

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

**Band / Volume 24**

**Christoph Reut**

**Dr. iur.**

**Noven nach der  
Schweizerischen  
Zivilprozessordnung**

# Inhaltsverzeichnis

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

## 1. Teil: Grundlagen des Novenrechts

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

<b>§ 5 Ordentliches Verfahren .....</b>	<b>132</b>
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. Letztmöglicher 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
<b>§ 6</b>	<b>Vereinfachtes Verfahren .....</b>	<b>159</b>
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

<b>§ 7</b>	<b>Summarisches Verfahren .....</b>	<b>171</b>
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
<b>§ 8</b>	<b>Familienrechtliche Verfahren .....</b>	<b>179</b>
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

<b>§ 9</b>	<b>Berufung.....</b>	<b>187</b>
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
<b>§ 10</b>	<b>Beschwerde.....</b>	<b>208</b>
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