113
3. Hinweispflicht im Scheidungsverfahren (Art. 277 Abs. 2 ZPO)	114
A) Zweck und Inhalt.....	114
B) Zeitpunkt und Form der Ausübung	114
C) Nicht rechtzeitig ausgeübte Hinweispflicht.....	118
4. Von Amtes wegen erhobene Beweismittel	118
A) Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 2 ZPO).....	118
B) Durchführung eines Augenscheins (Art. 181 ZPO)	120
C) Einholung eines Gutachtens (Art. 183 ZPO).....	121
D) Schriftliche Auskunft (Art. 190 ZPO).....	122
E) Von Amtes wegen angeordnete Beweisaussage (Art. 192 Abs. 2 ZPO).....	122
VI. Einfluss überschüssender Beweisergebnisse	123
1. Über das Dilemma überschüssender Beweisergebnisse.....	123
2. Abgrenzung.....	124
A) Konkretisierung von Tatsachenbehauptungen.....	124
B) Änderung des klägerischen Anspruchs durch überschüssende Beweisergebnisse	125
3. Ursache überschüssender Beweisergebnisse.....	125
4. Frühere kantonale Praxis.....	126
5. Berücksichtigung überschüssender Beweisergebnisse.....	127
A) Stand der Lehre	127
B) Des Rätsels Lösung: Zulassung als (un)echte Noven.....	129
C) Aber: Anspruch auf rechtliches Gehör	130

2. Teil: Noven im erstinstanzlichen Verfahren

§ 5 Ordentliches Verfahren	132
I. Besteht ein Recht auf einen zweiten unbeschränkten Vortrag?.....	133
1. Der Grundsatz.....	133
A) Entstehungsgeschichte.....	133
B) Die vom Gesetzgeber gewählte Konzeption.....	135
2. Ausnahmen vom Grundsatz?	136
A) Dupliknoven bei Verzicht auf die Replik	136
B) Noveneingabe nach Zwischenentscheiden	138
II. Noveneingabe vor der Hauptverhandlung.....	139
1. Im ersten und zweiten Schriftenwechsel.....	139
2. Im zweiten Schriftenwechsel nach einer Instruktionsverhandlung.	140
3. Nach zweitem Schriftenwechsel	140
4. Sonderfälle	141
A) Noveneingabe im Rahmen von Instruktionsverhandlungen.....	141

	a) Nach erstem Schriftenwechsel	141
	b) Nach zweitem Schriftenwechsel.....	142
	B) Noveneingabe im Widerklageverfahren	144
	C) Schriftliche Replik und mündliche Duplik an der Hauptverhandlung.....	144
	D) Aktenschluss und Säumnis einer Partei	145
III.	Noveneingabe in der Hauptverhandlung	146
	1. Nach erstem Schriftenwechsel und Instruktionsverhandlung.....	146
	2. Nach zweitem Schriftenwechsel	146
	3. Bei direkter Vorladung nach erstem Schriftenwechsel	146
	A) Stand der Lehre und Rechtsprechung	146
	B) Die Suche nach dem „zu Beginn“	148
IV.	Noveneingabe nach der Hauptverhandlung	151
	1. Letztmöglichster Zeitpunkt.....	151
	A) Stand der Lehre.....	151
	B) Die Wahl zwischen „in der Hauptverhandlung“ und „Beginn der Urteilsberatung“	152
	C) Die Quintessenz	154
	2. Wann beginnt die Urteilsberatung?	154
	3. Wiederaufnahme der Hauptverhandlung.....	157
V.	Noveneingabe bei Verzicht auf die Hauptverhandlung	157
VI.	Noveneingabe bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes.....	158
§ 6	Vereinfachtes Verfahren	159
I.	Zur Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO im vereinfachten Verfahren	159
	1. Entwicklung des Novenrechts im vereinfachten Verfahren	159
	2. Unterschiede zum ordentlichen Verfahren.....	160
	3. Zulässigkeit der Heranziehung von Art. 229 ZPO	161
II.	Noveneingabe vor der Verhandlung	162
	1. Bei begründeter Klage und Stellungnahme der Gegenpartei	162
	2. Im zweiten Schriftenwechsel.....	162
	3. Sonderfälle	163
	A) Noveneingabe im Rahmen von Instruktionsverhandlungen	163
	B) Noveneingabe im Widerklageverfahren	163
III.	Noveneingabe in der Verhandlung	163
	1. Nach erstem Schriftenwechsel oder Instruktionsverhandlung	164
	2. Nach zweitem Schriftenwechsel oder Instruktionsverhandlung.....	165
	3. Unbegründete Klage und direkte Vorladung.....	166
IV.	Noveneingabe nach der Verhandlung.....	167
V.	Noveneingabe bei Verzicht auf die Verhandlung	168
VI.	Noveneingabe bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes.....	168

