

06.062

**Botschaft
zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
(ZPO)**

vom 28. Juni 2006

Sehr geehrte Herren Präsidenten
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen einen Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

- | | | | |
|------|---|---------|---|
| 2000 | P | 00.3270 | Vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des Gläubigers (N 6.10.00, Schwaab) |
| 2001 | P | 01.3220 | Koordination der gerichtlichen Verfahren im Krankheits- und Invaliditätsfall (N 5.10.01, Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit N 00.438) |
| 2004 | M | 02.3035 | Teileinigung (Art. 112 ZGB). Verfahrensregelung (N 21.6.03, Janiak; S 3.3.04) |

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

28. Juni 2006

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates
Der Bundespräsident: Moritz Leuenberger
Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Das materielle Zivilrecht – im Wesentlichen kodifiziert in ZGB und OR – ist seit über einem Jahrhundert vereinheitlicht. Gleiches gilt für das schweizerische Vollstreckungsrecht, soweit Geldforderungen und Sicherheitsleistungen betroffen sind. Demgegenüber ist das Zivilprozessrecht zersplittert. Jeder Kanton hat seine eigene Prozessordnung und seine eigene Gerichtsorganisation. Dieser – in Europa singuläre – Rechtszustand ist mit vielen Nachteilen verbunden: Zum einen wird die Durchsetzung des materiellen Rechts verteuert und erschwert. Zum andern stehen die Kantone unter ständigem Anpassungsdruck, sobald der Bundesgesetzgeber punktuelle Vorgaben für den Zivilprozess macht. Dies ist im sozialen Privatrecht (z.B. Familienrecht, Miete und Pacht, Arbeitsrecht und Konsumentenschutz) häufig der Fall. Aber auch im Wettbewerbs-, Immaterialgüter- und Wirtschaftsprivatrecht finden sich zahlreiche bundesrechtliche Verfahrensvorschriften, welche die Kantone umzusetzen haben und immer wieder modifizieren müssen. Entsprechend besteht heute Einigkeit darüber, dass – neben dem Strafprozessrecht – auch das Zivilprozessrecht bundesrechtlich zu kodifizieren ist. Im Jahr 2000 haben Volk und Stände der Verfassungsänderung, die dem Bund die Kompetenz überträgt, zugestimmt.

Die schweizerische Justiz genießt einen guten Ruf. Gleichwohl hat heute jeder Prozess mit denselben Grundproblemen zu kämpfen: Aufwand (Dauer und Kosten des Verfahrens) und Ertrag (Ergebnis der Vollstreckung) stehen nicht selten in keinem Verhältnis. Ein vereinheitlichtes Prozessrecht wird zur Verbesserung dieser Situation beitragen. Doch ist einheitliches Recht nicht der einzige Faktor, von dem ein effizientes Verfahren abhängt. Gerichtsorganisation und verfügbare Ressourcen der Justiz spielen ebenfalls eine massgebliche Rolle. Und nicht selten scheitert die Durchsetzung des Rechts schliesslich an der Insolvenz der verpflichteten Partei. Diese Probleme kann auch eine einheitliche Verfahrensordnung nicht lösen. Und trotzdem ist ihr praktischer Nutzen gross: Sie sorgt für Transparenz und Berechenbarkeit der Regeln, ermöglicht eine einheitlichere Praxis und erleichtert die Weiterentwicklung und wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts.

Die Schweizerische Zivilprozessordnung wird an die Stelle der 26 kantonalen Regelwerke treten. Ihr Gegenstand ist somit das Verfahren vor den kantonalen Gerichten sowie die nationale Schiedsgerichtsbarkeit. Die Zivilrechtspflege durch das Bundesgericht ist im neuen Bundesgerichtsgesetz niedergelegt, ergänzt durch das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess.

Dem Entwurf liegen folgende Prinzipien zu Grunde:

- Allgemein ist er geprägt durch Wertschätzung des gewachsenen kantonalen Prozessrechts, zumal dieses in bewährten Kommentaren wissenschaftlich durchdrungen ist. Die Anlehnung an die kantonale Tradition ist auch formal erkennbar, etwa an Aufbau und Systematik sowie an Sprache und Terminologie des Entwurfs.*

-
- *In Bezug auf kontroverse Fragen des Prozessrechts hat der Entwurf Kompromisscharakter – als Ergebnis einer Abwägung der vielen unterschiedlichen Interessen, die sich in jedem Prozess gegenüberstehen: Die klagende Partei will raschen, kostengünstigen und nachhaltigen Rechtsschutz, die beklagte Partei ein breites Abwehrdispositiv. Die unterlegene Partei verlangt nach wirksamen Rechtsmitteln, die obstehende Partei drängt demgegenüber auf sofortige Vollstreckung. Dazwischen stehen der Staat und seine Gerichte mit knappen Ressourcen und dem Ruf nach Entlastung, einerseits der materiellen Wahrheit, andererseits der effizienten Prozesserledigung verpflichtet. In diesem Interessenkonflikt sucht der Entwurf nach pragmatischen Mittelwegen (z.B. durch ein ausgewogenes Novenrecht, ein besonders rasches Verfahren bei liquiden Verhältnissen oder durch die Möglichkeit vorzeitiger Vollstreckung trotz eines hängigen Rechtsmittels).*
 - *Die Gerichtsorganisation – und damit verbunden die Regelung der sachlichen Zuständigkeit – bleibt Sache des kantonalen Rechts. Die einheitliche ZPO beschränkt sich somit auf die Regelung des Verfahrens. Auch für das Tarifwesen (Gerichtskosten, Anwaltskosten) bleiben die Kantone zuständig. Die materiellen Regeln der Kostenverteilung sowie die unentgeltliche Rechtspflege hingegen sind Gegenstand des Entwurfs.*
 - *Das einheitliche Recht soll den Kantonen keine Mehrkosten verursachen. Insbesondere brauchen die Kantone keine neuen Gerichte einzuführen. Fachgerichte – wie z.B. Handels-, Miet- und Arbeitsgerichte – bleiben freie organisatorische Optionen.*
 - *Ein hoher Stellenwert kommt der vor- bzw. aussergerichtlichen Streitbeilegung zu. So haben die Parteien zunächst einen Schlichtungsversuch durchzuführen oder sich einer Mediation zu unterziehen, bevor sie das urteilende Gericht anrufen. Diese grundsätzlich obligatorische Vorrunde trägt einerseits zur Entlastung der Gerichte bei, andererseits erleichtert sie den Parteien den ersten Schritt auf dem Rechtsweg (niedere Schwelle der Justiz). Als Schlichtungsbehörde können die betreffenden Kantone wie bisher ihre bürgernahen Friedensrichterinnen und -richter einsetzen. Zudem erhalten die Schlichtungsbehörden mehr Kompetenzen (insb. eine Entscheidkompetenz für Bagatellstreitigkeiten).*
 - *Verschiedene Verfahrenstypen gewährleisten ein praxisnahes und flexibles Prozessrecht. Dabei entspricht das ordentliche Verfahren dem klassischen Bild eines Zivilprozesses: Es ist beherrscht durch die Verhandlungsmaxime; das Gericht beschränkt sich grundsätzlich auf die formelle Prozessleitung. Für kleinere Streitigkeiten hingegen sowie für die Angelegenheiten des sozialen Privatrechts bietet der Entwurf ein vereinfachtes Verfahren an, das sich durch erleichterte Formen, verstärkte Mündlichkeit sowie eine aktivere Rolle des Gerichts kennzeichnet.*
 - *Trotz Anknüpfung an die kantonale Tradition verschliesst sich der Entwurf Neuerungen nicht. So nimmt er durch den Einbau der Mediation eine starke Tendenz sowohl im angelsächsischen als auch im kontinentaleuropäischen*
-

Rechtskreis auf. Ausserdem wird die vollstreckbare öffentliche Urkunde die Durchsetzung schweizerischer Titel im Ausland erleichtern; im Inland kann sie zu einer zusätzlichen Entlastung der Gerichte führen.

- *Hingegen verzichtet der Entwurf auf Instrumente, die unserem Rechtssystem nicht entsprechen. Zu denken ist an die sog. Sammelklage (class action) des amerikanischen Recht, die verfahrens- und materielle rechtlich mehr Probleme schafft als löst. Dem Gedanken kollektiver Interessenwahrung wird gleichwohl Rechnung getragen – durch die eingespielten Institute der Streitgenossenschaft sowie durch die Verbandsklage.*
- *Bei der Regelung der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit steht die Stärkung des Schiedsplatzes Schweiz im Vordergrund.*

Das Zivilprozessrecht ist in starker Entwicklung begriffen – dank der ausgeprägten Innovationskraft von Lehre und Praxis. Der Entwurf sieht deshalb vor, dass die Kantone Pilotprojekte durchführen können, insbesondere um weitere Verfahrensformen zu testen. Die kantonale Praxis bleibt damit ganz wesentlich an der Fortentwicklung des Prozessrechts beteiligt.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	7222
1 Ausgangslage	7228
1.1 Gründe für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts	7228
1.2 Ziele der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts	7230
1.3 Der Weg zur Justizreform von 1999	7233
2 Der Vorentwurf von 2003	7235
2.1 Expertenkommission	7235
2.2 Leitlinien des Vorentwurfs	7236
2.3 Vernehmlassungsverfahren	7237
2.4 Überarbeitung des Vorentwurfs	7239
3 Der Entwurf des Bundesrates	7239
3.1 Systematischer Überblick	7239
3.2 Kernpunkte des Entwurfs	7241
3.2.1 Grundanliegen	7241
3.2.2 Profil des neuen Zivilprozesses	7245
3.3 Abstimmung auf die andern Verfahrensordnungen des Bundes	7246
3.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	7246
3.4.1 2000 P 00.3270. Vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des Gläubigers (N 6.10.00, Schwaab)	7246
3.4.2 2004 M 02.3035 Teileinigung (Art. 112 ZGB). Verfahrensregelung (N 21.6.03, Janiak)	7247
3.4.3 2001 P 01.3220 Koordination der gerichtlichen Verfahren im Krankheits- und Invaliditätsfall (N 5.10.01, Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR)	7247
4 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht	7248
4.1 Im Allgemeinen	7248
4.2 Gemeinsame Anliegen	7250
4.3 Aussergerichtliche Streitbeilegung und Mediation	7252
4.4 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	7256
5 Erläuterung der einzelnen Bestimmungen	7257
5.1 Gegenstand und Geltungsbereich	7257
5.2 Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand	7259
5.2.1 Sachliche und funktionelle Zuständigkeit	7259
5.2.2 Örtliche Zuständigkeit	7262
5.2.3 Ausstand	7272
5.3 Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen	7274
5.3.1 Verfahrensgrundsätze	7274
5.3.2 Prozessvoraussetzungen	7276
5.4 Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs	7276

5.5 Die Parteien und die Beteiligung Dritter	7279
5.5.1 Partei- und Prozessfähigkeit	7279
5.5.2 Parteivertretung	7279
5.5.3 Streitgenossenschaft	7280
5.5.4 Intervention	7281
5.5.5 Streitverkündung	7283
5.5.6 Parteiwechsel	7286
5.6 Klagen	7287
5.7 Streitwert	7290
5.8 Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege	7292
5.8.1 Prozesskosten	7292
5.8.2 Verteilung und Liquidation der Prozesskosten	7296
5.8.3 Besondere Kostenregelung	7299
5.8.4 Unentgeltliche Rechtspflege	7301
5.9 Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen	7305
5.9.1 Prozessleitung	7305
5.9.2 Formen des prozessualen Handelns	7306
5.9.3 Fristen, Säumnis und Wiederherstellung	7308
5.10 Beweis	7310
5.10.1 Allgemeine Bestimmungen	7311
5.10.2 Mitwirkungspflicht und Verweigerungsrechte	7316
5.10.3 Beweismittel	7320
5.11 Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten	7327
5.12 Einleitung und Ablauf des Zivilprozesses (Überblick)	7327
5.13 Schlichtungsversuch	7328
5.14 Mediation	7335
5.15 Das ordentliche Verfahren	7338
5.16 Das vereinfachte Verfahren	7345
5.17 Das summarische Verfahren	7349
5.18 Besondere Summarverfahren	7351
5.19 Vorsorgliche Massnahmen	7353
5.20 Besondere eherechtliche Verfahren	7358
5.20.1 Angelegenheiten des summarischen Verfahrens	7358
5.20.2 Scheidungsverfahren	7359
5.21 Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten	7366
5.22 Verfahren bei eingetragener Partnerschaft	7369
5.23 Die Rechtsmittel	7369
5.23.1 Die Berufung	7371
5.23.2 Beschwerde	7376
5.23.3 Revision	7379
5.23.4 Erläuterung und Berichtigung	7381
5.24 Vollstreckung	7382
5.24.1 Vollstreckung von Entscheidungen	7382
5.24.2 Vollstreckung öffentlicher Urkunden	7386

5.25 Schiedsgerichtsbarkeit	7391
5.25.1 Vorbemerkungen	7391
5.25.2 Allgemeine Bestimmungen	7393
5.25.3 Schiedsvereinbarung	7394
5.25.4 Bestellung des Schiedsgerichts	7395
5.25.5 Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts	7397
5.25.6 Schiedsverfahren	7398
5.25.7 Schiedsspruch	7401
5.25.8 Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch	7404
5.26 Schlussbestimmungen	7406
5.26.1 Vollzug	7406
5.26.2 Übergangsbestimmungen	7407
5.27 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts	7407
6 Auswirkungen	7410
6.1 Auswirkungen auf den Bund	7410
6.2 Auswirkungen auf die Kantone	7410
6.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	7410
7 Verhältnis zur Legislaturplanung	7411
8 Rechtliche Aspekte	7411
8.1 Verfassungsmässigkeit	7411
8.2 Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen	7411
Schweizerische Zivilprozessordnung (Entwurf)	7413

Botschaft

1 Ausgangslage

1.1 Gründe für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts

Das schweizerische Zivilprozessrecht ist zersplittert

Die Schweiz ist das letzte Land in Europa, das sein Zivilprozessrecht noch nicht vereinheitlicht hat. Jeder Kanton verfährt nach seinen eigenen Regeln. 26 selbstständige kantonale Zivilprozessordnungen mit annähernd 10 000 Gesetzesbestimmungen drängen sich auf engstem Raume, jede in ihrem Geltungsbereich auf das betreffende Kantonsgebiet beschränkt. So ist das Prozessrecht im wahrsten Sinn des Wortes zersplittert (*horizontale Rechtszersplitterung*). Seine verschiedenen Ordnungen zerschneiden zusammenhängende Wirtschafts-, Sprach- und Kulturregionen, was eine effiziente Rechtsdurchsetzung erschwert.

Die Rechtszersplitterung kompliziert den Rechtsalltag

Die Unterschiede der einzelnen Prozessordnungen können im Einzelfall durchaus spürbar und entscheidend sein, unabhängig davon, ob sie Grundfragen oder nur technische Details des Prozessrechts betreffen: Wie ist die Arbeitsteilung zwischen den Parteien und dem Gericht ausgestaltet? Verhält sich das Gericht wie eine Sphinx, die abwartet, was ihr die Parteien vortragen – nach der Parömie: *Da mihi facta, dabo tibi ius?* Oder folgt es einer so genannten «Richterpflicht», die es zu gezielten Fragen anhält? Ist nach der einschlägigen Prozessordnung zunächst ein Gang zum Friedensrichter zu unternehmen? Hat die Friedensrichterin eine Spruchkompetenz oder beschränkt sie sich auf einen blossen Schlichtungsversuch? Ist es möglich bzw. nötig, den Friedensrichter zu überspringen und ohne Umschweife eine schriftliche Klage an das zuständige Gericht einzureichen? In wie vielen Exemplaren? Ist dabei eine ausführliche schriftliche Klagebegründung notwendig? Kann die Klage auch mündlich oder elektronisch eingereicht werden? Sind die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten vorzuschüssen oder ist bloss eine bescheidene Registrierungsgebühr zu bezahlen? Was gilt, wenn eine Frist verpasst wird? Wann und wie oft können Fristen erstreckt werden? Wann und wie wird Beweis geführt? Erfolgt die Beweisabnahme durch das Gesamtgericht – im Sinne des Unmittelbarkeitsprinzips – oder nur durch eine Delegation oder durch einen Instruktionsrichter oder eine Instruktionsrichterin? Bis wann können neue Tatsachen und Beweise vorgebracht werden? Müssen die Parteien persönlich an den Verhandlungen erscheinen oder dürfen sie sich vertreten lassen? Wer darf eine Partei begleiten oder vertreten? Gibt es Gerichtsferien? Kann der erstinstanzliche Entscheid angefochten werden? Bei wem, innert welcher Frist und in welcher Form ist das Rechtsmittel einzulegen? Was darf die Rechtsmittelinstanz überprüfen? Kommt dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zu? Darf sie entzogen werden? Gilt die unentgeltliche Prozessführung für die zweite Instanz automatisch weiter oder muss sie dort neu beantragt werden? Ist es möglich, den Prozess in klaren Fällen abzukürzen, um rascher vollstrecken zu können? Was darf ein Gericht tun, um komplizierte Fälle zu entwirren und Zeit zu gewinnen? Welche Möglichkeiten gibt es, den Konflikt einvernehmlich zu lösen?

Mögen die *dogmatischen Grundlagen* des Zivilprozessrechts für jede der 26 kantonalen Prozessordnungen dieselben sein – im Rechtsalltag hilft dies wenig: Bei der Rechtsdurchsetzung kommt es wesentlich auf die *praktischen Einzelfragen* an, und die kann jede Ordnung ganz anders beantworten. Dazu kommen lokale Gerichts-usancen, die nur Ortsansässige zuverlässig kennen. Daher ist Prozessieren jenseits der eigenen Kantonsgrenzen immer mit Unwägbarkeiten, Mehraufwand und zusätzlichen Risiken verbunden.

Die Rechtszersplitterung behindert die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte

Nicht nur für die Rechtssuchenden selbst, auch für die Anwaltschaft ist die Rechtszersplitterung nachteilig. Sie behindert die effektive *Freizügigkeit* sowohl im nationalen wie im internationalen Verhältnis. Indirekt benachteiligt dies natürlich wiederum die Rechtssuchenden, denn die *freie Wahl* einer anwaltlichen Vertretung wird dadurch faktisch erheblich eingeschränkt. Nicht der vertraute Hausanwalt oder die vertraute Hausanwältin wird die Partei in einen andern Kanton begleiten, sondern es ist – um die Nachteile eines Auswärtsspiels zu vermeiden – mit Vorteil eine ortskundige Vertretung zu beauftragen.

Zersplittertes Recht ist unübersichtlich – für Praxis und Wissenschaft

Zur horizontalen tritt eine *vertikale Rechtszersplitterung* hinzu. Bereits heute gibt es nämlich einen soliden Grundstock von Bundeszivilprozessrecht – trotz bis vor kurzem fehlender Bundeskompetenz. Er besteht zunächst aus *ungeschriebenem Recht*, gewachsen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹. Zum anderen ist er geschriebenes Recht, niedergelegt in vielfältigen und verzettelten Normen des Bundesgesetzgebers². Diese Normen beruhen auf dem wiederum ungeschriebenen (alten) verfassungsrechtlichen Prinzip, wonach der Bund im Zivilprozessrecht so weit legiferieren darf, als es für die Verwirklichung des materiellen Zivilrechts unerlässlich ist³.

Der Bund hat diese Notkompetenz zunehmend in Anspruch genommen, so dass das kantonale Recht heute von einer wachsenden bundesrechtlichen Schicht überlagert wird. Punktuell konnte das Prozessrecht auf diese Weise zwar horizontal vereinheitlicht werden, doch um den Preis einer wachsenden vertikalen Zersplitterung. So ist in der Praxis jeweils abzuklären, ob eine Regel dem Bundesrecht oder dem kantonalen Recht angehört – mit Konsequenzen insbesondere für das zutreffende Rechtsmittel an das Bundesgericht. Akzentuiert wird dieser Dualismus Bundesrecht – kantonales Recht durch das internationale Recht, welches das nationale ebenfalls mehr und mehr überlagert und so eine zusätzliche dritte Rechtsschicht bildet.

