

Urteilkopf

144 III 117

14. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. GmbH gegen B. S.A. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_557/2017 vom 21. Februar 2018

**Regeste (de):**

Art. 229, 253 ZPO; summarisches Verfahren; Aktenschluss.

Aktenschluss im summarischen Verfahren (E. 2).

**Regeste (fr):**

Art. 229, 253 CPC; procédure sommaire; clôture de la phase de l'allégation.

Clôture de la phase de l'allégation en procédure sommaire (consid. 2).

**Regesto (it):**

Art. 229, 253 CPC; procedura sommaria; fine della fase allegatoria.

Fine della fase allegatoria nella procedura sommaria (consid. 2).

Erwägungen ab Seite 2

BGE 144 III 117 S. 2

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Vorbringen in der "Replik" der Beschwerdegegnerin zu Unrecht berücksichtigt. Sie stellt sich auf den Standpunkt, im summarischen Verfahren sei nur ein Schriftenwechsel durchzuführen, die Vorinstanz hätte die Eingabe der Beschwerdegegnerin aus dem Recht weisen müssen und hätte jedenfalls unechte Noven nicht berücksichtigen dürfen.

2.1 Art. 253 ZPO sieht für das hier anwendbare (Art. 248 lit. b ZPO) summarische Verfahren vor, dass das Gericht der Gegenpartei  
BGE 144 III 117 S. 118

Gelegenheit gibt, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. Damit sollte nach der Botschaft vom 28. Juni 2006 ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel ausgeschlossen werden, da breite Schriftlichkeit dem Wesen dieses Verfahrens zuwiderlaufe (BBI 2006 7350 zu Art. 249 VE). Dass nach dem historischen Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet, schliesst jedoch nicht aus, dass mit der gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist (BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254). Auch ändert die Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157, BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487; BGE 138 III 252 E. 2.2 S. 255, je mit Verweisen). Die Vorinstanz hat diese Grundsätze offensichtlich beachtet, wenn sie die "Replik" - wie übrigens auch die "Duplik" - nicht aus dem Recht wies.

2.2 Das Bundesgericht hat für das ordentliche Verfahren erkannt, dass die Parteien zweimal die Möglichkeit haben, sich unbeschränkt zu äussern, während sie danach nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO gehört werden können (BGE 140 III 312 E. 6.3.2 S. 313, vgl. auch BGE 144 III 67 E. 2 S. 68). Dies gilt sinngemäss auch für das vereinfachte

Verfahren (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO und BGE 140 III 450 E. 3.2 S. 452). Im summarischen Verfahren darf sich jedoch keine der Parteien darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet (Urteil 4A\_273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 138 III 620). Es besteht insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich tritt der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein (vgl. LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 229 ZPO). Teilweise wird vertreten, dies gelte ausnahmslos (vgl. RAPHAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, S. 204; DANIEL FÜLLEMANN, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in: Innovatives Recht, 2013, S. 876 f.). Zum Teil wird mit überzeugenden Gründen die Ansicht vertreten, Art. 229 ZPO sei dann analog anzuwenden, wenn - nach einfachem

BGE 144 III 117 S. 119

Schriftenwechsel - eine Verhandlung stattfindet oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird (vgl. WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 58 zu Art. 229 ZPO; KAUFMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 36 zu Art. 252 ZPO; vgl. auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 20 ff. zu Art. 257 ZPO). Denn in diesem Fall wird das summarische Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert, so dass in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO Noven zulässig sein sollten, solange das Gericht die Beratung nicht aufgenommen hat (vgl. entsprechend für das Rechtsmittelverfahren BGE 142 III 413 E. 2.2.5 S. 418). Wie es sich damit jedoch verhält, kann offenbleiben. Denn hier hat die Vorinstanz ohne Erweiterung des Summarverfahrens den Parteien mit Verfügung vom 29. August 2017 einen schriftlichen Entscheid in Aussicht gestellt.

2.3 Die Vorinstanz hat keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet. Die Beschwerdegegnerin hat vielmehr von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Recht Gebrauch gemacht, als sie im vorliegenden Summarverfahren der Vorinstanz eine "Replik" einreichte. Die Vorinstanz hat denn auch zutreffend dargelegt, dass in diesem Fall keine Noven zulässig sind und sie hat die Vorbringen der Beschwerdegegnerin unberücksichtigt gelassen, wonach sich die behaupteten Mängel auf den von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Ausbau, nicht jedoch auf den von ihr vermieteten Grundausbau beziehen würden. Im Übrigen hat die Vorinstanz jedoch die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin berücksichtigt, was sich aus den Anforderungen an das rechtliche Gehör ergibt. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Berücksichtigung freilich mit der Begründung, die Stellungnahme habe unechte Noven umfasst, welche nicht hätten beachtet werden dürfen. So macht sie namentlich geltend, die Vorinstanz habe bei der Würdigung der E-Mails vom 17. bis 30. Mai 2017 auf neue Vorbringen der Beschwerdegegnerin abgestellt. Dass die Beschwerdegegnerin eines dieser E-Mails neu in den Prozess eingeführt habe, behauptet sie nicht. Inwiefern sich im Übrigen die Vorinstanz im Zusammenhang mit Vergleichsgesprächen der Parteien auf das nicht zugelassene Novum stützen sollte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Ihr Vorbringen beschränkt sich auf eine reine Behauptung. Damit ist sie nicht zu hören.

BGE 144 III 117 S. 120

2.4 Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz verspätete Noven der Beschwerdegegnerin berücksichtigt habe, erweist sich als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.