§ 7	Summarisches Verfahren	171
I.	Zur Anwendbarkeit von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren ...	171
	1. Entwicklung des Novenrechts im summarischen Verfahren	171
	2. Unterschiede zum ordentlichen Verfahren.....	172
	3. Zulässigkeit der Heranziehung von Art. 229 ZPO.....	173
	A) Stand der Lehre	173
	B) Bisher ergangene Rechtsprechung.....	174
	C) Schlussfolgerungen.....	175
II.	Noveneingabe im Schriftenwechsel	176
III.	Noveneingabe bei Durchführung einer Verhandlung.....	176
	1. Nach dem Schriftenwechsel.....	176
	2. Direkte Vorladung nach Eingang des Gesuchs.....	177
	3. Bei Verzicht auf die Verhandlung	177
IV.	Noveneingabe nach der Verhandlung	178
V.	Noveneingabe bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes	178
§ 8	Familienrechtliche Verfahren	179
I.	Eheschutzverfahren	179
II.	Scheidungsverfahren	180
	1. Scheidung auf gemeinsames Begehren.....	180
	A) Bei umfassender Einigung.....	180
	B) Bei Teileinigung	181
	2. Scheidungsklage	182
	A) Noveneingabe in der Einigungsverhandlung.....	182
	B) Noveneingabe nach der Einigungsverhandlung	183
III.	Der Rückgriff auf den bekannten Prozessstoff.....	185

3. Teil: Noven im Rechtsmittelverfahren

§ 9	Berufung.....	187
I.	Wesen der Berufung.....	187
	1. Entwicklung des Novenrechts im Berufungsverfahren.....	187
	2. Der Gang des Berufungsverfahrens	190
	3. Der Prozessstoff und dessen Erweiterung im Berufungsverfahren.	190
II.	Noveneingabe im Schriftenwechsel	192
III.	Noveneingabe bei Durchführung einer Berufungsverhandlung	192
IV.	Noveneingabe nach dem Schriftenwechsel oder der Berufungsverhandlung	193
	1. Stand der Lehre und Rechtsprechung	193
	2. Letztmöglicher Zeitpunkt.....	194

V.	Noveneingabe bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes.....	196
1.	Stand der Lehre	196
2.	Rechtsprechung des Bundesgerichts	197
3.	Kritik an der Rechtsprechung.....	198
	A) Hinsichtlich Wortlaut und Systematik	198
	B) Hinsichtlich Entstehungsgeschichte und ratio legis.....	199
4.	Gilt BGE 138 III 625 auch unter Herrschaft des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes?	202
VI.	Noveneingabe im Rückweisungsverfahren.....	204
1.	Vor der ersten Instanz	204
2.	Vor der Berufungsinstanz.....	206
§ 10	Beschwerde.....	208
I.	Wesen der Beschwerde.....	208
II.	Noveneingabe im Beschwerdeverfahren	209
1.	Novenausschluss als Grundsatz.....	209
2.	Die Ausnahmen	210
	A) Konkursöffnung (Art. 174 SchKG)	210
	B) Arresteinsprache (Art. 278 Abs. 3 SchKG)	212
	C) Notstundung (Art. 337 ff. SchKG)	214
	D) LugÜ-Beschwerde (Art. 327a ZPO).....	215
	E) Weitere Sonderfälle	217
	a) Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG).....	217
	b) Noveneingabe aufgrund der erstinstanzlichen Entscheidgründe	217
	c) Noveneingabe aufgrund neuer rechtlicher Argumente des Beschwerdegerichts.....	218
	d) Während der Beschwerdefrist entdeckte Noven.....	220
	e) Noven und Sachurteilsvoraussetzungen	220
III.	Noveneingabe im Rückweisungsverfahren.....	220
	Summarium	222