Die Rechtszersplitterung setzt die Kantone unter ständigen Anpassungsdruck

Die intensive Tätigkeit des Bundesgesetzgebers und die rasche Entwicklung des internationalen Rechts erfordern ständige und immer raschere Anpassungen der kantonalen Prozessordnungen – für die Kantone ein unergiebiges und sehr aufwän-

¹ Beispiele für dieses sog. ungeschriebene Zivilprozessrecht des Bundes: Materielle Rechtskraft (Bundesgerichtsentscheid 4C.314/2004), Feststellungsklage (BGE 110 II 354 ff.), Sperrwirkung der Rechtshängigkeit (BGE 114 II 183 ff).

² Zu denken ist v.a. an die Bestimmungen zum sog. «sozialen Zivilprozess»: Vorschriften über vereinfachte Verfahren, Untersuchungsmaxime usw.

³ Vgl. das Gutachten von Kurt Eichenberger, ZSR 1969 II 467 ff.

diges Unterfangen. Oft müssen sie gar zu Notverordnungen greifen. Meist setzen die Kantone die bundesrechtlichen und internationalen Vorgaben zudem unterschiedlich um, so dass die vertikale Zersplitterung die horizontale jeweils noch verstärkt.

Das schweizerische Zivilprozessrecht muss vereinheitlicht werden – darüber herrscht heute Einigkeit

Weil uns das Prozessrecht in sämtlichen Lebensbereichen trifft, ist der Bedarf nach Transparenz, Funktionalität und Berechenbarkeit entsprechend hoch. Welche Regeln aber im Einzelfall zur Anwendung kommen, hängt heute oft vom Zufall ab: Der Gerichtsstand bestimmt in der Schweiz nicht nur die örtliche Zuständigkeit des Gerichts, sondern weitgehend auch das anwendbare Prozessrecht. Da im Einzelfall mehrere Foren offen stehen können, nähert sich die Bestimmung des am Ende einschlägigen Verfahrensrechts der Lotterie. So muss jede Person, die in der Romandie wohnt, immer damit rechnen, vor ein Gericht im fernsten Winkel der Deutschschweiz zitiert und dann nach den Regeln der dortigen Prozessordnung beurteilt zu werden – und umgekehrt. Zur fremden Sprache gesellen sich fremde Spielregeln: Beide sind nicht zu unterschätzende Hindernisse auf dem Rechtsweg.

Die Anliegen der Rechtssicherheit, der Praktikabilität, der effizienten Rechtsdurchsetzung, der Transparenz und nicht zuletzt die demokratische Vernunft haben daher zum allgemeinen Konsens geführt, dass die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts nun mit aller Kraft voranzutreiben sei. Am 12. März 2000 erteilten Volk und Stände dem Bund mit überwältigendem Mehr den entsprechenden Verfassungsauftrag⁴. Artikel 122 der neuen Bundesverfassung vom 8. Oktober 1999 erklärt den Bund für das Zivilprozessrecht zuständig.

1.2 Ziele der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts

Schaffung einheitlichen Rechts und möglichst effizienter Verfahren

Die Frage, *ob* das Prozessrecht zu vereinheitlichen ist, steht nicht mehr zur Diskussion. Vielmehr geht es jetzt um das *Wie* – und hier beginnt die Diskussion um eine möglichst effiziente Gestaltung der Verfahren.

Dass bereits die Vereinheitlichung selbst ganz Entscheidendes zur Effizienzsteigerung beitragen kann, liegt auf der Hand: Der Zugang zum Recht wird vereinfacht, was den Rechtsalltag erleichtern wird. Der *praktische Nutzen* einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung ist daher unbestritten. Jedoch ist einheitliches Recht für sich allein noch kein Garant für gutes und effizientes Recht. Sonst müssten sich unsere europäischen Nachbarn, deren Prozessrecht ja längst vereinheitlicht ist, nicht mindestens ebenso intensiv um Verfahrenseffizienz bemühen.

Wer Recht hat, soll auch Recht bekommen

Diese einfache Grundforderung richtet sich an jede Prozessordnung. Das kommt nicht von ungefähr, denn die Qualität eines Rechtsstaates wird vor allem an der Qualität seiner Rechtspflege gemessen. Prozessrecht ist dienendes Recht: Es soll das materielle Recht verwirklichen und durchsetzen. Doch so lapidar diese Forderung auch klingen mag: Die Verfahrenspraxis scheint – und dies nicht erst heute – eine

⁴ Insbesondere haben alle Kantone zugestimmt, vgl. BBl 2000 2990.

ganz andere Sprache zu sprechen. Denn sehr rasch ist Kritik zur Hand, wenn nach den Kernproblemen des Prozessrechts gefragt wird. Beklagt werden vor allem die mit einem Prozess verbundenen *Kosten*, die oft als schleppend empfundene *Verfahrensdauer*, die *Überlastung* und teilweise *Überforderung* der Gerichte, die deswegen *mangelhafte Qualität* der Urteile und der sprichwörtliche *Formalismus*. Oder auf eine einfache Formel gebracht: Aufwand und Ertrag eines Prozesses würden nicht selten in keinem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Den Verfahren ermangele es an Effizienz. Oft ist sogar – vor allem kostenseitig – von einer *Rechtswegbarriere* die Rede.

Obwohl solche Vorwürfe an die Justiz gängig sind: In ihrer Pauschalität treffen sie kaum zu. Daran vermögen auch medienwirksame Extrembeispiele nichts zu ändern, denn sie sind für den Rechtsalltag in der Schweiz nicht repräsentativ. Trotz zunehmender Belastung funktionieren unsere Gerichte grundsätzlich gut – gerade auch im Vergleich mit der Situation im benachbarten Europa. Dennoch: Es ist eine gewisse *Justizverdrossenheit* feststellbar, die jedoch nicht auf den Zivilprozess beschränkt ist. Strafverfahren und Verwaltungsjustiz sind gleichermaßen angesprochen.

Freilich steht die geäußerte Kritik in seltsamem Kontrast zu der gleichzeitig wachsenden allgemeinen *Justizgläubigkeit*. Die Zuständigkeit der Gerichte wird immer mehr ausgeweitet – die Justiz ist omnipräsent: Sie betrifft Markt und Wirtschaft genauso wie das Privat- und Familienleben. Die Gerichte hüten den Familienfrieden, sie beenden Ehen und Partnerschaften, sie prüfen die Verantwortlichkeiten nach Unfällen, gescheiterten Unternehmensstrategien und bei Baumängeln, sie wachen über den freien Markt, sie definieren das schützbares Kunstwerk, sie teilen Erbschaften, sie beurteilen Fusionen, sie bestimmen die Sanierungschance von Unternehmen – kurzum: Sie schützen und wägen alle denkbaren vermögenswerten und ideellen Interessen. Dabei sehen sie sich zunehmend mit komplexen Sachverhalten und Rechtsfragen konfrontiert, die viel Zeit, Ressourcen und teilweise hoch spezialisiertes Wissen erfordern. Die Leistungsfähigkeit der Justiz kommt – wie die Leistungsfähigkeit des Staates ganz allgemein – an ihre *Grenzen*, was den Rechtsunterworfenen natürlich nicht verborgen bleibt.

Daher erstaunt nicht, dass die Diskussion über *Rolle und Effizienz der Justiz* immer intensiver geführt wird – nicht nur in der Schweiz. Vielmehr handelt es sich um ein Thema, dem heute kein Rechtsstaat mehr ausweichen kann. In der Tat beschäftigen sich EU, Europarat und auch unsere Nachbarstaaten seit Jahren mit Justizreformen (dazu unten Ziff. 4)⁵. Und mehr und mehr setzt sich dabei die Erkenntnis durch: Die *Ressourcen der Justiz* sind ein kostbares Gut – entsprechend ökonomisch sind sie einzusetzen.

Was ist ein effizientes Verfahren?

Je nach Blickwinkel stehen andere Kriterien im Vordergrund, so dass sich die Frage stellt, welches denn das Entscheidende sein soll: Ist es der Faktor *Organisation* der Gerichte? Oder ist die *Arbeitsverteilung* innerhalb eines Gerichts, zwischen verschiedenen gleichstufigen Gerichten und schliesslich noch zwischen den Instanzen angesprochen? Geht es um den Faktor *Zeit* und damit um eine möglichst rasche Erledigung des Streitiges? Ist es der Faktor *Geld*, der nach einem möglichst günstigen Verfahren ruft? Sind es die Faktoren *Gerechtigkeit* und *Verfahrensqualität*, oder mit

⁵ Thomas Sutter-Somm, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, ZZZ 2005 Heft 5, S. 3 ff.

andern Worten: Geht es um eine möglichst gründliche Erforschung der materiellen Wahrheit – verbunden mit einem materiell gerechten Entscheid? Oder genießt der Faktor *Rechtsstaat* und damit eine ausgebauter Kontrolle der gerichtlichen Tätigkeit (Instanzenzug) Priorität? Soll der Faktor *Rechtsschutz* und damit ein möglichst direkter und einfacher Zugang zum Gericht leitend sein? Oder soll der Faktor *Wesentlichkeit* obenaus schwingen, mithin eine Entlastung der Gerichte von sachfremden Aufgaben angestrebt werden?

Zielkonflikte verlangen Wertentscheidungen und Kompromisslösungen

Diesen Kernfragen liegen handfeste Zielkonflikte zu Grunde. Wird der Akzent auf *Wesentlichkeit* gelegt, wird sofort ein *Abbau des Rechtsschutzes* befürchtet, denn *Wesentlichkeit* kann wohl nur durch Zulassungsbeschränkungen erreicht werden (z.B. mit Streitwertgrenzen für den Rechtsmittelzug). Die politische Auseinandersetzung um die Streitwertgrenzen vor Bundesgericht nach dem neuen *Bundesgerichtsgesetz* hat diesen Konflikt mit aller Deutlichkeit aufgezeigt.

Ist andererseits eine möglichst *kurze Verfahrensdauer* das Ziel, so ist sehr schnell von «Erledigungs- und Discountjustiz» die Rede, vor allem wenn das konkrete Ergebnis dann im Einzelfall nicht befriedigt. Gerät ein Verfahren zu *laienfreundlich*, fürchten die Gerichte Überlastung mit entsprechenden Kostenfolgen für die Allgemeinheit. Ähnliches wird vorgebracht, wenn die Verfahren zu *günstig* sind (wegen niedriger Tarife oder gar wegen Unentgeltlichkeit). Günstige Verfahren gelten zudem hartnäckig als Anreiz für die Streitlust, obwohl sich das statistisch kaum belegen lässt. Ein *ausgebauter Instanzenzug* oder ein *offenes Novenrecht* – entscheidende Instrumente für die Suche nach der materiellen Wahrheit – werden postwendend als Einladungen zu Trölererei und unsorgfältigem Prozessieren interpretiert.

Über die Stichhaltigkeit solcher Argumente lässt sich immer streiten. Allein die praktische Erfahrung zeigt: Jedes ist Vorurteil und Wahrheit zugleich – sie sind ambivalent. Doch zeigen sie, dass bei der Vereinheitlichung des Prozessrechts schwierige *Wertentscheidungen* zu treffen sind. Verfahrensrecht ist somit keineswegs «neutrales» Recht, wie das herkömmlicherweise angenommen wird. Die Schaffung einer einheitlichen Zivilprozessordnung darf mithin keinesfalls auf eine harmlose Fleissarbeit reduziert werden, bei der es lediglich darum ginge, aus den unzähligen kantonalen Steinen ein gefälliges Gesamtbild zusammenzustellen. Verfahrenseffizienz ist nicht nur ein gerne zitierter, sondern auch ein sehr *umstrittener und strapazierter Begriff*.

Zweifellos liegt ein Hauptspannungsfeld zwischen den *Interessen der Gerichte* einerseits und jenen der *Parteien* andererseits: Diese erwarten preiswerte und zeitgerechte Leistungen (Rechtsschutz), jene rufen infolge knapper Ressourcen nach Entlastung. Doch auch die Erwartungen der sich *gegenüberstehenden Parteien* sind nicht gleichgerichtet. Die eine Seite wünscht sich einen schlanken, schnellen Angriff, die andere hingegen eine solide Abwehr. Solche Spannungsfelder können weder durch einheitliches noch «effizientes» Recht aufgelöst werden. Sie sind jedoch offen zu legen und zur Kenntnis zu nehmen, und es ist – pragmatisch wertend – nach Kompromissen zu suchen.

Die kantonale Tradition – Chance und Verpflichtung zugleich

Trotz Rechtszersplitterung weist das schweizerische Prozessrecht eine *sehr hohe Qualität* auf. Dem vermag auch die allgemeine Diskussion über die Verfahrenseffizienz keinen Abbruch zu tun. Zudem ist unser Prozessrecht in anerkannten und

bewährten *Kommentaren* wissenschaftlich erfasst und für die Praxis erklärt. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung hat keineswegs an den Kantonsgrenzen Halt gemacht. Vielmehr trug sie ganz entscheidend zur *gegenseitigen Beeinflussung und zur Angleichung* der kantonalen Regelungen bei. Ohne diesen Beitrag wären eine Kodifikation und Konsolidierung des Prozessrechts heute kaum möglich – zumindest nicht in diesem zügigen Tempo.

Der kantonale Boden ist daher vorbereitet für die neue Saat; der Bundesgesetzgeber kann aus einem wahren Fundus kantonaler Modelle, Instrumente und Erfahrung schöpfen. Es wäre eine unverzeihliche Verschwendung, losgelöst von dieser reichen Tradition ein neues und künstliches Prozessrecht erfinden zu wollen. Der kantonale Grund muss unbedingt das *Fundament* der neuen Prozessordnung sein: Zum einen, um dem neuen Gebäude die nötige Sicherheit und Stabilität zu geben, und zum andern, um den Kantonen und der Praxis einen unnötigen prozessrechtlichen Kulturschock zu ersparen.

Die neue ZPO – vertraut, innovativ und zukunftsgerichtet

Die Wertschätzung der kantonalen Tradition redet keineswegs einer unkritischen Konservierung das Wort. Vielmehr wird das einheitliche Recht auch die neueren – auch internationalen – Entwicklungen des Prozessrechts berücksichtigen (unten Ziff. 2.2 und Ziff. 4). Für eigentliche Systemwechsel jedoch besteht keine Notwendigkeit. In Bezug auf Institute, welche hierzulande nicht bekannt sind, ist Zurückhaltung geboten. Zu nennen ist etwa die sog. Sammelklage des angloamerikanischen Rechts, deren praktischer Nutzen höchst umstritten ist (vgl. die Erläuterungen zu Art. 69 und 87).

Indessen besteht für wünschbare *Innovation* durchaus Raum, so z.B. für eine verstärkte Verknüpfung des Prozesses mit aussergerichtlichen Möglichkeiten der Streitbeilegung (*Schlichtung und Mediation*). Auch neuen Instituten ist der Weg nicht verschlossen (vgl. die sog. *vollstreckbare öffentliche Urkunde* als Form beschleunigten Rechtsschutzes). Solche Neuerungen sind mit unserem System und Rechtsempfinden vereinbar, entsprechen zudem einem praktischen Bedürfnis und können sowohl für die Gerichte als auch für die Parteien entlastend wirken.

1.3 Der Weg zur Justizreform von 1999

Einheitliches Prozessrecht – ein historisches Traktandum der Schweiz

Das Postulat eines einheitlichen Prozessrechts für die ganze Schweiz ist noch älter als der Bundesstaat selbst, doch war der Weg zum heutigen Konsens lange und beschwerlich. So wurde ein erster – allerdings erfolgloser – Versuch zur Vereinheitlichung bereits in der *Helvetik* (1798–1803) unternommen. Auch nach der *Verfassung von 1848* blieb das Zivil- und Zivilprozessrecht eine klare Domäne der Kantone. Doch im Jahre 1868 erhob sich die Forderung nach einer schweizerischen Rechtseinheit erneut – es galt das Schlagwort: «Ein Recht und eine Armee.»⁶

⁶ Thomas Sutter, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, S. 4.

Die *Verfassungsrevision von 1872* sah denn auch eine integrale Bundeskompetenz für das Zivil- und Zivilprozessrecht vor; sie wurde jedoch von Volk und Ständen klar abgelehnt. Mit der *Verfassungsrevision von 1874* wurden dem Bund dann immerhin Teilkompetenzen im materiellen Zivilrecht übertragen; im Verfahrensrecht brachte sie die Grundlage zur Vereinheitlichung des *Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*. So konnte am 1. Januar 1892 das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG; SR 281.1) in Kraft treten. Ungeachtet seines Alters – es ist die älteste bundesweite Verfahrensordnung der Schweiz – prägt es nach wie vor den schweizerischen Rechtsalltag. Das SchKG stellte zudem die ersten konkreten Vorgaben für den kantonalen Zivilprozess auf (vgl. Art. 25 SchKG). Insofern war es fast eine Art Spatenstich zur Prozessrechtsvereinheitlichung.

Erst die *Verfassungsrevision von 1898* ermächtigte den Bund, im gesamten materiellen Zivilrecht zu legiferieren. Das Zivilprozessrecht hingegen blieb bis heute Sache des kantonalen Rechts – nach der inzwischen historischen Formel: «Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen» (Art. 64 Abs. 3 altBV bzw. Art. 122 BV vom 18. April 1999).

Diese verfassungsrechtliche Kompetenzordnung führte zu einer in Europa einmaligen Situation: Das materielle Zivilrecht und das Zwangsvollstreckungsrecht (zumindest was die Geldforderungen sowie die Generalexécution betrifft) sind einheitlich bundesrechtlich geregelt, das Prozess- und Organisationsrecht hingegen ist kantonales Recht geblieben. Das gilt so seit über hundert Jahren.

Die grosse Justizreform von 1999 gibt grünes Licht

Trotz des eindeutigen verfassungsrechtlichen Verdikts verstummte die Diskussion über die Vereinheitlichung des Prozessrechts jedoch nie⁷. Entscheidenden Auftrieb erhielten die Bestrebungen freilich erst in den späten Achtziger- und frühen Neunzigerjahren. So trat im Jahr 1989 das *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (IPRG; SR 291) in Kraft; und im Jahr 1992 folgte ihm das *Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen* (LugÜ; SR 0.275.11). Mit der raschen Entwicklung des internationalen Zivilprozessrechts wuchs die Einsicht, dass die Rechtszersplitterung die Bewohnerinnen und Bewohner der Schweiz erheblich benachteiligt.

Daher wurde bei der Schaffung der *neuen Bundesverfassung* vom 18. April 1999 die Gelegenheit ergriffen, die Kompetenzen im Prozessrecht neu zu verteilen: Zunächst erhielt der Bund die Befugnis, das Recht der örtlichen Zuständigkeit zu vereinheitlichen (Art. 30 Abs. 2 BV). Gestützt darauf trat am 1. Januar 2001 das *Gerichtstandsgesetz* (GestG; SR 272) in Kraft⁸. Zunächst ein bescheidenes Folgeprodukt des Lugano-Übereinkommens, kann es heute als das erste Kapitel einer gesamtschweizerischen Prozessordnung betrachtet werden.

Die *Justizreform vom 8. Oktober 1999* schliesslich legte die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts vollends in die Hände des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV). Damit fand eine jahrhundertlange, nicht selten leidenschaftliche Diskussion ihr

⁷ Vgl. Thomas Sutter, a.a.O. S. 55 ff.

⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 18. November 1998, BBl 1999 2829 ff.

Ende. Neben der Neuordnung der *Bundesrechtspflege*⁹, die das Verfahren vor dem Bundesgericht betrifft, und der Vereinheitlichung des *Strafprozessrechts*¹⁰ wird die einheitliche Zivilprozessordnung die dritte tragende Säule der neuen schweizerischen Justizverfassung sein.

2 Der Vorentwurf von 2003

2.1 Expertenkommission

Im April 1999 gab Bundesrat Arnold Koller einer Expertenkommission den Auftrag, einen Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Zivilprozessordnung zu erarbeiten. Die Expertenkommission war zusammengesetzt aus Vertreterinnen und Vertretern kantonaler Gerichte, des Bundesgerichts, der Anwaltschaft sowie aus Wissenschaft und Verwaltung.

Ihr gehörten an: Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Basel (Präsident), Dr. Christine Baltzer-Bader, Präsidentin des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, Fürsprecher, Bern, avv. Bruno Cocchi, Oberrichter, Lugano, Fürsprecher Dominik Gasser, Bundesamt für Justiz, Bern, Prof. Dr. Jacques Haldy, avocat, Lausanne, Prof. Dr. Franz Hasenböhler, Basel, av. Dominique Henchoz, Genf, Prof. Dr. Fabienne Hohl, Bundesrichterin, Lausanne, Dr. Sabine Kofmel Ehrenzeller, St. Gallen, Prof. Dr. Christoph Leuenberger, Präsident des Handelsgerichts, St. Gallen, Niccolò Raselli, Bundesrichter, Lausanne, Viktor Rüegg, Rechtsanwalt, Luzern, Prof. Dr. Henri-Robert Schüpbach, Neuenburg, Dr. Vital Schwander, Präsident des Kantonsgerichts, Schwyz, Prof. Dr. Karl Spühler, a. Bundesrichter, Zürich.

Für komplexe Teilbereiche des Prozessrechts setzte die Expertenkommission *Subkommissionen* ein: So für die Schiedsgerichtsbarkeit¹¹, die Vollstreckung¹² und das Immaterialgüterrecht¹³. Ferner bildete sie die *Arbeitsgruppe Redaktion*¹⁴. Deren Aufgabe bestand darin, die Ergebnisse der kontrovers geführten Diskussionen jeweils in Normtexte zu giessen und dem Plenum der Kommission anschliessend zu weiteren Lesungen vorzulegen.

⁹ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl **2001** 4202 ff.

¹⁰ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl **2006** 1085 ff.

¹¹ Mitglieder: Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm (Leitung), Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, avv. Bruno Cocchi, av. Dominique Henchoz, Dr. Alexander Markus, Bundesamt für Justiz. Als externe Experten wurden beigezogen: Prof. Dr. Franz Kellerhals, Bern, Prof. Dr. Jean-Francois Poudret, Lausanne, Prof. Dr. Gerhard Walter, Bern, Dr. Daniel Wehrli, Zürich.

¹² Mitglieder: Fürsprecher Dominik Gasser (Leitung), Dr. Christine Baltzer-Bader, Dr. Sabine Kofmel Ehrenzeller, Prof. Dr. Henri-Robert Schüpbach, Prof. Dr. Karl Spühler. Als externe Experten wurden beigezogen Dr. Edgar Wettstein, Präsident am Bezirksgericht Zürich, Prof. Dr. Peter Ruf, Langenthal, Jürg Schmid, Notariatsinspektor Zürich.

¹³ Mitglieder: Prof. Dr. Eugen Marbach, Bern, Dr. Lucas David, Zürich.

¹⁴ Mitglieder: Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Fürsprecher Dominik Gasser, Prof. Dr. Franz Hasenböhler, Prof. Dr. Christoph Leuenberger, Prof. Dr. Henri-Robert Schüpbach, Prof. Dr. Karl Spühler.

An der Schlussabstimmung vom 1. Februar 2002 wurde der Vorentwurf bei einer Stimmenthaltung und einer Gegenstimme angenommen und – nach einer verwaltungsinternen redaktionellen Überarbeitung – dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement im Oktober 2002 abgeliefert¹⁵.

2.2 Leitlinien des Vorentwurfs

Dem Vorentwurf lagen folgende Leitlinien zu Grunde¹⁶:

Vereinheitlichung durch Kodifikation

Die Vereinheitlichung des Prozessrechts ist durch eine bundesrechtliche *Kodifikation* zu erzielen – ein blosses *Rahmengesetz* wäre auch aus praktischen Gründen unbefriedigend. Dem Kodifikationsprinzip entspricht, auch die nationale Schiedsgerichtsbarkeit in der ZPO zu regeln.

Anknüpfung an die kantonale Tradition

Die künftige Zivilprozessordnung soll die kantonale Tradition weiterführen. Sie soll den gemeinsamen *acquis cantonal* abbilden, ohne indessen eine bestimmte kantonale ZPO zum Vorbild zu haben. Somit ist bei der Kodifikation *rechtsvergleichend* vorzugehen, unter Berücksichtigung der 26 kantonalen Prozessordnungen, des gewachsenen Zivilprozessrechts des Bundes und des dynamischen Einflusses des internationalen Rechts.

Mut zur Lücke oder: Ein Prozessrecht für die Praxis

Zur kantonalen und schweizerischen Tradition gehört der Mut zur Lücke. Überreglementierung, Langatmigkeit und erschöpfender Perfektionismus sind unbedingt zu vermeiden. Die künftige Zivilprozessordnung muss auf die Bedürfnisse der Praxis und auf die Verwirklichung des materiellen Rechts zugeschnitten sein: Von mehreren Varianten ist wenn immer möglich die einfachste zu wählen. System und Sprache haben einfach und verständlich zu sein. Das Regelwerk muss der Praxis den nötigen Spielraum geben, den Einzelfall effizient und sachgerecht abzuwickeln. Auch der Fortbildung des Rechts ist Raum zu geben.

Ein Prozessrecht für die Wirklichkeit

Den Realien der Gesetzgebung ist hohe Beachtung zu schenken. Im Vordergrund stehen die *Kosten* der Justiz für das Gemeinwesen und für die Rechtssuchenden sowie die heutige *Überlastung* der Gerichte. Die Vereinheitlichung des Prozessrechts soll keine weiteren Kosten verursachen und die Belastung der Gerichte nicht erhöhen (vgl. auch unten 2.3).

¹⁵ Vorentwurf und Begleitbericht der Expertenkommission können vom Internet heruntergeladen werden: www.bj.admin.ch.

¹⁶ Bericht zum Vorentwurf, S. 10 ff. Auf die konkreten Vorschläge der Expertenkommission wird jeweils bei den Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen eingegangen, zum einen um Wiederholungen zu vermeiden, zum andern um die Entwicklung des Entwurfs transparent darzustellen.

Ein «soziales» Prozessrecht

Auf dem Gebiet des sozialen Privatrechts (v.a. Familie, Arbeit, Miete und Pacht, Konsumenten) muss der Rechtsschutz besonders bürgernah, die Verfahren entsprechend einfach und kostengünstig sein.

Die kantonale Gerichtsorganisation ist grundsätzlich nicht anzutasten

Die künftige ZPO vereinheitlicht das Verfahren, nicht aber Gerichtsverfassung und Gerichtsorganisation der Kantone. Sie verfolgt somit kein zentralistisches Konzept, sondern lässt den Kantonen diesbezüglich Autonomie.

In die kantonale Organisation ist somit nur einzugreifen, wo es zur Vereinheitlichung des Verfahrens unumgänglich ist (z.B. bei der Frage der Anzahl Instanzen und der Parität einzelner Schlichtungsstellen). Die Bundesverfassung sieht solche bundesrechtlichen Eingriffe ausdrücklich vor (Art. 122 Abs. 2 BV).

Ein möglichst gleich langer Weg für alle Kantone

Jeder Kanton soll sich in der neuen ZPO in etwa gleicher Masse wieder erkennen können. Deshalb ist nach Kompromissen zu suchen, wo in Kernbereichen erhebliche kantonale Unterschiede bestehen (etwa bei der Frage eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens, der Strenge der Eventualmaxime und des Novenrechts).

Abstimmung mit dem übrigen Bundesrecht

Von zentraler Bedeutung ist die Abstimmung der neuen ZPO mit der übrigen Bundesgesetzgebung. Dazu gehört zunächst das *materielle Zivilrecht* (ZGB, OR, das Immaterialgüterrecht und andere Spezialgesetze). Das materielle Recht ist vom Prozessrecht möglichst zu befreien; dieses soll – nach dem Kodifikationsprinzip – grundsätzlich in die ZPO überführt werden. Abzustimmen ist die künftige ZPO jedoch auch mit den anderen – alten und neuen – *Verfahrensordnungen* des Bundes (SchKG, BGG, StPO). Das *Gerichtsstandsgesetz* wird in die Prozessordnung integriert. Die Reflexwirkung der ZPO auf das übrige Bundesrecht ist erheblich (vgl. den Anhang zum Entwurf).

2.3 Vernehmlassungsverfahren

Das Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf fand vom Juni bis Dezember 2003 statt. Eingeladen waren sämtliche Kantone, die politischen Parteien, das Bundesgericht sowie eine grosse Zahl interessierter Organisationen¹⁷.

Grundsätzliche Zustimmung

Das Bedürfnis nach Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts wurde eindrücklich bestätigt. Betont wurde die eminente Bedeutung einheitlichen Rechts für den *Wirtschaftsraum* Schweiz. Grossmehrheitlich wurde die Vorlage der Expertenkommission als sorgfältiges, ausgewogenes und ausgereiftes Werk bezeichnet. Breite Anerkennung fanden auch die *formalen Aspekte* des Vorentwurfs, seine prägnante Sprache, der systematische Aufbau sowie die Knappheit der Normen. Nur vereinzelt

¹⁷ Die Stellungnahmen können im Originaltext vom Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

wurden ausführlichere Regelungen verlangt, insbesondere in Bezug auf den konkreten *Ablauf des Prozesses* (v.a. des vereinfachten Verfahrens). Angesichts dieses positiven Ergebnisses erteilte der Bundesrat dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement im September 2004 den Auftrag, eine Botschaft auszuarbeiten.

Hauptanliegen der Kantone: Keine Mehrkosten!

Wie ein roter Faden zieht sich die Sorge der Kantone über allfällige Mehrkosten für die Justiz durch die Stellungnahmen. Die *Kostenneutralität* der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ist ein ganz vitales Anliegen der Kantone. Im Bereich des Kostenrechts besteht eine wohl ebenso grosse kantonale Sensibilität wie bei der Gerichtsorganisation. Mit gutem Grund, denn es sind die Kantone, welche die ungedeckten Kosten der Justiz zu tragen haben. Sodann sind die Verhältnisse von Kanton zu Kanton zu unterschiedlich, um schon heute einheitliche Bundestarife zu rechtfertigen. Entsprechend wurde die Variante des Vorentwurfs, wonach der Bund einheitliche *Kostentarife* erlassen solle, grossmehrheitlich abgelehnt (Art. 86 Abs. 4 VE). Kaum Unterstützung fand auch die vorgeschlagene Überbindung des *Inkassorisikos* betreffend Prozesskosten auf den Kanton (Art. 101 VE).

Im Hinblick auf befürchtete Mehrkosten hatte auch das Anliegen eines «sozialen Zivilprozesses» keinen leichten Stand. Mehrheitlich abgelehnt wurde eine Ausdehnung der *kostenlosen Verfahren*. Auch der vorgeschlagene massvolle Ausbau der *unentgeltlichen Prozessführung* war kontrovers: Zwar begrüsst die Kantone die Möglichkeit, den unentgeltlichen Rechtsbeistand bereits im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens einzusetzen (was zum Teil schon heutiger Praxis entspricht); die vorgeschlagene Entschädigung zum vollen Tarif wurde jedoch von allen Kantonen klar abgelehnt. Unter dem Kostenaspekt wurde auch die Pflicht zur schriftlichen *Urteilsbegründung* verworfen.

Vielfältige Detailkritik

Die grundsätzliche Zustimmung war begleitet von umfangreicher und konstruktiver Detailkritik. Allgemein war das Anliegen spürbar, den Ablauf der Verfahren so *einfach wie nur möglich* zu halten. Manche Teilnehmer befürchteten eine Komplikation der Prozesse, vor allem wegen des vorgeschalteten *Schlichtungsversuchs* und der vorherrschenden *Schriftlichkeit* zumindest im ordentlichen Verfahren. Der beschleunigenden und vereinfachenden *Mündlichkeit* sei mehr Raum zu geben. Die Verfahrensbeteiligten – seien es die Gerichte selbst oder die Parteien – müssten genügend *Spielraum* haben, um den Prozess dem Einzelfall anzupassen.

Das Anliegen beförderlicher Erledigung der Prozesse war unbestritten. Vor allzu rigoroser und einseitiger *Strenge gegenüber den Parteien* wurde jedoch gewarnt, denn lange und verzweigte Prozesse hätten ihre Ursache durchaus nicht immer in trölerischem Verhalten. Das Gebot ökonomischer Abwicklung eines Verfahrens habe vielmehr alle Beteiligten gleichermassen in die Pflicht zu nehmen – auch die Gerichte. So seien für die Erstreckung oder Wiederherstellung von Fristen, für das Novenrecht sowie auch für das zeitliche Regime im Rechtsmittelzug nicht um jeden Preis strenge, sondern ausgewogene Lösungen zu treffen.

Mehrheitlich kritisiert wurde sodann das vorgesehene Paritätserfordernis für die *Schlichtungsbehörde* - es sei zu schwerfällig und zu kostspielig, namentlich was die arbeitsrechtlichen Angelegenheiten betrifft: In der Tat bestehen spezialisierte und paritätische Arbeitsgerichte in den Kantonen bei weitem nicht flächendeckend. Auch die blosser Übernahme der geltenden bundesrechtlichen Bestimmungen zum *Schei-*

ungsverfahren in die ZPO wurde kritisiert, denn Art und Ablauf des anwendbaren Verfahrens trete dadurch zuwenig klar hervor.

Kontrovers beurteilt wurde auch die Einführung einer besonderen *vollstreckbaren öffentlichen Urkunde*. In Bezug auf die *Schiedsgerichtsbarkeit* erging die Forderung nach stärkerer Angleichung an das internationale Schiedswesen; teilweise wurde sogar einem *Code unique* das Wort geredet (danach sollen für das nationale und internationale Schiedswesen dieselben Regeln gelten). Begrüsst wurde beim *Rechtssystem* der Verzicht auf eine Einheitsbeschwerde nach der Art des neuen Bundesgerichtsgesetzes. Hingegen stiess das Nebeneinander zweier ordentlicher Rechtsmittel – Appellation und Rekurs – auf Kritik: Es wurde als zu kompliziert empfunden. Deutliche Kritik erhielt auch der Vorschlag, Entscheide eines *Handelsgerichtes* innerkantonal anfechten zu können, denn dies werte die Handelsgerichte ab.

2.4 Überarbeitung des Vorentwurfs

Bei der Überarbeitung des Vorentwurfs war der umfangreichen Detailkritik Rechnung zu tragen (vgl. jeweils bei den Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen). Das federführende Bundesamt für Justiz pflegte dabei einen *offenen Meinungs Austausch* mit den ehemaligen Experten und Expertinnen sowie mit interessierten Dritten und Organisationen. Sie alle waren jederzeit willkommen, ihre Argumente vorzubringen. So wurden etwa bei der Überarbeitung des Scheidungsverfahrens zahlreiche Hearings mit Praktikerinnen und Praktikern durchgeführt¹⁸. Auch mit den Organisationen der Friedensrichterinnen und Friedensrichter, der Mediatoren und Mediatorinnen der Anwaltschaft fanden Gespräche statt.

Die Überarbeitung diene der Feineinstellung des neuen Regelwerkes – angesichts der Fülle von Vorschlägen kein einfaches Unterfangen¹⁹. Es galt, die unbestrittene Prägnanz und Praxisnähe des Vorentwurfes zu bewahren und nicht in unnötigen Perfektionismus zu verfallen.

3 Der Entwurf des Bundesrates

3.1 Systematischer Überblick

Der Entwurf folgt – wie schon der Vorentwurf – dem klassischen Aufbau einer kantonalen Zivilprozessordnung. Diese Systematik ist vertraut und hat sich in der Praxis bewährt. Die Schweizerische ZPO gliedert sich in vier Teile, wobei der erste und der zweite Teil das Herzstück des neuen Kodexes sind.

¹⁸ Angehört wurden: Daniel Bähler, Gerichtspräsident in Thun, Annette Dolge, Präsidentin des Kantonsgerichts Schaffhausen, Myriam Grütter, Gerichtspräsidentin in Bern, Barbara Merz, Obergerichtsschreiberin am Obergericht des Kantons Thurgau, Thomas Sutter-Somm, Universität Basel, Rolf Vetterli, Kantonsrichter, St. Gallen, Christine Baltzer, Kantonsrichterin Basel-Landschaft, Vincenzo Amberg, Fürsprecher in Bern.

¹⁹ Die Zusammenstellung der Vernehmlassungen umfasst mehr als 900 Seiten.

Allgemeine Bestimmungen

Der umfangreiche erste Teil des Entwurfs – er macht rund die Hälfte der ganzen ZPO aus – ist dem allgemeinen Prozessrecht gewidmet. Als «Allgemeiner Teil» enthält er Regeln, die grundsätzlich für alle Verfahren gleichermaßen gelten. So definiert er den *Geltungsbereich* der ZPO, regelt die *örtliche Zuständigkeit* der Gerichte (durch Einbau des Gerichtsstandsgesetzes) und befasst sich mit den Protagonisten des Prozesses: Umschrieben werden die Aufgaben der *Gerichte* sowie die Rechte und Pflichten der *Parteien* (Parteilehre).

Im Allgemeinen Teil werden zudem die sog. *Verfahrensgrundsätze* niedergelegt, darunter insbesondere jene, die dem Zivilprozessrecht sein typisches Gesicht geben, die Verhandlungs- und die Dispositionsmaxime (Art. 54 und 57). Auch die *Prozessvoraussetzungen*, die *Rechtshängigkeit* und ihre Wirkungen, die prozessualen *Formen*, *Zeitbestimmungen* sowie das *Kostenrecht* finden sich in diesem ersten Teil.

Von grundlegender Bedeutung ist schliesslich das *Beweisrecht*. Der Entwurf geht dabei – wie schon der Vorentwurf – vom klassischen *Numerus clausus* der Beweismittel aus. Durch weite Umschreibungen werden jedoch alle relevanten Erkenntnisquellen erschlossen und der technischen Entwicklung Rechnung getragen.

Besondere Bestimmungen

Der zweite Teil des Entwurfes kann als «Besonderer Teil» bezeichnet werden. Er regelt – auch hier dem traditionellen Aufbau einer kantonalen ZPO folgend – den *Ablauf eines Zivilprozesses* im Einzelnen. Dabei werden – materiengerecht – *unterschiedliche Verfahrensarten* zur Verfügung gestellt. Im besonderen Teil findet sich jedoch nicht nur das erstinstanzliche Verfahren, sondern es werden auch die verschiedenen *Rechtsmittel* und die *Vollstreckung* geregelt.

Auch die vorgerichtliche bzw. aussergerichtliche Streitbeilegung ist Gegenstand dieses zweiten Teiles (*Schlichtungsversuch*, *Mediation*). Definiert werden Funktion und Verhältnis dieser dem eigentlichen Prozess meist vorgelagerten Verfahren.

Schiedsgerichtsbarkeit

Der dritte Teil der ZPO verlässt den Boden staatlicher Gerichtsbarkeit. Anknüpfend an das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit²⁰ regelt er die sog. Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Darunter werden die rein *innerschweizerischen* Schiedsfälle verstanden – dies in Abgrenzung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach internationalem Privatrecht (vgl. Art. 176 ff. IPRG).

Schlussbestimmungen

Der vierte und letzte Teil befasst sich mit dem *Übergangsrecht* sowie mit den üblichen *Schlussbestimmungen*. Und er eröffnet einen Blick in die Zukunft: Das Prozessrecht ist stark in Entwicklung begriffen, nicht zuletzt wegen der elektronischen Kommunikationsformen und der Möglichkeiten des Internets. Daher sollen die Kantone – mit Genehmigung des Bundes – *Pilotversuche* durchführen können, insbesondere um alternative oder noch einfachere Verfahrensformen auszutesten (Art. 399).

²⁰ Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit.

3.2 Kernpunkte des Entwurfs

3.2.1 Grundanliegen

Der Bundesrat stellt sich voll und ganz hinter die *Leitlinien der Expertenkommission* (vgl. Ziff. 2.2), zumal sie auch in der Vernehmlassung auf ungeteilte Zustimmung gestossen sind. Dabei misst er dem Anliegen der Kantone, dass die Vereinheitlichung nicht zu Mehrkosten der Justiz führen dürfe, besondere Bedeutung zu. Bei der Überarbeitung des Vorentwurfes wurden die entsprechenden Anregungen der Kantone im Wesentlichen aufgenommen – immer jedoch in Abwägung mit den Interessen der Parteien an einem wirksamen und erschwinglichen Rechtsschutz.

Keine Mehrbelastung der kantonalen Gerichte – aber auch kein Abbau an Rechtsschutz

Der Ruf nach Entlastung der Gerichte ist heute unüberhörbar. Bei der Reform der *Bundesrechtspflege* war die Entlastung des Bundesgerichts sogar eines der Hauptziele. Dazu wurden verschiedene Massnahmen getroffen: Durch die Schaffung eines Bundesstrafgerichts und eines Bundesverwaltungsgerichts erfolgte ein Ausbau der *Vorinstanzen* auf Bundesebene. Auch die *kantonalen Gerichte und Behörden* – die kantonalen Vorinstanzen also – wurden aufgewertet: Nach dem *Grundsatz der «double instance»* muss eine Angelegenheit künftig von zwei kantonalen Instanzen beurteilt sein, bevor sie ans Bundesgericht getragen werden darf (Art. 75 Abs. 2 BGG). Abgesehen von wenigen Ausnahmen setzt die neue Justizverfassung den Schwerpunkt der Zivilgerichtsbarkeit somit noch deutlicher in den Kantonen als bisher – ohne den kantonalen Gerichten indessen Mehrkosten und Mehraufwand verursachen zu wollen²¹. Ferner wurden *gerichtsfremde Aufgaben* unseres höchsten Gerichts auf den Bundesrat übertragen, so die Verordnungskompetenz und die Oberaufsicht im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts.

Auch der Wunsch der *kantonalen Gerichte* nach Entlastung ist – wegen der sich verschärfenden Ressourcenknappheit – ein berechtigtes Anliegen. Dennoch kann die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts nicht primär eine Entlastungsvorlage für die kantonalen Gerichte sein, sind doch deren Organisation, Arbeitsteilung, sachliche und funktionelle Zuständigkeit – obwohl zentrale Effizienzkriterien – nicht Gegenstand der neuen Zivilprozessordnung (Art. 122 Abs. 2 BV, Art. 3 und 4 des Entwurfs). Die Reform der Bundesrechtspflege hingegen konnte sich vertieft auch mit diesen organisatorischen und funktionellen Fragen befassen, denn die Bundesgerichtsbarkeit ist gänzlich eine Bundesaufgabe. Die neue Zivilprozessordnung kann daher nur auf eine *indirekte Entlastung* der Gerichte hinwirken – durch möglichst ökonomische Ausgestaltung der Verfahren. Das vereinheitlichte Recht wird den Gerichten die Arbeit somit nicht abnehmen, aber es soll sie ihnen wenigstens erleichtern.

Stärkung der aussergerichtlichen Streitbeilegung

Die Gerichte sollen nicht vorschnell angerufen werden. Vielmehr sollte der Gang vor Gericht erst die letzte Eskalationsstufe eines Konfliktes sein. Ein Gericht ist kein beliebiger Dienstleistungsbetrieb, ausgerichtet auf möglichst viele Kundenkontakte

²¹ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4474.

und hohen Umsatz. Das Gericht ist und bleibt eine *Autorität*. Es weist erst dann den Weg, wenn die Betroffenen nicht mehr imstande sind, allenfalls mit Hilfe Dritter selber einen Weg zu finden. Die einvernehmliche Lösung eines Problems hat daher klar im Vordergrund zu stehen. Das entlastet nicht nur die Gerichte, sondern dient auch den Parteien: Einvernehmliche Lösungen bringen zumeist *nachhaltigere und günstigere Lösungen*, zumeist sie auch Gesichtspunkte einbeziehen können, die ein Gericht nicht berücksichtigen dürfte.

Der damit verbundene Entlastungseffekt für die Gerichte ist erheblich: Wie die praktische Erfahrung zeigt, können etwa durch Vergleich vor der Friedensrichterin oder dem Friedensrichter weit über die Hälfte der Streitigkeiten gelöst werden. Und in den restlichen Fällen macht nur ein Bruchteil der klagenden Parteien von der Klagebewilligung oder dem Weisungsschein tatsächlich Gebrauch.

In der Schweiz ist dieser Gedanke – zuerst verhandeln und schlichten, erst danach richten – tief verwurzelt. Unsere starke *Friedensrichtertradition* legt davon ein eindrückliches Zeugnis ab: Die grosse Mehrheit der Kantone der deutschen und lateinischen Schweiz kennt die Institution des Friedensrichters. Dasselbe gilt für die bereits heute bundesrechtlich vorgeschriebenen *Mietschlichtungsstellen* sowie die *Schlichtungsstellen in Gleichstellungsfragen*. Auch diese Behörden weisen eine hohe Erledigungsquote vor – zur Zufriedenheit der Betroffenen.

Diese Ausgangslage gilt es zu nutzen: Durch Ausbau und Stärkung der aussergerichtlichen Streitbeilegung können die Gerichte durch eine Art Vorzimmer abgeschirmt werden, ohne dass den Parteien der Rechtsweg versperrt wäre. Der Ausbau solcher Vorzimmer ist eine starke Tendenz sowohl im modernen europäischen als auch im angelsächsischen Prozessrecht (Stichwort *Alternative Dispute Resolution [ADR]*; vgl. auch Ziff. 4). Der Entwurf kann hier eine moderne Entwicklung aufnehmen, die sich mit der schweizerischen Tradition aufs beste verweben lässt.

Stärkung der Selbstverantwortung der Parteien

Die Parteien sollen also zunächst eine *formalisierte Verhandlungsrunde* durchlaufen, bevor sie das Gericht in Anspruch nehmen. Durch verstärkten Einbezug aussergerichtlicher Möglichkeiten wird den Parteien auch ein Mehr an «Dienstleistung» geboten – ohne zusätzliche Belastung für den Staat. Zugleich werden sie zu mehr *Selbstverantwortung* geführt, denn sie sollen zunächst versuchen, den Konflikt ohne Hilfe des staatlichen Justizapparates zu lösen.

Dabei stellt sich die grundlegende Frage, ob diese aussergerichtliche Vorrunde ein *Obligatorium* für die Parteien oder aber eine zusätzliche *freie Alternative* zur direkten Anrufung des Gerichts sein soll. Eher für ein Obligatorium sprechen die Interessen der Gerichte – für freie Gestaltungsmöglichkeit der Verfahren hingegen die Interessen mündiger Parteien. Heute wird diese Frage in den kantonalen Prozessordnungen höchst unterschiedlich beantwortet: Teilweise ist der Schlichtungsversuch fakultativ, teilweise ist er obligatorisch, wobei in den Kantonen mehr oder weniger lange Ausnahmeregelungen bestehen. Doch gibt es eine klare Tendenz, die bereits die Expertenkommission erkannt hat: Im Bereich der *kleineren Streitwerte* sollte eine aussergerichtliche Vorrunde obligatorisch sein, denn dort ist die Vergleichsquote – und Entlastungswirkung für die Gerichte – erfahrungsgemäss am höchsten. Das Obligatorium liegt dort aber auch im wohlverstandenen Interesse der Parteien: Durch den Gang zum Friedensrichter oder zur Friedensrichterin werden sie vor zuviel Aufwand infolge unnützer und unverhältnismässiger Demarchen geschützt.

Bei *hohen Streitwerten* hingegen liegt der Fall anders. Dort hat die praktische Erfahrung gezeigt, dass eine obligatorische Zwischenstation bei der Friedensrichterin oder beim Friedensrichter oft nur ein unnützer Durchlauf zwecks Erteilung der Klagebewilligung darstellt. Die Parteien sind meist anwaltlich vertreten, so dass ihnen die optimale Wahl der Verfahrenseröffnung durchaus zugetraut werden kann. Deswegen soll hier auf die Vorrunde verzichtet und direkt geklagt werden dürfen (Art. 196). Verzicht heisst jedoch nicht einseitiger Verzicht: Die Parteien müssen die Abkürzung gemeinsam wählen, sonst könnte die Vorrunde zu leicht umgangen werden.

Schliesslich gibt es Fälle, in denen eine Vorrunde sogar sachwidrig wäre. Zu denken ist an die Angelegenheiten, die nach *beschleunigter Behandlung* rufen, so vor allem jene des summarischen Verfahrens (z.B. vorsorglicher Rechtsschutz) und gewisse betriebsrechtliche Streitigkeiten. Hier muss die sofortige und direkte Anrufung des entscheidenden Gerichts gewährleistet bleiben. Der Entwurf schafft somit – auch hierin den Leitlinien der Experten folgend – eine *pragmatische Verbindung* zwischen dem aussergerichtlichen und dem gerichtlichen Verfahren.

Einbau der Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit oder: Gute Traditionen konsequent weiterführen

Nicht nur Friedensrichter und Friedensrichterinnen und staatliche Schlichtungsstellen können zur Entlastung der Gerichte beitragen. Vielmehr wird auch hierzulande die *Mediation* als konsequenteste Möglichkeit aussergerichtlicher Streitbeilegung immer bedeutsamer, insbesondere als Familien- und Wirtschaftsmediation. Auch diese Entwicklung ist zur Kenntnis zu nehmen – und zu fördern. Gerade in komplexen Fällen wird die Mediation zunehmend zur Entlastung der Gerichte beitragen können. Der Entwurf ist für die Mediation offener als noch der Vorentwurf, ohne dieses Institut im Einzelnen oder gar abschliessend regeln zu wollen. Grundanliegen ist es, den Parteien die Mediation als *gleichwertige Alternative* zur staatlichen Schlichtung anzubieten (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 210 ff.).

Schliesslich kann auch eine qualitativ gute *Schiedsgerichtsbarkeit* zur Entlastung der staatlichen Justiz beitragen. Deshalb ist es auch hier das klare Bestreben des Entwurfs, die nationale *Schiedsgerichtsbarkeit* attraktiver zu machen. Vorbild ist unser internationales Schiedswesen (Art. 176 ff. IPRG), das dank seiner Erfolge grösste Anerkennung geniesst. Mehr noch als der Vorentwurf gleicht der Entwurf die nationale Schiedsgerichtsbarkeit der internationalen an.

Kein Kanton darf gezwungen werden, neue Gerichte einzuführen

Die vereinheitlichte ZPO zwingt keinen Kanton, neue Gerichte einzuführen. Diesem Grundsatz folgt der Entwurf des Bundesrates fast noch konsequenter als die Expertenkommission²². Dies gilt auch in Bezug auf das vorgerichtliche Schlichtungsverfahren, dem der Entwurf viel Bedeutung beimisst: Kein Kanton, der dieses Institut nicht schon kennt, hat *Friedensrichter* zu etablieren. Vielmehr spricht der Vorschlag des Bundesrates wie der Vorentwurf nur ganz allgemein von Schlichtungsbehörde. Diese kann – wie heute überwiegend der Fall in den Kantonen – durchaus eine Friedensrichterin sein. Doch steht es den Kantonen frei, eine andere Behörde vorzusehen: so einen Gerichtspräsidenten oder eine Gerichtspräsidentin, wie das die

²² Der VE hatte für die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten paritätische Schlichtungsstellen verlangt, was in der Vernehmlassung auf Ablehnung stiess und im Entwurf des Bundesrates nicht mehr vorgesehen ist (Art. 194 VE).

wenigen Kantone, die keine Friedensrichter haben, bereits heute tun. Die Schlichtungsbehörde muss auch kein Gericht im formellen Sinne sein – nur auf Unabhängigkeit ist zu achten.

Die Kantone bestimmen den Preis der Justiz

Entsprechend dem klaren Ergebnis der Vernehmlassung sollen die Kantone für die Gerichts- und Anwaltstarife zuständig bleiben. Eine abschliessende Bundesregelung könnte den unterschiedlichen wirtschaftlichen Situationen der Kantone in der Tat zu wenig gerecht werden.

Nicht nur der Prozess selbst, sondern auch die Vollstreckung muss effizient sein

Das Anliegen der Verfahrenseffizienz beschränkt sich nicht auf das sog. *Erkenntnisverfahren*, wie der Prozess bis zum rechtskräftigen Urteil genannt wird. Vielmehr muss auch die *Vollstreckung* funktionieren, soll dem Recht wirklich zum Durchbruch verholfen werden.

Wie bisher soll die Vollstreckung von *Geldforderungen* auf dem Wege des *Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes* (SchKG) erfolgen. Das SchKG gilt als effizient – auch im internationalen Vergleich. Es bleibt als eigenständiges Gesetz bestehen; erforderlich sind nur wenige punktuelle Anpassungen an die künftige ZPO (insbesondere was die Rechtsmittel, die Formen der Eingaben sowie die Fristberechnung betrifft). Die Aufhebung des SchKG und sein Einbau in die ZPO brächte keinen praktischen Nutzen, sondern nur grosse Rechtsunsicherheit. Der Entwurf verfolgt das Ziel, das Prozessrecht zu vereinheitlichen, das neue Regelwerk in die Praxis zu integrieren und zum Funktionieren zu bringen. Eine mögliche *Konsolidation des gesamten Zivilverfahrensrechts* des Bundes ist später zu prüfen²³.

Die so genannte *Realvollstreckung* hingegen – schon bisher Gegenstand der kantonalen Zivilprozessordnungen – findet Eingang in die ZPO. Um auch sie zu vereinfachen und zu beschleunigen, soll bereits das urteilende Gericht die einschlägigen Massnahmen anordnen können (Art. 335, sog. *direkte Vollstreckung*). Damit kann die obsiegende Partei bei Rechtskraft des Entscheides sofort handeln (z.B. einen Dritten mit der Ersatzvornahme beauftragen oder die Polizei zu direktem Eingreifen rufen), ohne dass sich zuvor noch ein Vollstreckungsgericht mit der Angelegenheit befassen muss.

Trotz Kritik in der Vernehmlassung hält der Bundesrat schliesslich auch am Institut der *vollstreckbaren öffentlichen Urkunde* fest. Dieses neue Institut ist kein Fremdkörper für das schweizerische Prozessgefüge, sondern vermag durchaus integriert zu werden. Nicht nur kann es zu Gunsten der berechtigten Partei die Vollstreckung als solche vereinfachen, sondern es ist auch unter dem Gesichtspunkt der Entlastung staatlicher Gerichte zu begrüssen. Im vorherrschenden Bereich der Vollstreckung, nämlich in Geld, sind die erforderlichen gesetzlichen Anpassungen sogar besonders gering: Das SchKG wird einfach um einen definitiven Rechtsöffnungstitel reicher.

²³ Dazu wird auch die Beantwortung der Frage gehören, ob das Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (SR 273) aufzuheben ist. Dieses Gesetz gilt für die Direktprozesse vor Bundesgericht und ganz allgemein als subsidiäre Rechtsquelle in der Bundesrechtspflege. Es ist denkbar, diese Aufgaben dereinst der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung zu übertragen.

3.2.2

Profil des neuen Zivilprozesses

Der Zivilprozess – eine Palette verschiedener Verfahren

Soll ein Prozess effizient sein, ist ein Mittelweg zu finden zwischen den Grundanliegen einer schnellen, einfachen und kostengünstigen Erledigung einerseits und einer gerechten – sprich: richtigen (weil auf der materiellen Wahrheit beruhenden) – Entscheidung andererseits. In diesem klassischen Spannungsfeld schlägt der Entwurf *verschiedene Verfahrenstypen* vor, die je nach Art des Streitiges die Akzente anders setzen. Ein grosser vermögensrechtlicher Prozess etwa auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts kann nicht gleich ablaufen wie eine Auseinandersetzung im sozialen Privatrecht (Familienrecht, Arbeit, Miete, Gleichstellung und Konsumentenschutz). Das System verschiedener Verfahrenstypen ist gängig: Es entspricht der Prozessrechtstradition und gewährleistet zugleich die nötige Flexibilität. Die Verfahren können auf die höchst unterschiedlichen Streitgegenstände und indirekt auch auf die verschiedenen Parteitypen zugeschnitten werden.

Das ordentliche Verfahren als klassischer Zivilprozess

Das *ordentliche Verfahren* des Entwurfes entspricht dem Profil eines klassischen Zivilprozesses: Grundsätzlich herrscht *Parteibetrieb* (Verhandlungs- und Dispositionsmaxime), der Ablauf ist klar *strukturiert* (Schriftenwechsel, Instruktion, Hauptverhandlung, Entscheid). Das Gericht kann sich grundsätzlich auf die *formelle Prozessleitung* beschränken. Gedacht ist das ordentliche Verfahren naturgemäss für höhere Streitwerte und Streitigkeiten aus dem Wirtschaftsprivatrecht (Handelsrecht, geistiges Eigentum, Wettbewerbsrecht), nicht aber für den gewöhnlichen Gerichtsalltag. Es ist ein anspruchsvolles Verfahren, in dem die Parteien in aller Regel anwaltlich vertreten sein werden.

Ein einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren für den Gerichtsalltag

Im gewöhnlichen Gerichtsalltag – so bei Forderungsstreitigkeiten bis 30 000 Franken und in Materien des sozialen Privatrechts – werden einfachere Regeln spielen, nämlich jene des *vereinfachten Verfahrens*. Auch für das Scheidungsverfahren werden *eigene Regeln* vorgeschlagen, die vom ordentlichen Verfahren abweichen.

Das vereinfachte Verfahren ist vorwiegend mündlich, wobei dem Gericht eine verstärkte Fragepflicht obliegt (es gilt die sog. *soziale Untersuchungsmaxime*). Das vereinfachte Verfahren ist bewusst niederschwellig und damit laienfreundlich konzipiert. Auch die so genannte *Eventualmaxime* ist ausgeschaltet: Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen die Parteien bis zuletzt vorbringen – andernfalls könnte die vorherrschende Mündlichkeit zur Prozessfalle werden. Parteifreundlichkeit bedeutet jedoch nicht Einladung zu unsorgfältigem oder gar trölerischem Prozessieren. Wer etwa durch Weitläufigkeit unnötige Kosten verursacht, hat dafür gerade zu stehen (Art. 106).

Formerleichterungen und *Mündlichkeit* sollen den Gerichtsalltag zu einem guten Teil entbürokratisieren und beschleunigen und damit auch zur Entlastung der Gerichte beitragen. Insofern versteht sich das vereinfachte Verfahren als Nachfolger der heutigen «einfachen und raschen Verfahren». Doch ist die angestrebte Mündlichkeit nicht zwingend: Je nach Anlage des Einzelfalles kann das (eher mündliche) vereinfachte dem (eher schriftlichen) ordentlichen Verfahren angenähert werden. Die Profile der verschiedenen Verfahrenstypen sollen zwar im Ausgangspunkt klar

unterscheidbar sein – doch ist *Durchlässigkeit* geboten, damit der Prozess den konkreten Anforderungen des Einzelfalls gerecht und effizient abgewickelt werden kann.

3.3 Abstimmung auf die andern Verfahrensordnungen des Bundes

Ausgehend von der teilweise bunten Begriffsvielfalt des heutigen kantonalen Prozessrechts schafft die neue ZPO eine einheitliche Terminologie. Da jedoch die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts zugleich Bestandteil der grossen Justizreform ist (vgl. Ziff. 1.3), wird die Gelegenheit benutzt, auch unter den neuen grossen Verfahrensordnungen des Bundes begriffliche Harmonie herzustellen. In der Tat gibt es verfahrensrechtliche Fragen, die sich für alle Bereiche der Justiz – Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren – gleich oder ähnlich stellen. Zu denken ist etwa an den Ausstand, an die Zeitbestimmungen, die Zustellung, die Formen der Eingaben, die Verfahrensdisziplin, an das Zeugnisverweigerungsrecht sowie auch an die ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision und Erläuterung. In solche Fragen werden in den neuen Verfahrensordnungen nach Möglichkeit identische Regeln vorgesehen.

Die Harmonisierung findet jedoch Grenzen. Zum einen können sich aus Struktur und Systematik des Gesetzes Abweichungen in Form und Formulierung aufdrängen; zum andern kann die unterschiedliche Natur des Prozesszwecks und Prozessgegenstands eigenständige Regeln notwendig machen. Harmonisierung darf auch nicht akademischer Selbstzweck sein: Die Verfahrenssprache und Formulierungen der kantonalen Ordnungen geben eine lebendige Tradition wieder. Deshalb waren die Experten auch sehr um schweizerische Idiome bemüht, was in der Vernehmlassung entsprechend begrüsst wurde. Vertraute Wendungen und Formeln dürfen nicht ohne zwingende Gründe durch eine zwar harmonisierte, aber gleichwohl künstliche Sprache abgelöst werden. In der Praxis würde sonst – unnötigerweise – grösste Unsicherheit geschaffen. Ein anderer Wortlaut bekommt stets auch einen anderen Sinn.

3.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

3.4.1 2000 P 00.3270. Vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des Gläubigers (N 6.10.00, Schwaab)

Das Postulat verlangt eine allgemeine Norm, wonach Schuldverpflichtungen nicht erst bei Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides vollstreckt werden können, sondern bereits vor oder während des Prozesses – insbesondere auch während der Hängigkeit bei der Rechtsmittelinstanz. Auch Geldforderungen sollen – in Anlehnung an das französische *Référé*-System²⁴ – in diesem Sinne vorläufig vollstreckt werden können.

Der Entwurf trägt diesen Anliegen in verschiedener Hinsicht Rechnung: Bei unbestrittenem oder sofort beweisbarem Sachverhalt kann der Gläubiger seinen Anspruch im raschen Summarverfahren verfolgen – er muss keinen eigentlichen Prozess mehr

²⁴ Dazu ausführlich David Rüetschi, *Geldleistung als vorsorgliche Massnahme*, Basel 2002.

führen (sog. *Rechtsschutz in klaren Fällen* nach Art. 253). Ferner hat der Gläubiger die Möglichkeit, seine Ansprüche durch sog. *Klagenhäufung* zu gliedern und das Gericht zu ersuchen, die liquiden vor den weniger liquiden zu beurteilen. Entsprechend können liquide Ansprüche dann früher vollstreckt werden. Von zentraler Bedeutung ist sodann die Klarstellung, dass auch Urteile auf Geldleistungen nicht erst nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckt werden dürfen: Die Rechtsmittelinstanz kann vielmehr die *vorzeitige Vollstreckbarkeit* bewilligen (Art. 312).

Diese Verbesserungen bieten dem Gläubiger im Ergebnis mindestens gleichwertigen Rechtsschutz wie das französische System. Denn auch dieses hilft ihm nicht voraussetzungslos: Es verlangt zum einen Sicherheiten zu Gunsten des Schuldners und zum andern die entsprechende Prognose, dass der Prozess voraussichtlich zu Gunsten des Gläubigers ausfallen wird. Der damit verbundene Aufwand ist nicht zu unterschätzen. Für das schweizerische Recht bleibt es somit dabei, dass vorläufige Geldzahlungen im engeren Sinne nur dann verfügt werden dürfen, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorsieht (Art. 258), so zum Beispiel bei vorläufigen Unterhaltszahlungen für die Dauer des Scheidungs- sowie des Vaterschaftsprozesses (Art. 271, 299) oder bei Abschlagszahlungen während eines Konkurses (Art. 237 und 327 SchKG). Dieses System blieb grossmehrheitlich unbestritten.

3.4.2 2004 M 02.3035 Teileinigung (Art. 112 ZGB) Verfahrensregelung (N 21.6.03, Janiak)

Die Motion verlangt, das Scheidungsverfahren bei Teileinigung (Art. 112 ZGB) bundesrechtlich umfassend zu regeln. Zu klären sei insbesondere, wie beim Abschluss einer Vereinbarung vorzugehen sei, die während des Gerichtsverfahrens abgeschlossen wird. Umstritten ist dabei, ob – wie im Verfahren bei umfassender Einigung (Art. 111 ZGB) – den Parteien eine Bedenkfrist einzuräumen oder ob die Vereinbarung sofort bindend ist.

Die *prozessrechtlichen Aspekte* der Ehescheidung werden im Entwurf abschliessend geregelt: Das gilt sowohl für den *nichtstreitigen* (Art. 111 ZGB) als auch den *streitigen* Teil (Art. 112 ff. ZGB). Der Bundesrat schlägt ein besonderes Verfahren vor. Dieses verbindet Elemente des ordentlichen und vereinfachten Prozesses, um der besonderen Natur einer Ehescheidung Rechnung zu tragen (vgl. die Erläuterungen zu den Art. 270 ff.).

3.4.3 2001 P 01.3220 Koordination der gerichtlichen Verfahren im Krankheits- und Invaliditätsfall (N 5.10.01, Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR)

Seit Inkrafttreten des revidierten KVG²⁵ unterstehen die sog. Zusatzversicherungen – d.h. Versicherungen, die neben der Grundversicherung angeboten werden – dem Privatrecht (Art. 12 KVG). Deswegen wären Streitigkeiten, die die Krankenversicherung betreffen, eigentlich in unterschiedlichen Verfahren zu beurteilen, je nachdem, ob sie die öffentlichrechtliche Grundversicherung oder eine privatrechtliche

²⁵ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankversicherung (SR 832.10).

Zusatzversicherung betreffen. Für die Zusatzversicherung käme – weil eine Zivilsache – grundsätzlich Zivilprozessrecht zur Anwendung, für die Grundversicherung hingegen das Sozialversicherungsverfahren nach ATSG²⁶ (vgl. Art. 34 ff. ATSG). Das Postulat verlangt eine Prüfung, ob die Verfahren koordiniert werden können.

Heute hat nur eine Minderheit der Kantone die materiellrechtliche Trennung auch auf der Ebene des Verfahrens umgesetzt: Die Mehrheit beliess die privatrechtlichen Streitigkeiten, die eine Zusatzversicherung betreffen, in der sachlichen Zuständigkeit eines speziellen Sozialversicherungsgerichts, des Verwaltungsgerichts oder einer Abteilung des Obergerichts²⁷. Diese Kompetenzattraktion erscheint – gerade im Hinblick auf die wünschbare Koordination – durchaus sinnvoll. Nach dem Entwurf behalten die Kantone diese Organisationsfreiheit, denn ihnen obliegt die Regelung der sachlichen Zuständigkeit (Art. 4). Hingegen müssen sie – zumindest für die Zusatzversicherung – eine zweite kantonale Instanz vorsehen, dies wegen der sog. *double instance*, die das Bundesgerichtsgesetz für Zivilsachen verlangt (Art. 75 BGG).

Der Entwurf erleichtert den Kantonen die Koordination noch in anderer Weise: Die Streitigkeiten, die eine Zusatzversicherung betreffen, werden dem *vereinfachten Verfahren* unterstellt (Art. 239), soweit sie von einem Zivilgericht beurteilt werden. Dieses ist dem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren sehr ähnlich, so dass es im Ergebnis keine wesentliche Rolle spielt, welche Verfahrensordnung – das ATSG oder die ZPO – angewendet wird. Hier wie dort gilt die soziale Untersuchungsmaxime (Art. 243, Art. 61 Bst. c ATSG), bei beiden spielen vereinfachte Formen, die Anforderungen an die Eingaben sind niedrig, und dem Gericht obliegt nicht nur die formelle, sondern weitgehend auch die materielle Prozessleitung. Ausserdem ist der Zivilprozess – wie das Sozialversicherungsverfahren – grundsätzlich kostenlos (Art. 111f vgl. dazu Art. 61 Bst. a ATSG).

4 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht

4.1 Im Allgemeinen

Justizreformen – ein weltweit aktuelles Thema

Auch unsere europäischen Nachbarn, deren Zivilprozessrecht längst vereinheitlicht ist²⁸, befassen sich intensiv mit Reformen. Dabei geht es ganz allgemein um *Moderernisierung* und *Vereinfachung* der Prozesse sowie um *Erleichterung des Zugangs zum Gericht* – nicht zuletzt zwecks Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung. Betroffen sind jedoch auch die Gerichtsorganisation und das Kostenwesen. Auch der Ausbau der aussergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten sowie die Umsetzung staatsvertraglicher Vereinbarungen sind zentrale Themen.

²⁶ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR **830.1**).

²⁷ Vgl. die Übersicht bei Niccolò Raselli, Verfahrensrechtliche Probleme bei der Beurteilung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2005 273 ff.

²⁸ Beispielsweise Deutschland seit 1877, Frankreich seit 1806 und Italien seit 1865.

An aktuellen Reformen sind etwa die deutsche Zivilrechtsreform aus dem Jahre 2002 sowie die geplante – jedoch umstrittene – grosse Justizreform Deutschlands zu nennen. Verabschiedet ist die österreichische Zivilverfahrensnovelle aus dem Jahre 2002. Aber auch in Italien, Belgien und Frankreich laufen seit längerer Zeit Reformen, desgleichen in Spanien und in den Niederlanden. Auch Japan gab sich im Jahr 1996 ein neues Zivilprozessgesetz, welches 2003 revidiert wurde.

Die Reformtätigkeit beschränkt sich jedoch nicht auf einzelne Staaten: Vielmehr lässt sich in den letzten zwanzig Jahren – vor allem aus wirtschaftlichen Gründen – eine verstärkte Tendenz zur Vereinheitlichung oder zumindest Harmonisierung innerhalb *bedeutender Wirtschaftsregionen* feststellen (z.B. USA, EU, Ibero-Amerikanischer Entwurf für eine Modell-ZPO²⁹). Es gibt zudem Bemühungen um *weltweite Harmonie* im Verfahrensrecht, bei denen auch die Schweiz mitwirkt (so z.B. die Haager Konferenz für internationales Privatrecht auf dem Gebiet der Gerichtsstandsvereinbarungen sowie die UNO-Kommission für internationales Handelsrecht auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedsentscheide).

Auf dem Weg zu einer europäischen Zivilprozessordnung?

Auf europäischer Ebene ist die ambitiöse Idee einer europäischen Zivilprozessordnung vorerst gescheitert. Der *Vorschlagsentwurf von 1993 für eine Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften und Regelung betreffend bestimmte Aspekte des zivilrechtlichen Streitbeilegungsverfahrens*³⁰ wurde in den Mitgliedstaaten nicht weiterverfolgt. Auch wenn dieser Entwurf bis heute nie zu einer Gesetzgebungsinitiative der Kommission geführt hat, gilt er doch als wichtiges Referenzwerk mit wertvollen Anregungen. Er stellt eine erste umfassende Auseinandersetzung mit den grundlegenden Merkmalen des Zivilprozesses dar, die sich auf eine eindeutig binnenmarktorientierte Argumentation stützt und eine europaweite Harmonisierung des Rechts anstrebt.

Einen Meilenstein für das europäische Zivilprozessrecht stellt der *Vertrag von Amsterdam* dar³¹. Mit dessen Inkrafttreten am 1. Mai 1999 hat die Europäische Gemeinschaft die Kompetenz erhalten, im Bereich des Zivilprozessrechts Massnahmen zu erlassen, die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind (Art. 65 des EG-Vertrages). Gestützt auf diese Grundlage hat die Europäische Gemeinschaft *zahlreiche Richtlinien und Erlasse* verfasst, so etwa im Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen³². Die Gesetzgebungstätigkeit der EU erfasste sodann das Insolvenzverfahren³³, die Zustellung gerichtlicher und ausserge-

²⁹ Vgl. José Barbosa Moreia, Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'institut Ibero-américain de Droit Processuel, in: ZZPInt 1998, S. 437 ff.

³⁰ Sog. Storme-Vorschlag: Rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne – Approximation of judiciary law in the European Union.

³¹ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die europäische Union, der Verträge zur Gründung der europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABI C 340 vom 10.11.1997, S. 1 ff.

³² Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 (sog. Brüssel-I-Verordnung), ABI L 12 vom 16.1.2001, S. 1 ff.

³³ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000, ABI L 160 vom 30.6.2000, S. 1 ff.

richtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten³⁴ und die Zusammenarbeit der Gerichte der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen³⁵. Ferner wurden eine Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen³⁶ und eine Richtlinie zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe³⁷ erlassen.

Die EU befasst sich auch mit Materien des *sozialen Zivilprozesses*, so mit der Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder³⁸.

4.2 Gemeinsame Anliegen

Stärkung und Aktivierung der Rolle des Gerichts

Bei allen ausländischen Reformen lassen sich gemeinsame Anliegen ausmachen. So wird bei der Gestaltung der Verfahren vermehrt auf eine stärkere und aktivere Rolle des Gerichts Wert gelegt. In *Deutschland* wurde beispielsweise mit der Zivilrechtsreform 2002 eine sog. *Erörterungspflicht* des Gerichts aufgenommen. Danach hat das Gericht mit den Parteien den Streitgegenstand in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu erörtern und auf Ergänzung der Angaben, Benennung der Beweise und sachdienliche Fassung der Anträge hinzuwirken. Zudem ist das Gericht verpflichtet, auf erhebliche Gesichtspunkte zur Vermeidung von Überraschungsentscheiden hinzuweisen. Auch die *österreichische* Zivilverfahrensnovelle aus dem Jahre 2002 sieht eine verstärkte *Anleitungspflicht* des Gerichts zum Schutz vor überraschenden Entscheiden sowie die Einführung einer sog. *vorbereitenden Tagsatzung* zur Erörterung des Sachverhalts mit den Parteien und zu Vergleichsversuchen vor.

Noch weiter gehen die *niederländischen Bemühungen* zur Modernisierung des Verhältnisses zwischen Gericht und Parteien anlässlich der grossen Revision der Zivilprozessordnung von 2002. Nachdem in Holland bisher nahezu sämtliche Klageverfahren schriftlich durchgeführt wurden, ist neu grundsätzlich eine *mündliche Verhandlung* vorgeschrieben. Deren Ziel ist es, die Streitigkeit mit einem Vergleich zu beenden oder zumindest den Parteien Auskünfte zu erteilen. Nur wenn die Streitsache nicht für ein persönliches Erscheinen der Parteien an der Verhandlung geeignet ist, darf das Gericht von der Verhandlung absehen und einen zweiten Schriftenwechsel durchführen. Auch der Vorschlag der Kommission der *Europäischen Gemeinschaft* für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen³⁹ regelt die

³⁴ Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000, ABI L 160 vom 30.6.2000, S. 37 ff.

³⁵ Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001, ABI L 174 vom 27.6.2001, S. 1 ff.

³⁶ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004, ABI L 143 vom 30.4.2004, S. 15 ff.

³⁷ Richtlinie 2003/8/EG des Rates vom 27. Januar 2003, ABI L 26 vom 31.1.2003, S. 41 ff.

³⁸ Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 (sog. Brüssel-II-Verordnung), ABI L 160 vom 30.6.2000, S. 19 ff., welche aufgehoben wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 (sog. Brüssel-IIa-Verordnung), ABI L 338 vom 23.12.2003, S. 1 ff.

³⁹ KOM (2005) 87 endg.

Aufgaben der Gerichte gegenüber den Parteien. Er sieht vor, dass das Gericht in Verfahrensfragen hilft und die Parteien zur Vorlage von Sachinformationen auffordert, welche zur Feststellung des Sachverhaltes dienlich sind.

Der Entwurf ZPO verfolgt eine sehr ähnliche Richtung (vgl. Ziff. 3.2), etwa durch die gerichtliche Fragepflicht (Art. 54), die Möglichkeit zur Durchführung von Instruktionsverhandlungen zwecks formloser Erörterung und Ergänzung des Streitgegenstandes sowie zur Förderung einvernehmlicher Lösungen zwischen den Parteien (Art. 223), ferner durch die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime im vereinfachten Verfahren (Art. 243). Diese aktivere Rolle des Gerichts soll einerseits der materiellen Wahrheitsfindung dienen, andererseits aber auch das Verfahren beschleunigen und vereinfachen.

Besondere Verfahren für Bagatellsachen

Die meisten europäischen Zivilprozessordnungen kennen ein vereinfachtes und beschleunigtes Verfahren für Streitsachen mit kleinem Streitwert. Da sich diese Verfahren jedoch in ihrer konkreten Ausgestaltung unterscheiden, wird auf europäischer Ebene versucht, Schwierigkeiten abzubauen, die sich im grenzüberschreitenden Rahmen ergeben und zusätzliche Kosten verursachen. Die EU hat sich das Ziel gesetzt, für vereinfachte und beschleunigte Verfahren einheitliche Vorschriften festzulegen.

Im *Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaft zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen*⁴⁰ werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 2000 Euro neben dem bereits bestehenden besonderen nationalen Verfahren ein europäisches Verfahren als zusätzliches Instrument zur Verfügung zu stellen. Mit diesem sowohl auf reine Inlandsachverhalte als auch auf Streitigkeiten mit Auslandsbezug anwendbaren Verfahren sollen Streitigkeiten mit geringem Streitwert einfacher, schneller und dadurch auch kostengünstiger beigelegt werden können. Das Verfahren wird mit einem Formular eingeleitet. Schriftstücke können auch per Fax oder E-Mail zugestellt werden. Es handelt sich um ein schriftliches Verfahren, es sei denn, das Gericht halte eine mündliche Verhandlung für notwendig. Eine mündliche Verhandlung kann auch mittels einer Audio-, Video- oder E-Mail-Konferenz abgehalten werden. Das Gericht soll nach eigenem Ermessen Beweismittel und Beweisabnahme per Telefon und schriftlicher Zeugenaussagen sowie über Audio-, Video- oder E-Mailkonferenz zulassen können. Die gerichtliche Entscheidung ist sofort vollstreckbar, unabhängig davon, ob ein Rechtsmittel erhoben worden ist. Sie ist in jedem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen und zu vollstrecken, ohne dass es einer Vollstreckungserklärung bedarf oder dass die Anerkennung angefochten werden kann.

Eine Erweiterung der erstinstanzlichen Gerichte erfolgte in *Frankreich* im Jahre 2002 mit der Einführung der «Juges de proximité»⁴¹. Diese «bürgernahen Gerichte» sind zuständig für Streitigkeiten bis 4000 Euro. Durch ein einfaches, informelles und kostengünstiges Verfahren wird der Zugang zum Gericht erleichtert.

⁴⁰ KOM (2005) 87 endg.

⁴¹ Vgl. Loi organique 2003-153 vom 26. Februar 2003 und décret 2003-542 vom 23. Juni 2003, die Erweiterung der Kompetenzen der Juges de proximité in Loi n° 2005-47 vom 26. Januar 2005.

Der *Entwurf des Bundesrates* nimmt diese Tendenzen auf: Er sieht für Bagatellstreitigkeiten ebenfalls ein besonders einfaches, schnelles und kostengünstiges Verfahren vor (Art. 209): Bei erfolglosem Schlichtungsversuch kann die Schlichtungsbehörde Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 2000 Franken durch Entscheid selber beenden (sog. *Abspruchskompetenz*, die etliche Kantone bereits heute kennen). Das Verfahren bleibt rein mündlich, und der Entscheid kann nur mit der Beschwerde (Art. 316 ff.) angefochten werden. In die gleiche Richtung – Streiterledigung ohne förmliches Gerichtsverfahren – zielt das Instrument des *Urteilsvorschlags* (Art. 207).

Elektronischer Rechtsverkehr

Ausgeprägt sind die Bemühungen um Rechtsverkehr auf elektronischem Weg. In *Österreich* wurde er bereits im Jahre 1989 zwischen Rechtsanwälten beziehungsweise Notaren und Gerichten eingeführt. Das hat sich bewährt. Seit dem Jahr 1998 ist jeder Anwalt sogar verpflichtet, über die erforderlichen technischen Einrichtungen zu verfügen. Im Gegenzug konnten die Gerichtsgebühren bis zum Jahr 2000 herabgesetzt werden. Bereits im Jahre 2001 wurden ca. 75 % aller Klagen und 50 % der Vollstreckungsanträge elektronisch eingereicht. Die aktuellen österreichischen Gesetzgebungsprojekte sehen die Einführung einer elektronischen Berufssignatur für Notare und Anwälte vor, mit welcher elektronische (öffentliche) Urkunden erstellt werden können⁴². Ausserdem ist die Möglichkeit der elektronischen Übermittlung von Urkunden an die Gerichte und der elektronische Abfrage der Urkundensammlung des Grundbuchs geplant⁴³.

In *Deutschland* ist am 1. April 2005 das Justizkommunikationsgesetz in Kraft getreten, welches einen umfassenden elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten und die Führung von elektronischen Gerichtsakten ermöglicht. Dadurch soll nicht nur die Effizienz in der Justiz gesteigert werden, sondern es wird mittelfristig auch eine Kosteneinsparung erwartet. Auch in *Frankreich* wird beabsichtigt, im Jahr 2006 den elektronischen Rechtsverkehr per Dekret in den *Nouveau Code de procédure* aufzunehmen.

Der Entwurf des Bundesrates nimmt wie schon das BGG (vgl. Art. 42 Abs. 4 BGG) auch diese Tendenz auf und setzt die erforderlichen Leitplanken für die weitere Entwicklung. So kann nach Artikel 128 eine Eingabe der Parteien auch in elektronischer Form erfolgen, und dem Bundesrat wird die Kompetenz erteilt, das Format der Übermittlung zu bestimmen.

4.3 Aussergerichtliche Streitbeilegung und Mediation

Wachsende Bedeutung der sog. Alternative Dispute Resolution

Seit den 1970er-Jahren stösst die aussergerichtliche Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) weltweit auf stetig und rasch wachsendes Interesse. Von grosser Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der erfolgreiche Testlauf des amerikanischen *Multi-Door Dispute Resolution Programs* im Jahre 1985⁴⁴, welcher

⁴² Berufsrechts-Änderungsgesetz für Notare und Rechtsanwälte 2005.

⁴³ Gerichtsgebührennovelle 2005.

⁴⁴ Nach der Idee von Professor Frank Sandner, getestet im Superior Court of the District of Columbia in Washington (D.C.), in Houston (Texas) und in Tulsa (Oklahoma).

zu zahlreichen Multidoor-courthouses im Herkunftsstaat USA, aber auch in anderen Ländern (z.B. Argentinien, Singapur, Portugal) geführt hat. Diese personell und räumlich speziell ausgestatteten Gerichte stellen den Parteien verschiedene Möglichkeiten zur Lösung ihres Konfliktes zur Verfügung, wie zum Beispiel Mediation, Conciliation (Schlichtung), Minitrial⁴⁵ oder Schiedsverfahren. Der grosse Erfolg der aussergerichtlichen Streitbeilegung in den USA beruht teilweise auch auf den Schwächen des amerikanischen Zivilprozessrechts, wie zum Beispiel des Jury-Systems (Geschworenengericht), der sehr hohen Verfahrenskosten und der fehlenden Kostenerstattungsregelungen.

Mediation in der EU

Auch die EU propagiert die aussergerichtliche Streitbeilegung zunehmend als Alternative zur gerichtlichen Streitschlichtung insbesondere im Rahmen von *Verbraucherrechtsstreitigkeiten*. In neueren Richtlinien wurden Regelungen aufgenommen, welche die Mitgliedstaaten dazu anhalten, aussergerichtliche Streitbeilegungsverfahren zu schaffen oder zumindest zu fördern. Zudem wurden zwei Netzwerke für Streitschlichtungseinrichtungen errichtet: Das Europäisches Netzwerk für die aussergerichtliche Streitbeilegung (*EEJ-Net*) und das Netzwerk für Verbraucherbeschwerden bei Finanzdienstleistungen (*FIN-Net*).

Gestützt auf das *Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vom 19. April 2002*⁴⁶ hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaft den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 22. Oktober 2004⁴⁷ ausgearbeitet. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die Mediation über ungenutztes Potential als Streitschlichtungsverfahren und als Möglichkeit des Zugangs zum Recht verfüge – sowohl für Einzelpersonen wie auch für Unternehmen. Sie schlägt daher gemeinsame Mindestnormen in der Gemeinschaft über wesentliche Aspekte des Zivilverfahrens vor. Dabei soll ein sachgerechtes Verhältnis – eine sinnvolle «Arbeitsteilung» – zwischen der Mediation und dem staatlichen Gerichtsverfahren gewährleistet werden: Das Gericht kann die Parteien auffordern, eine Mediation durchzuführen, oder es kann sie immerhin zum Besuch einer Informationsveranstaltung verpflichten. Weitere Bestimmungen regeln die Vollstreckbarkeit einer in der Mediation erzielten Vereinbarung, die Sicherstellung der Qualität der Mediation, die Zeugnisverweigerungsrechte der Mediatorinnen und Mediatoren und den Unterbruch von Verjährungsfristen. Den Gerichten der Mitgliedstaaten wird die Möglichkeit gegeben, die Anwendung der Mediation aktiv zu fördern, ohne dass diese zwingend ist oder bestimmten Bedingungen unterworfen wird.

Mediation in einzelnen Staaten

Neben Ländern wie den USA, Kanada, Australien oder Argentinien, in denen die aussergerichtlichen Streitbeilegungsformen bereits einen festen Platz im Zivilprozessrecht einnehmen, bestehen auch in mehreren europäischen Staaten gesetzliche

⁴⁵ Der Minitrial ist ein besonderes, aussergerichtliches Schlichtungsverfahren. Es findet vor allem bei grösseren wirtschaftlichen Auseinandersetzungen Verwendung; Näheres dazu bei Caroline Jenkel, *Der Streitschlichtungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung in Zivilsachen*, Diss. 2002, Freie Universität Berlin.

⁴⁶ KOM (2002) 196 endg.

⁴⁷ KOM (2004) 718 endg.; geplante Umsetzung per 1.9.2007.

Regelungen der Mediation. So hat zum Beispiel *Belgien* in seinem *Code judiciaire* einen neuen Teil über die Mediation eingefügt, welcher die gerichtliche und die freiwillige Mediation regelt⁴⁸. Die Kosten und die Entschädigung des Mediators oder der Mediatorin können in beiden Fällen von der unentgeltlichen Rechtspflege übernommen werden.

Österreich hat im Jahre 2004 ein Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen und eine Verordnung über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator⁴⁹ erlassen. In *Frankreich* wurde im Jahre 1996 die Regelung der Mediation anlässlich eines gerichtlichen Verfahrens in den *Nouveau Code de procédure civile* aufgenommen⁵⁰. Danach kann das Gericht mit Zustimmung der Parteien einen Mediator oder eine Mediatorin bestimmen. Mit Ausnahme von mittellosen Parteien, welche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben, wird die vom Gericht festgesetzte Entschädigung der Mediatorin oder des Mediators den Parteien überbunden. Einer in der Mediation erzielten Vereinbarung verleiht das Gericht auf Antrag der Parteien Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Ebenfalls besteht die Möglichkeit zur Schlichtung («*conciliation*») vor dem Verfahren oder während des Prozesses.

Die 1999 in Kraft getretenen neuen «Civil Procedure Rules» (CPR)⁵¹ haben in *Grossbritannien* zu einem grossen Erfolg der alternativen Streitbeilegung geführt. Nicht zuletzt macht sich dies in einer spürbaren Entlastung der englischen Gerichte bemerkbar. Nachdem der frühere Zivilprozess allgemein als teuer, langsam und ungerecht befunden wurde, sehen die neuen CPR Mittel zur Vermeidung gerichtlicher Verfahren vor. Für zahlreiche Rechtsgebiete gibt es sog. *pre-action protocols*, welche die Parteien verpflichten, den Streitstoff bereits vor Klageerhebung innerhalb bestimmter Fristen umfassend aufzubereiten. Daneben kann jede Partei eine aussergerichtliche Streitbeilegung vorschlagen. Lehnt die Gegenpartei ein solches Vorgehen ab, hat sie dies zu begründen. In bestimmten Fällen wird den Parteien sogar ein vorprozessuales Treffen vorgeschrieben. Kommt es trotz aller Bemühungen dennoch zum Prozess, haben die Gerichte ein aktives Fallmanagement (*active case management*) vorzusehen. Darunter fällt auch der Einsatz gerichtsnaher alternativer Streitbeilegungsformen. Beabsichtigen die Parteien, während des Verfahrens eine Mediation durchzuführen, können sie die Sistierung des Prozesses beantragen. Aber auch das Gericht hat die Möglichkeit, den Parteien eine Mediation vorzuschlagen oder sogar anzuordnen. Bei der Kostenverteilung kann das Gericht die mangelnde Bereitschaft einer Partei, bei einer Mediation mitzuwirken, berücksichtigen. Der Court of Appeal hat indessen klar gestellt, dass es nicht Aufgabe der Gerichte sein kann, die Parteien zu einer aussergerichtlichen Streitbeilegung zu zwingen.

Auch in *Deutschland* sind gesetzliche Bemühungen im Gange, die nichtstreitige Konfliktbeilegung zu fördern. Mit der Zivilrechtsreform 2002 wurde die obligatorische *Güteverhandlung* aufgenommen, welche das Gericht vor der ersten mündlichen Verhandlung mit den Parteien durchzuführen hat. Das Gericht hat zudem die Möglichkeit, den Parteien in geeigneten Fällen eine aussergerichtliche Schlichtung

⁴⁸ Loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation vom 21. Februar 2005, in Kraft seit 30. September 2005.

⁴⁹ Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I Nr. 29/2003 und Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung, BGBl II Nr. 47/2004.

⁵⁰ Décret n° 96-652 vom 22. Juli 1996.

⁵¹ The Civil Procedure Rules 1998, Statutory Instruments 1998 No. 3132 (L.17), in Kraft seit April 1999.

vorzuschlagen. Sind die Parteien damit einverstanden, wird das Verfahren solange sistiert.

In anderen Ländern wird und wurde vorerst in Form von verschiedenen Projekten der Einbezug aussergerichtlicher Streitbeilegungsmöglichkeiten getestet. Sehr erfolgreich waren insbesondere die *niederländischen* Projekte «Mediation neben Rechtsprechung» (Mediation naast rechtspraak) und «Mediation andere Rechtshilfe» (Mediation andere Rechtshulp). Sie wurden von der Forschungsabteilung des Justizministeriums begleitet und werden zurzeit ausgewertet. Eine gesetzliche Regelung der Mediation ist für 2007 geplant. Auch in den deutschen Bundesländern werden diverse Modellprojekte durchgeführt, wie beispielsweise das Projekt in Niedersachsen⁵², welches in ganz Deutschland hohe Aufmerksamkeit erhalten hat.

Von herausragender Bedeutung: Die Mediation in Familiensachen

Besondere Bedeutung und Akzeptanz kommt der Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten zu, wobei auch hier in den verschiedenen Ländern unterschiedliche Ansätze festzustellen sind. Einige Prozessordnungen sehen in bestimmten familienrechtlichen Streitigkeiten sogar *zwingend* die Durchführung eines Mediationsversuches vor, wie zum Beispiel etliche *US-Bundesstaaten*, einige *kanadische* Provinzen und *Norwegen* (in Scheidungsverfahren bei Ehegatten mit gemeinsamen Kindern unter 16 Jahren). In *Grossbritannien* wird eine Prozesskostenhilfe an mittellose Parteien nur dann gewährt, wenn vorgängig eine Mediatorin oder ein Mediator festgestellt hat, dass die Streitigkeit nicht mediationstauglich oder bereits ein Mediationsverfahren erfolglos durchgeführt worden ist.

Ein weltweit wichtiger Referenzpunkt für die Regelung der Familienmediation stellt das in Québec 1997 in Kraft getretene Gesetz über Familienmediation dar, welches in die *kanadische Zivilprozessordnung* eingefügt worden ist⁵³. Dieses Gesetz ermöglicht Ehe- oder Konkubinatspaaren mit Kindern die Beanspruchung der Dienste eines professionellen Mediators oder einer professionellen Mediatorin zur Vorbereitung und Regelung ihres Gesuchs um Trennung, Scheidung, Zuteilung der elterlichen Sorge, Regelung des Unterhaltsanspruches oder der Änderung eines bereits bestehenden Urteils. Zwar bleibt die Durchführung einer Mediation freiwillig. Zwingend ist aber die Teilnahme an einer Informationsveranstaltung über die Mediation, welche entweder vor oder nach Klageeinreichung stattzufinden hat. Es ist dann den Parteien überlassen, ob sie eine Mediation durchführen oder ob sie das Verfahren vor Gericht vorantreiben wollen. Erachtet das Gericht eine Mediation als angebracht, kann es bei bestrittener Klage eine Mediation anordnen. Zugelassen sind nur akkreditierte Mediatoren und Mediatorinnen. Vorgesehen sind sechs kostenlose Sitzungen (inkl. Information) für Paare mit Kindern. Die Kosten für zusätzliche Sitzungen (je 95 \$) trägt das Paar. Das Gericht hat eine in der Mediation erzielte Vereinbarung zu genehmigen. Es überprüft, ob die Vereinbarung das Gesetz respektiert, insbesondere ob die Unterhaltsregelung zu Gunsten der Kinder den Regeln über die Festsetzung von Unterhalt an Kinder entspricht. Es kann Abweichungen genehmigen, sofern sie im Einzelfall sinnvoll sind.

⁵² Projekt Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen vom 1.3.2002 bis 28.2.2005.

⁵³ Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code, Gazette officielle du Québec, 16. Juli 1997, S. 4641 ff.

Grundsätzlich *freiwillig* ist die gesetzlich geregelte Familienmediation in *Belgien*. In *Frankreich* können die Parteien vom Gericht zur Teilnahme an einer Informationsveranstaltung über Mediation verpflichtet werden. In *Österreich* war schon vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Mediation in Zivilrechtssachen das Gericht verpflichtet, die Parteien im Scheidungsverfahren über die Mediation zu informieren. Bereits geregelt waren auch die Verschwiegenheitspflicht der Mediatorinnen und Mediatoren und die Hemmung von Verjährungsfristen der von der Mediation betroffenen Ansprüche. Bei fehlenden finanziellen Mitteln kann das Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz je nach Höhe des Familieneinkommens einen Zuschuss an die Kosten der Mediation leisten.

Aber auch in Ländern ohne gesetzliche Verankerung wird die Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten gefördert. So wird zum Beispiel in den Niederlanden die Mediation bereits seit den 1970er-Jahren intensiv bei Scheidungen beansprucht, weil die Scheidungsfolgen weitgehend aussergerichtlich geregelt werden können. Das Justizministerium hat 1999–2000 ein Scheidungsmediationsprojekt initiiert und finanziert. Die Auswertung hat ergeben, dass die Mediation ein erfolgreiches Mittel zur Konfliktbereinigung darstellt. Positiv gewertet wurden die Nachhaltigkeit einer aus der Mediation resultierenden Scheidungsvereinbarung, die Depolarisierung des Verfahrens und die Entlastung der Gerichte.

Der Entwurf des Bundesrates kann als ein Gleichziehen der Schweiz mit den beschriebenen nationalen und internationalen Bestrebungen betrachtet werden (vgl. im Einzelnen die Erläuterungen zu den Art. 210 ff.).

4.4 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die rechtsvergleichende Tätigkeit bei der Ausarbeitung des Entwurfes verfolgte mehrere Zwecke. Ganz allgemein diente sie der Inspiration. Im Besonderen jedoch galt es, die neue ZPO mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz in Einklang zu bringen. Der Entwurf kommt diesem Anliegen zunächst in rein deklaratorischer Weise nach, indem Artikel 2 auf den Primat des Völkerrechts hinweist. Ferner sind zahlreiche Vorgaben entweder direkt als Normen oder indirekt bei der Gestaltung der Verfahren in die ZPO eingeflossen.

Berücksichtigt wurden insbesondere die Verfahrensgarantien der *Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*⁵⁴: der Anspruch auf rechtliches Gehör, auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen sowie auf Gesetz beruhenden Gerichte, auf ein faires und kontradiktorisches Verfahren, auf Waffengleichheit, auf unentgeltliche Prozessführung, das Recht auf Beweis, auf Mitwirkung bei Beweiserhebungen, auf Öffentlichkeit und auf eine angemessene Dauer des Verfahrens.

Auch die bisher im ZGB geregelte Anhörung von Kindern und die Kindesvertretung wurden entsprechend der *UNO-Kinderrechtskonvention*⁵⁵ gegenüber dem geltenden Recht ausgebaut (vgl. die Art. 293 ff.). Ebenfalls in den Entwurf aufgenommen wurde eine besondere Regelung der Verfahren bei Entscheiden nach dem *Haager*

⁵⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101); für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten.

⁵⁵ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107); für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getreten.

Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen⁵⁶ (vgl. Art. 298). Dem bereits im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte⁵⁷ umgesetzten *Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit* trägt der Entwurf ebenfalls Rechnung: Die Anwältinnen und Anwälte aus den Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA sind zur Parteivertretung ausdrücklich zugelassen (vgl. Art. 66).

5 Erläuterung der einzelnen Bestimmungen

5.1 Gegenstand und Geltungsbereich

Art. 1 und 2 Grundsatz; internationale Verhältnisse

Die ZPO regelt – ganz allgemein gesprochen – das Verfahren in *Zivilsachen* (*Art. 1*). Dabei spielt es keine Rolle, ob es um eine streitige oder nichtstreitige Angelegenheit geht: Die ZPO gilt auch für die so genannte freiwillige Gerichtsbarkeit (*Bst. a und b*).

Während jedoch die streitigen Sachen ausnahmslos erfasst werden, sind bei der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* wesentliche Einschränkungen zu machen. Nur die *gerichtlichen Angelegenheiten* fallen unter die ZPO:

- Der Entwurf gilt somit nicht für die *Registersachen* (Zivilstandsregister, Grundbuch, Handelsregister, Register des Geistigen Eigentums): Diese bleiben – weil Gegenstand eigentlicher Verwaltungsverfahren – in den einschlägigen Spezialerlassen geregelt.
- Die *öffentliche Beurkundung* fällt ebenfalls nicht unter die ZPO, sondern bleibt Sache des kantonalen Rechts (Art. 55 SchlT ZGB).
- Keine Geltung hat die ZPO ferner für Zivilsachen, die von *kantonalen Verwaltungsverfahren* behandelt werden (Art. 54 SchlT ZGB): Bei diesen wird weiterhin kantonales Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommen, wie das in der Vernehmlassung aus verfassungsrechtlichen Gründen gefordert wurde. Doch steht es den Kantonen selbstverständlich frei, die neue ZPO anwendbar zu erklären.
- Die ZPO gilt auch nicht automatisch für den *Kindesschutz* und das *Vormundschaftsrecht*. Die Kantone bleiben im Rahmen des Zivilgesetzbuches zuständig, das Verfahren zu regeln. Sie können die Verwaltungsjustiz für anwendbar erklären oder das Verfahren der ZPO unterstellen. Der *Entwurf für ein revidiertes Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*⁵⁸ hält an dieser Kompetenzordnung grundsätzlich fest – allerdings mit einem deutlichen Bekenntnis zur neuen einheitlichen ZPO: Diese wird neben den revidierten Verfahrensbestimmungen des ZGB zur Anwendung kommen, wenn die

⁵⁶ SR **0.211.230.02**; für die Schweiz am 1. Januar 1984 in Kraft getreten.

⁵⁷ Anwaltsgesetz, BGFA vom 23. Juni 2000 (SR **935.61**).

⁵⁸ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl **2006** 7001

Kantone nichts anderes vorsehen (Art. 450f E-ZGB)⁵⁹. Im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutz wird also «vermutungsweise» Zivilprozessrecht gelten.

Dass das Verfahren für die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht ganz vereinheitlicht werden kann, liegt nicht nur an der föderalistischen Struktur unseres Landes, sondern vor allem an der fehlenden Schärfe dieses Begriffes. Obwohl ein klassischer und sehr geläufiger Terminus des Zivilprozessrechts, ist «freiwillige Gerichtsbarkeit» viel eher eine historische als eine technische Bezeichnung. Zu viele unterschiedliche Materien fallen darunter: Eigentliche *Gerichtssachen* (diese werden allesamt von der ZPO erfasst), reine *Verwaltungstätigkeit* (Register und öffentliche Beurkundung) bis hin zu eigentlicher *Eingriffsverwaltung* oder *Fürsorge* (Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes). Ihnen gemeinsam ist nur, dass sie mit Zivilrecht in Zusammenhang stehen. Deshalb können sie zwar mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weiter gezogen werden (vgl. Art. 72 Abs. 2 Bst. b BGG), bei den Vorinstanzen jedoch bedingen die unterschiedlichen Materien unterschiedliche Verfahren.

Die ZPO wird auch für die gerichtlichen Angelegenheiten des *SchKG* gelten (Art. 1 Bst. c). Dabei spielt es – wie schon nach geltendem Recht – keine Rolle, ob der Streit wirklich *zivilrechtlicher* oder lediglich *betreibungsrechtlicher* Natur ist, auch nicht, ob ein einlässliches (z.B. Aberkennung- oder Kollokationsprozess) oder nur ein summarisches Verfahren (wie Rechtsöffnung oder Arrest) in Frage steht. Auch einseitige Anordnungen der Gerichte (z.B. die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, Ermächtigungen des Nachlassgerichts zur Veräusserung oder Belastung von Anlagevermögen) werden nach den Regeln der ZPO getroffen. Die *Verfügungen der Vollstreckungsorgane* hingegen (insbesondere der Betreibungs- und Konkursämter) sowie die *betreibungsrechtliche Beschwerde* (Art. 17 ff. SchKG) stehen ausserhalb der ZPO. Sie bleiben – wie bis anhin – eigenständige Verwaltungsverfahren.

Der Geltungsbereich umfasst auch die sog. *Binnenschiedsgerichtsbarkeit* (Art. 1 Bst. d; vgl. die Erläuterungen zu den Art. 351 ff.). Und schliesslich werden auch die *internationalen Prozesse* nach den Regeln der ZPO laufen, wenn das Forum in der Schweiz liegt. Freilich werden dabei die besonderen Bestimmungen des internationalen Zivilprozessrechts zu beachten sein (Art. 2), so z.B. die Gerichtsstandsregeln des IPRG oder des Lugano-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁶⁰.

Art. 3 Organisation der Gerichte und Schlichtungsbehörden

Diese Bestimmung wiederholt zunächst den verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach die Kantone für die Organisation ihrer Gerichte zuständig bleiben (vgl. Art. 122 Abs. 2 BV). So soll wie bis anhin kantonales Recht regeln, wie die Gerichtspersonen gewählt werden, ob die Gerichte Kollegial- oder Einzelgerichte sind, wie die Spruchkompetenzen lauten, wie die Gerichte bezeichnet werden (z.B. «Einzelrichter», «Bezirksgericht», «Kantonsgericht», «Obergericht»), wie sie terri-

⁵⁹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001

⁶⁰ LugÜ vom 16. September 1988 (SR 0.275.11); für die Schweiz am 1. Januar 1992 in Kraft getreten.

torial organisiert sind (Gerichtsbezirke, Kreise oder Regionen), wie – ob im Original oder auf elektronischen Datenträgern – die Akten aufzubewahren sind usw.

Das Gesetz kann jedoch *Ausnahmen* vorsehen. Der Entwurf macht von dieser Ausnahmekompetenz nur höchst zurückhaltend Gebrauch: In die kantonale Organisation soll nur soweit eingegriffen werden, als es für ein einheitliches Verfahren oder für die Durchsetzung des materiellen Rechts *unerlässlich* ist (vgl. auch Ziff. 2.2). Zu nennen ist etwa das Paritätsgebot für die Schlichtungsstellen in Miet-, Pacht- und Gleichstellungssachen (Art. 197). Diese Paritäten werden jedoch schon vom geltenden Recht verlangt. Anders als der Vorentwurf (Art. 194 VE) wird hingegen darauf verzichtet, auch für die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eine paritätische Schlichtungsstelle vorzuschreiben, denn dies stiess in der Vernehmlassung auf erhebliche Kritik der Kantone.

5.2 **Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand**

5.2.1 **Sachliche und funktionelle Zuständigkeit**

Art. 4 Grundsätze

Absatz 1 trägt dem föderalistischen Prinzip des Artikels 3 Rechnung: Die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit bleibt dem kantonalen Recht vorbehalten, weil sie untrennbar mit der Gerichtsorganisation zusammenhängt. Die Kantone können somit wie bisher die Frage der erstinstanzlichen Zuständigkeit (Einzelrichter bzw. Einzelrichterin oder Kollegialgericht) von einem bestimmten Streitwert abhängig machen (*Abs. 2*). Für die Berechnung des Streitwerts ist die ZPO massgebend (vgl. Art. 89 ff.).

Wie bei der Gerichtsorganisation können sich jedoch auch hier ausnahmsweise bundesrechtliche Regelungen aufdrängen: So – wie schon nach geltendem Recht – für gewisse *Materien* (z.B. die immaterialgüter-, wettbewerbs- und haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 5), dann für die (optionale) *Handelsgerichtsbarkeit* (Art. 6) und die *Prorogation* des oberen Gerichts (Art. 7). Aber auch bestimmte *besondere Instrumente* des Zivilprozesses verlangen einheitliche Zuordnungen, damit sie in der ganzen Schweiz einheitlich gehandhabt werden können: So die Widerklage (Art. 13 und 221), die Hauptintervention (Art. 71), die Streitverkündungsklage (Art. 79), die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen (Art. 263) und die Mitwirkung des staatlichen Gerichts bei der Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 354 und 360).

Artikel 3 VE hatte den Grundsatz der «double instance» verankert (vgl. Ziff. 3.2.1). Die ZPO verzichtet darauf, denn dieser Grundsatz ist bereits im Bundesgerichtsgesetz ausdrücklich festgehalten (Art. 75 Abs. 2 BGG). Ferner ergibt er sich unmittelbar aus dem System der Rechtsmittel (Art. 304 ff.). Eine Wiederholung in der ZPO wäre sogar irreführend, denn grundsätzlich unterliegen nur *untere* erstinstanzliche Gerichte einer innerkantonalen Rechtsmittelkontrolle, nicht jedes erstinstanzliche kantonale Gericht.

Bereits heute schreibt das Bundesrecht den Kantonen für die Beurteilung immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher sowie gewisser haftpflichtrechtlicher Klagen eine einzige Instanz vor (vgl. Art. 76 PatG⁶¹, Art. 58 Abs. 3 MSchG⁶², Art. 37 DesG⁶³, Art. 42 Sortenschutzgesetz⁶⁴, Art. 64 Abs. 3 URG⁶⁵, Art. 14 Abs. 1 KG⁶⁶ und Art. 23 KHG⁶⁷). Diese Spezialmaterien verlangen nach einer Konzentration des rechtlichen und fachlichen Wissens bei einem einzigen kantonalen Gericht. *Absatz 1* übernimmt im Wesentlichen den heutigen Rechtszustand, wobei ausdrücklich auch die Lizenzstreitigkeiten unter diese exklusive Zuständigkeit fallen (*Bst. a, b und e*). Für die Streitigkeiten aus Patentrecht wird zurzeit sogar die Schaffung eines besonderen Bundespatentgerichtes diskutiert. Die ZPO wird entsprechend anzupassen sein, wenn ein solches Spezialgericht verwirklicht wird.

Die geltende Ordnung wird zudem durch zwei eng mit dem Immaterialgüterrecht verwandten Materien ergänzt: Streitigkeiten nach dem UWG⁶⁸ (*Bst. d*) und Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Gebrauch einer Firma (*Bst. c*; vgl. Art. 944 und 956 OR). Ferner haben die Kantone das Gericht zu bezeichnen, welches als einzige Instanz für die Einsetzung eines Sonderprüfers (*Bst. g*; vgl. Art. 697b OR) sowie für Klagen gegen den Bund zuständig ist (*Bst. f*). Bei den Letzteren handelt es sich um Klagen, für die nicht der direkte Prozess vor Bundesgericht anwendbar ist (Art. 41 OG⁶⁹ bzw. Art. 120 BGG). Auch Rückführungsentscheide bei internationalen Kindsentführungen gehören vor eine einzige kantonale Instanz (*Bst. h*; vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 298)⁷⁰.

Die Höhe des Streitwertes spielt für die Zuständigkeit nach Artikel 5 grundsätzlich keine Rolle. Nur für Streitigkeiten nach dem UWG wird ein Streitwert von mehr als 30 000 Franken verlangt. Denn kleinere Prozesse sind in der Regel Verbrauchersachen, für die das (kostengünstigere) vereinfachte Verfahren (Art. 239 ff.) anzuwenden ist.

In den betreffenden Materien spielen die *vorsorglichen Massnahmen* eine ganz herausragende Rolle. Zu denken ist z.B. an die Einziehung von Produkten, die in Verletzung eines Designrechts zum Verkauf angeboten werden. Die Zuständigkeit eines unteren Gerichts, z.B. eines Bezirksgerichts, wäre hier wenig prozessökonomisch (Zersplitterung des in der Regel komplexen Verfahrens). Vielmehr drängt sich die Zuständigkeit des mit der Hauptsache betrauten Gerichts geradezu auf, und zwar schon für vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache (*Abs. 2*).

⁶¹ Patentgesetz vom 25. Juni 1954 (SR **232.14**).

⁶² Markenschutzgesetz vom 28. August 1992 (SR **232.11**).

⁶³ Designgesetz vom 5. Oktober 2001 (SR **232.12**).

⁶⁴ Sortenschutzgesetz vom 20. März 1975 (SR **232.16**).

⁶⁵ Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (SR **231.1**).

⁶⁶ Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (SR **251**).

⁶⁷ Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (SR **732.44**).

⁶⁸ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR **241**).

⁶⁹ Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943 (SR **173.110**).

⁷⁰ Vgl. den Schlussbericht vom 6. Dezember 2005 der eidgenössischen Kommission über den Kinderschutz bei Kindsentführungen, S. 39 f.

Die Handelsgerichtsbarkeit spielt in den vier grossen schweizerischen Mittellandkantonen Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich eine wichtige Rolle. Sie hat sich in der Praxis ausserordentlich bewährt⁷¹. Ihr grosser Vorteil liegt im Zusammenwirken von höheren Berufsrichtern und -richterinnen und fachkundigen Laienhandelsrichterinnen und -richtern aus den jeweils vom Streit betroffenen Branchen. Das Handelsgericht ist somit ein *Fachgericht*. Die vier bestehenden Handelsgerichte sind sodann auf der oberen kantonalen Gerichtshierarchie angesiedelt, was die Akzeptanz ihrer Urteile erhöht. Auch aus internationaler Sicht ist die Handelsgerichtsbarkeit aus den vier Kantonen nicht mehr wegzudenken.

Die ZPO überlässt es wie bisher dem freien Willen der Kantone, solche Fachgerichte einzusetzen. Doch liegt dem Bundesrat – wie schon der Expertenkommission – sehr daran, die Handelsgerichtsbarkeit aufzuwerten. Diesbezüglich geht der Entwurf sogar noch einen Schritt weiter als der Vorentwurf: Das Handelsgericht wird als *einzig kantonale Instanz* entscheiden. Es gibt kein innerkantonales Rechtsmittel gegen sein Urteil, auch kein beschränktes, wie dies der Vorentwurf noch vorgesehen hatte. Vielmehr unterliegt der Entscheid des Handelsgerichts künftig unmittelbar der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das BGG erlaubt diese Durchbrechung der «double instance» ausdrücklich (Art. 75 Abs. 2 Bst. b BGG). Der Entwurf setzt diese sachgerechte Option um und kommt damit den in der Vernehmlassung mit Nachdruck geäusserten Anliegen nach (*Abs. 1*). Die Abkürzung des Instanzenzugs kann nicht nur mit der Fachkompetenz des Spezialgerichtes gerechtfertigt werden. Sie dient vielmehr auch der Beschleunigung der Prozesse, die bei der Handelsgerichtsbarkeit eine herausragende Rolle spielt.

Die *sachliche Zuständigkeit* der Handelsgerichte orientiert sich an den geltenden kantonalen Regelungen. Sie wird durch drei Kriterien bestimmt: Erstens muss die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sein (*Abs. 2 Bst. a*), zweitens muss die Streitigkeit mit der Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht überhaupt anfechtbar sein (*Abs. 2 Bst. b*), und drittens schliesslich bedarf es des Eintrages der Firma beider Parteien im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register (*Abs. 2 Bst. c*). Im Gegensatz zum Vorentwurf müssen somit *beide* Parteien im Handelsregister eingetragen sein. Diesbezüglich ist der Entwurf strenger als das geltende Recht⁷². Auch die *Einlassung* ist – anders als nach dem Vorentwurf – nicht mehr möglich. Diese Abweichungen liegen darin begründet, dass sonst Konsumentenstreitigkeiten bei einem Streitwert von über 30 000 Franken – z.B. aus Kauf eines privaten Personenwagens – plötzlich der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen würden (statt dem ordentlichen Verfahren). Und bei Einlassung liefe eine Partei Gefahr, unwissentlich auf das ordentliche Verfahren zu verzichten und damit auch eine Instanz zu verlieren.

Trotz dieser Einschränkung ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bewusst sehr weit gefasst. *Absatz 3* ermöglicht es den Kantonen, sie sogar noch zusätzlich auszudehnen: Zum einen auf die Streitigkeiten des Artikels 5, sodann ganz allgemein auf Streitigkeiten aus Gesellschafts- sowie Anlagefonds- und Anleiensrecht. Es steht den Kantonen frei, für diese Angelegenheiten Streitwertgrenzen festzusetzen. Zu beachten ist, dass das Handelsgericht in seinem Zuständigkeits-

⁷¹ Vgl. David Rüetschi, Die Zukunft der Handelsgerichte, SJZ 2005 S. 29 ff.

⁷² Vgl. z.B. Art. 5 ZPO/BE i.V.m. Art. 55 GOG/BE; § 62 f. GVG/ZH; Art. 14 ZPO/SG.

bereich immer auch für die Anordnung *vorsorglicher Massnahmen* zuständig ist (*Abs. 4*). Diese Kompetenzattraktion drängt sich im Interesse eines einheitlichen Verfahrens auf.

Art. 7 Direkte Klage beim oberen Gericht

Wie der Vorentwurf sieht der Entwurf die Möglichkeit einer Prorogation der sachlichen Zuständigkeit bei der oberen kantonalen Instanz vor. Es muss sich aber um eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit Streitwert von mindestens 100 000 Franken handeln (*Abs. 1*; vgl. auch *Art. 75 Abs. 2 Bst. c BGG*). Andere Streitsachen sind nicht prorogierbar.

Diese Parteioption hat sich in den Kantonen sehr bewährt. Zu denken ist vor allem auch an Kantone, welche keine spezielle Handelsgerichtsbarkeit kennen, in denen die Parteien die betreffenden Streitigkeiten aber zwecks Beschleunigung durch das obere kantonale Gericht erledigen lassen wollen. Der vorgeschlagene Mindeststreitwert von 100 000 Franken ist im Vergleich zu den heutigen kantonalen Regelungen relativ hoch. Er ist jedoch gerechtfertigt, weil hier eine ausserordentliche sachliche Zuständigkeit begründet wird.

Nach *Absatz 2* entscheidet das prorogierte Gericht als einzige kantonale Instanz. Seine Entscheide können demnach nicht bei einer weiteren kantonalen Instanz angefochten werden, auch nicht mit einem ausserordentlichen und beschränkten Rechtsmittel.

5.2.2 Örtliche Zuständigkeit

In den Artikel 8–44 regelt die ZPO die örtliche Zuständigkeit – durch Einbau des Gerichtsstandsgesetzes (*GestG*), das am 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist. Mit der Schweizerischen ZPO wird das *GestG* somit obsolet und kann aufgehoben werden (vgl. *Ziff. I* des Anhangs).

Grundsätzlich werden Systematik und die Regeln des *GestG* unverändert übernommen. Modifikationen erfolgen nur vereinzelt, sei es zwecks Präzisierung oder für punktuelle Korrekturen aufgrund der bisherigen praktischen Erfahrungen. Rein dogmatisch könnte die Ordnung der Gerichtsstände auch einer anderen Systematik als jener des *GestG* folgen. Aus *Konkordanzgründen* übernimmt die ZPO jedoch den Katalog des *GestG*, zumal dieser auf der bewährten und vertrauten Systematik der grossen Privatrechtskodifikationen ZGB und OR beruht. Soweit die ZPO das Recht des *GestG* unverändert rezipiert, erübrigen sich Ausführungen in dieser Botschaft. Erläutert werden hingegen die Abweichungen.

Art. 8 Zwingende Zuständigkeit

Die Bestimmung entspricht Artikel 2 *GestG*.

Art. 9 Wohnsitz und Sitz

Geregelt wird in Übereinstimmung mit Artikel 3 *GestG* der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Partei.

Neu fallen auch Klagen gegen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (*Abs. 1 Bst. b*) sowie Klagen gegen Kantone (*Abs. 1 Bst. d*) ausdrücklich unter den allgemeinen Gerichtsstand, wobei als Sitz des Kantons der Kantonshauptort gilt. Für Klagen gegen den Bund wird eine bürgerfreundlichere Regelung getroffen, als sie das GestG kennt: Zuständig sind alternativ das Obergericht des Kantons Bern oder das Obergericht des Kantons, in dem die klagende Partei ihren Wohnsitz, Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (*Abs. 1 Bst. c*).

Art. 10 Aufenthaltsort

Grundsätzlich entspricht diese Bestimmung Artikel 4 GestG. Falls die beklagte Partei keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, gilt der letzte bekannte Aufenthaltsort als Gerichtsstand (*Abs. 3*). Die Lücke des GestG wird damit geschlossen.

Art. 11 Niederlassung

Die Bestimmung entspricht Artikel 5 GestG.

Art. 12 Vorsorgliche Massnahmen

Die Bestimmung entspricht Artikel 33 GestG.

Aus systematischen Gründen wird dieser Gerichtsstand neu bei den allgemeinen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit geregelt. Dabei bleiben die Kantone grundsätzlich frei, *sachlich* das Hauptsachegericht selbst oder einen Einzelrichter bzw. eine Einzelrichterin zu bestimmen (für Ausnahmen vgl. bei Art. 5 und 6). Der Gerichtsstand für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gilt auch für die so genannte vorsorgliche Beweisführung (vgl. auch Art. 155; Beweissicherung).

Art. 13 Widerklage

Inhaltlich stimmt die Bestimmung mit Artikel 6 GestG überein. Geregelt wird hier jedoch nur der *territoriale* Aspekt der Widerklage. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach Artikel 221.

Art. 14 Streitgenossenschaft und Klagenhäufung

Die Bestimmung übernimmt – wie schon der Vorentwurf – Artikel 7 GestG. Jedoch wird ausdrücklich klargestellt, dass der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nicht gilt, sofern diese Zuständigkeit nur auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht (vgl. zur Klagenhäufung auch Art. 88).

Art. 15 Streitverkündungsklage

Materiell geht diese Bestimmung auf Artikel 8 GestG zurück. Da der Entwurf jedoch die Gewährleistungsklage als besondere Verfahrensoption gesamtschweizerisch einführt (Art. 79 f.), entfällt der entsprechende Vorbehalt des kantonalen Rechts.

Art. 16 Gerichtsstandsvereinbarung

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 9 Absätze 1 und 2 GestG. Die Modifikationen sind redaktioneller Natur. Telex, Telefax und E-Mail werden – weil bloss Beispiele – im Gesetzestext nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Materiell bleiben sie selbstverständlich erfasst.

Das GestG sieht noch ein Ablehnungsrecht des prorogierten Gerichts vor (ebenso der Vorentwurf). Im Vernehmlassungsverfahren ist von verschiedener Seite geltend gemacht worden, damit werde – entgegen dem internationalen Standard – die Wahl eines neutralen und für den konkreten Fall vielleicht besonders geeigneten Gerichts verhindert. Zudem führe das Ablehnungsrecht zu einer Inländerdiskriminierung (vgl. Art. 17 LugÜ und Art. 5 IPRG, die keine solch ausgedehnten Ablehnungsrechte kennen). Aus diesen Gründen verzichtet die ZPO auf das Ablehnungsrecht.

Art. 17 Einlassung

Inhaltlich stimmt die Bestimmung mit Artikel 10 Absatz 1 GestG überein. Eine Einlassung ist – wie unter dem GestG – in den Materien der Sozialprozesse nicht möglich. Das Recht zur Ablehnung des Gerichts, das der Vorentwurf vorgesehen hat, übernimmt die ZPO nicht (vgl. die Erläuterungen zu Art. 16).

Art. 18 Freiwillige Gerichtsbarkeit

Die Bestimmung entspricht Artikel 11 GestG, doch werden neben den *Gerichten* neu allgemein auch die *Verwaltungsbehörden* angesprochen: Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt es sich oft um Verwaltungstätigkeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten, die in vielen Kantonen von Verwaltungsbehörden wahrgenommen wird. Das soll unter der ZPO möglich bleiben (vgl. die Erläuterungen zu Art. 1).

Der Gerichtsstand am Wohnsitz oder Sitz der gesuchstellenden Partei kommt für alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zuge, für die das Gesetz kein besonderes Forum vorsieht. Es handelt sich somit um einen typischen Auffangerichtsstand (vgl. demgegenüber die speziellen Foren für die Todes- und Verschollenerklärung [Art. 20], die Bereinigung des Zivilstandsregisters [Art. 21], den Erbgang [Art. 27 Abs. 2], die Grundstücke [Art. 28 Abs. 4], die beweglichen Sachen [Art. 29 Abs. 2], die Kraftloserklärung von Wertpapieren [Art. 41] und die Einberufung der Gläubigerversammlung bei Anlehensobligationen [Art. 42]).

Die Gerichtsstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit müssen von ihrer Natur her *zwingend* sein. Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 16) oder Einlassung (Art. 17) wären mangels Gegenpartei ja gar nicht möglich. Daher werden ihre besonderen Gerichtsstände – anders als noch im GestG – ausdrücklich als zwingend bezeichnet. Damit kommt der Entwurf auch der Forderung der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer nach, wonach die Qualität der Zuständigkeiten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit einheitlich zu regeln ist.

Art. 19 Persönlichkeits- und Datenschutz

Der Vorentwurf subsumierte die Zuständigkeit für den Persönlichkeits- und Datenschutz unter dem allgemeinen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung. In der Vernehmlassung ist dies kritisiert worden. Die ZPO sieht daher – wie Artikel 12 GestG – wieder einen speziellen Gerichtsstand am Wohnsitz oder Sitz einer Partei vor.

Art. 20 Todes- und Verschollenerklärung

Die Bestimmung entspricht Artikel 13 GestG. Sie wurde jedoch redaktionell präzisiert: Der Gerichtsstand am letzten bekannten Wohnsitz der verschwundenen Person gilt nicht nur für die Verschollenerklärung selber, sondern auch für die Todeserklärung sowie für allfällige Aufhebungen dieser Erklärungen (Art. 34 ff. ZGB).

Art. 21 Bereinigung des Zivilstandsregisters

Die Bestimmung ersetzt Artikel 14 GestG. Im Gegensatz zum GestG spricht die ZPO jedoch nicht mehr von Berichtigung, sondern von Bereinigung (vgl. auch Art. 245 Bst. a Ziff. 3), denn dies ist der zutreffende Oberbegriff (vgl. den Randtitel von Artikel 42 ZGB).

Die Zivilstandsregister werden seit dem 1. Juli 2004 elektronisch geführt (Art. 39 Abs. 1 ZGB). Der Bund verwaltet zu diesem Zweck für die Kantone die zentrale Datenbank *Infostar* (Art. 45a Abs. 1 ZGB). Einen eigentlichen Ort des Registers gibt es daher nicht mehr. Die Zivilstandsverordnung⁷³ bestimmt die örtliche Zuständigkeit der Registerbehörden nach Amtskreisen. Auch für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte knüpft sie beim Amtskreis an (Art. 30 Abs. 2 ZStV). Die ZPO übernimmt diese Regelung und folgt gleichzeitig den entsprechenden Vorschlägen der Vernehmlassung.

Art. 22 Eherechtliche Gesuche und Klagen

Inhaltlich übernimmt die Bestimmung Artikel 15 GestG. Sie wurde aber redaktionell gestrafft. Präzisiert wird, dass diese Zuständigkeit auch für vorsorgliche Massnahmen gilt.

Art. 23 Gesuche und Klagen bei eingetragener Partnerschaft

Die Bestimmung entspricht Artikel 15a GestG, der mit dem neuen Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare⁷⁴ eingeführt wurde. Es handelt sich um einen zum eherechtlichen Verfahren (Art. 22 Abs. 1) analogen Gerichtsstand.

Art. 24 Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses

Anders als Artikel 16 GestG und der Vorentwurf wird für diese Statusklagen nicht mehr die heutige Fülle von Gerichtsständen vorgeschlagen, sondern sachgerechterweise lediglich – und zwingend – der Gerichtsstand am Wohnsitz einer Partei. Der Entwurf kommt mit dieser Vereinfachung einem Anliegen der Vernehmlassung und auch der Praxis nach. Der Klägergerichtsstand des Kindes bleibt dabei voll gewahrt.

Art. 25 Unterhalts- und Unterstützungsklagen

Inhaltlich entspricht die Bestimmung Artikel 17 GestG. Sie ist jedoch sprachlich vereinfacht worden.

⁷³ Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV; SR 211.112.2).

⁷⁴ Partnerschaftsgesetz (PartG; SR 211.231).

Wie schon nach GestG gilt dieses Forum nur für *selbstständige* Unterhaltsstreitigkeiten. Bei Kombination mit einem eherechtlichen Verfahren oder mit einer Vaterschaftsklage greifen somit aus Gründen der Einheit des Verfahrens und der Prozessökonomie die speziellen Zuständigkeiten nach Artikel 22–24.

Art. 26 Ansprüche der unverheirateten Mutter

Anders als das GestG sieht die ZPO neu einen zwingenden Gerichtsstand für die Ansprüche der unverheirateten Mutter vor (Art. 295 ZGB). Damit wird eine Lücke geschlossen.

Art. 27 Erbrecht

Die Bestimmung entspricht Artikel 18 GestG, doch wurde sie um die entsprechenden Streitigkeiten aus dem Partnerschaftsgesetz ergänzt (*Abs. 1*).

Zudem kann eine Klage über die Zuteilung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstückes⁷⁵ nur dann am alternativen Forum der gelegenen Sache erhoben werden, wenn sie selbstständig ist (*Abs. 3*). Sie darf also keine fremdrechtlichen Begehren enthalten, auch nicht solche aus bürgerlichem Erbrecht. Doch genügt es, wenn das betroffene Grundstück dem BGGB nur teilweise untersteht.

Art. 28 Grundstücke

Artikel 28 entspricht weitgehend Artikel 19 GestG: Die *dinglichen* Klagen sowie die Klagen gegen die *Stockwerkeigentümergeinschaft* gehören wie bisher an den Ort der gelegenen Sache (*Abs. 1 Bst. a und b*). Auch der alternative Gerichtsstand am Domicil der beklagten Partei wird übernommen, hingegen mit zwei Modifikationen (*Abs. 2*):

- Zum einen muss sich die Klage auf *Rechte* am Grundstück beziehen (z.B. Übertragung des Eigentums, Einräumung einer Dienstbarkeit, Vormerkung eines persönlichen Rechts) Ein bloss *faktischer* Bezug zum Grundstück genügt somit ausdrücklich nicht. Damit wird eine Unklarheit des GestG behoben.
- Keine Anwendung findet das alternative Forum sodann für Klagen auf Errichtung *eines gesetzlichen Pfandrechts* (*Abs. 1 Bst. c*). An sich wäre eine solche Klage zwar ein Anwendungsfall von Absatz 2, doch besteht hier eine besondere Notwendigkeit eines zentralen Gerichtsstand am Ort der Sache: Wenn beispielsweise mehrere *Bauhandwerkerpfandrechte* im Zusammenhang mit dem gleichen Bauprojekt von verschiedenen Bauhandwerkern geltend gemacht werden, dürfen die Verfahren aus Gründen der Sachnähe, der Verfahrensökonomie sowie zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheide örtlich nicht auseinander fallen. Dieser besondere einheitliche Gerichtsstand wird auch in der Revision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts diskutiert⁷⁶.

⁷⁵ Vgl. Art. 11 ff. des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGGB; SR 211.412.11).

⁷⁶ Vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst. b^{bis} GestG gemäss Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Vorentwurf und Begleitbericht können vom Internet heruntergeladen werden: www.bj.admin.ch.

Für die Angelegenheiten der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* erklärt der Entwurf zwingend das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig (*Abs. 4*). Auch hier übernimmt die ZPO den Vorschlag des Vorentwurfs zur Revision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts⁷⁷.

Art. 29 Bewegliche Sachen

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 20 GestG. Bezüglich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (*Abs. 2*) wird zugleich der Vorschlag zur Revision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts übernommen⁷⁸.

Art. 30 Klagen aus Vertrag (Grundsatz)

Diese Bestimmung bringt gegenüber dem GestG eine wesentliche Neuerung: Klagen aus Vertrag sollen nicht nur am Domizil der beklagten Partei erhoben werden können, sondern alternativ auch am *Erfüllungsort*. Der Bundesrat schliesst sich dem Vorentwurf an und nimmt zugleich ein altes Anliegen auf, das bereits bei der Erarbeitung des Gerichtsstandsgesetzes formuliert wurde⁷⁹. Das Parlament hat auf diesen Gerichtsstand dann aber seinerzeit noch verzichtet⁸⁰.

Der Erfüllungsort gehört als Gerichtsstand in eine moderne Zivilprozessordnung⁸¹. Entsprechend wurde der Vorschlag des Vorentwurfs (Art. 27 VE) in der Vernehmlassung grossmehrheitlich begrüsst. Nicht nur ist dieses Forum den meisten nationalen Rechtsordnungen Westeuropas bekannt, sondern es hat sich auch im euro-internationalen Recht durchgesetzt (Art. 5 Nr. 1 Lugano-Übereinkommen). Vor allem für Wirtschaft und Handel hat es grosse Bedeutung. Auch ist es prozessökonomisch, weil sich am Erfüllungsort in der Regel vorsorgliche Massnahmen und auch allfällige Beweisverfahren mit weniger Aufwand durchführen lassen.

Trotz vieler Vorteile ist der Vertragsgerichtsstand aber nicht unproblematisch. Zum einen gilt es, den massgeblichen Erfüllungsort überhaupt erst zu *definieren*: Soll es der Ort sein, an dem die eingeklagte (Haupt-)Leistung nach Gesetz oder Vertrag zu erbringen ist (rechtlicher Erfüllungsort)⁸²? Oder ist es der Ort, an dem die streitige Leistung faktisch erbracht worden ist (faktischer Erfüllungsort)? Sollen gar beide Möglichkeiten gegeben sein, wie dies das Lugano-Übereinkommen vorsieht?

Je offener der Erfüllungsort umschrieben wird, desto grösser ist die Gefahr einer Aufspaltung der Vertragsverhältnisse und einer Vielzahl möglicher Vertragsgerichtsstände. Dies lädt zum sog. *forum running* ein – eine unerwünschte Konsequenz, die das Lugano-Übereinkommen deutlich aufgezeigt hat. Anders als der seinerzeitige Vorschlag zum Gerichtsstandsgesetz – und abweichend vom Lugano-

⁷⁷ Vgl. Art. 11 Abs. 2 GestG gemäss Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Vorentwurf und Begleitbericht können vom Internet heruntergeladen werden: www.bj.admin.ch.

⁷⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 3 GestG gemäss Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Vorentwurf und Begleitbericht können vom Internet heruntergeladen werden: www.bj.admin.ch.

⁷⁹ Vgl. Botschaft zum GestG vom 18. November 1998, BBl 1999 2858 f.

⁸⁰ AB 1999 N 1032.

⁸¹ Zum Gerichtsstand des Erfüllungsortes vgl. allgemein Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 4. Kap. N 45d ff.; Lucien William Valloni, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler-Übereinkommen, Zürich 1998.

⁸² Dies war der Vorschlag des Bundesrates seinerzeit bei der Erarbeitung des Gerichtsstandsgesetzes (vgl. die BBl 1999 2858 f., 2882).

Übereinkommen – definiert der Entwurf den Erfüllungsort daher *eng*: Er bestimmt sich ausschliesslich durch den Ort, an dem die *charakteristische Leistung* zu erbringen ist (vgl. z.B. Art. 117 IPRG). Jeder Vertrag hat in der Regel nur *eine* charakteristische Leistung, so dass ein unnötiges *Splitting* der Gerichtsstände vermieden wird. Wo die charakteristische Leistung erbracht werden muss, kann vertraglich geregelt werden. Fehlt eine vertragliche Bestimmung, so greift Artikel 74 OR.

Bei den vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Verträgen wird durch die enge Formulierung zudem die besondere Problematik für die Vertragspartei entschärft, die als Gegenleistung eine *Geldsumme* (z.B. Kaufpreis) zu bezahlen hat. Geldschulden sind vermutungsweise Bringschulden (Art. 74 OR), doch ginge nicht an, dem Gläubiger (z.B. dem Verkäufer) am eigenen Wohnsitz jeweils einen Klägergerichtsstand zu öffnen. Weil die Geldleistung beim Kauf jedoch nicht die charakteristische Leistung ist, entfällt das unerwünschte *forum actoris* des Verkäufers.

Die enge Umschreibung des Erfüllungsortes lehnt sich an Artikel 5 Ziff. 1 der EG-Verordnung 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁸³ und die laufende Revision des Lugano-Übereinkommens an. Die Lösung des Entwurfs ist aber insofern einfacher, als sie über die Warenkaufs- und Dienstleistungsverträge hinausgeht.

Hervorzuheben ist, dass der Gerichtsstand des Erfüllungsortes *nicht für alle Vertragstypen gilt*. Spezielle gesetzliche Gerichtsstände verdrängen ihn, insbesondere jene des *sozialen Privatrechts* (Konsumentenvertrag, Miete und Pacht, Arbeitsrecht). Deren Gerichtsstände gehen als *leges speciales* dem allgemeinen Vertragsgerichtsstand vor (vgl. Art. 31 ff.). Auf diese Weise wird vermieden, dass sozialpolitisch motivierte besondere Gerichtsstände durch den Erfüllungsort ausgehebelt werden.

Zwar ist einzuräumen, dass auch die engere Definition des Entwurfs nicht alle Probleme zu lösen vermag. Dennoch hält der Bundesrat – im Einklang mit dem Vorentwurf und dem Ergebnis der Vernehmlassung – daran fest. Durch die Justizreform haben sich die *rechtlichen Rahmenbedingungen* nämlich geändert: Anders als seinerzeit bei der Schaffung des Gerichtsstandsgesetzes wird heute das gesamte Prozessrecht vereinheitlicht. Der Gerichtsstand wird somit nicht mehr das anwendbare Prozessrecht bestimmen können (wodurch der beklagten Partei unter Umständen «fremdes» Recht aufgedrängt wurde), denn jedes Gericht in der Schweiz wird künftig nach den gleichen Spielregeln verfahren. Ein Abweichen vom Wohnsitzgerichtsstand fällt deswegen für die beklagte Partei weit weniger ins Gewicht. Und nicht zuletzt kann durch diesen Gerichtsstand auch die bestehende *Selbstdiskriminierung* der Schweiz beseitigt werden.

Art. 31 Konsumentenvertrag

Die Bestimmung entspricht Artikel 22 GestG.

Die (enge) Definition des Konsumentenvertrages ist als Kompromiss aus einer langen parlamentarischen Diskussion anlässlich der Beratung des GestG hervorgegangen. Sie wird vom Entwurf übernommen.

⁸³ ABL L 12 vom 16.1.2001, S. 1 ff.

Art. 32 Miete und Pacht unbeweglicher Sachen

Die Bestimmung stimmt mit Artikel 23 Absatz 1 GestG überein. Hingegen wird die Sonderregel für die landwirtschaftliche Pacht fallengelassen, denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die landwirtschaftliche Pacht anders behandelt werden sollte als die Pacht von Geschäftsräumen. In der Vernehmlassung wurde darauf zu Recht hingewiesen.

Art. 33 *Arbeitsrecht*

Inhaltlich entspricht die Bestimmung Artikel 24 Absätze 1 und 2 GestG. Insbesondere bleibt unerheblich, ob der betreffende Streit eine arbeitsrechtliche Frage des OR oder eines Spezialgesetzes betrifft⁸⁴.

Hingegen verzichtet der Entwurf auf den zusätzlichen Gerichtsstand am Entsendeort (vgl. Art. 24 Abs. 3 GestG). Da Entsendungen nur vorübergehend sind, besteht – zumindest im innerschweizerischen Verhältnis – kein Bedarf nach diesem zusätzlichen Forum.

Art. 34 Verzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände

Die Gerichtsstände des Sozialprozesses (Art. 31–33) sind teilzwingend (so auch Art. 21 GestG). Demgegenüber hatte der Vorentwurf vorgesehen, das *Einlassungsverbot* aufzuheben. Dies wurde im Vernehmlassungsverfahren jedoch heftig kritisiert. Der Entwurf hält daher am geltenden Recht fest: Einlassung im Sozialprozess bleibt unzulässig.

Art. 35 Unerlaubte Handlung (Grundsatz)

Die Bestimmung entspricht Artikel 25 GestG.

Auch die besonderen Gerichtsstände des Haftpflichtrechts werden aus dem GestG grundsätzlich übernommen, mit Ausnahme des besonderen Forums für *Massenschäden*. Der Vorentwurf hatte hier das Gericht am Unfallort für zwingend zuständig erklärt – in Präzisierung der geltenden Regelung (Art. 27 GestG).

Bereits bei der Schaffung des Gerichtsstandsgesetzes war und blieb das Forum für Massenschäden jedoch umstritten. Zwar wurde das Bestreben begrüsst, für grosse Schäden einen einheitlichen Gerichtsstand zu schaffen. Als problematisch hingegen wurde der Begriff «Massenschaden» angesehen. Er sei zu unbestimmt und daher kaum justiziabel. Diese Kritik ist seither nicht verstummt; auch in der Vernehmlassung trat sie erneut deutlich zu Tage.

Zuständigkeitsrecht muss übersichtlich und klar sein: Die Adresse des zuständigen Gerichts sollte daher möglichst einfach bestimmbar sein. Es ist zu vermeiden, dass die örtliche Zuständigkeit Gegenstand langwieriger Streitigkeiten werden kann. Gerade in einem kleinen Land wie der Schweiz sind solche Konflikte tendenziell

⁸⁴ Z.B. Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG; SR 151.1); Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14); Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11).

absurd – zumal vor dem Hintergrund eines künftig vereinheitlichten Prozessrechts. Wie die Literatur gezeigt hat, ist es jedoch unmöglich, einen Grossschaden oder Massenschaden präzise genug zu formulieren, um das anwendbare Forum exakt zu lokalisieren. Die heutige Regelung (Art. 27 GestG) vermittelt daher eine bloss Scheinsicherheit. Daran vermag auch die leicht modifizierte Fassung des Vorentwurf nichts zu ändern (Konzentration auf den Unfallort, vgl. Art. 35 VE). Auf den ersten Blick wäre es gewiss einfach, beispielsweise eine Mindestanzahl geschädigter Personen oder eine Mindesthöhe der Schadenssumme im Gesetz festzuschreiben, doch wäre eine solche Quantifizierung letztlich willkürlich.

Der Bundesrat verzichtet deswegen auf diesen problematischen Gerichtsstand. Auch bei Grossschäden spielt somit im Ausgangspunkt das allgemeine Zuständigkeitsrecht der unerlaubten Handlung. Eine mögliche Vielzahl von Verfahren kann durch umsichtige *Prozessleitung* durchaus koordiniert werden (Art. 122 ff.). Die Geschädigten können sich sodann als *Streitgenossen* konstituieren. Eine besondere Bewältigung bestimmter Typen von *Grosskatastrophen* (z.B. Nuklearunfälle) muss im Übrigen Gegenstand von Sonderrecht bleiben.

Art. 36 Schadenersatz bei ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen

Diese Bestimmung ist neu. Für Schadenersatzklagen wegen ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen ist das Gericht am Ort, wo die vorsorgliche Massnahme angeordnet worden ist, oder das Gericht am Domizil der beklagten Partei zuständig. Aus rein praktischen Gründen wird meist der Anordnungsort der Massnahme (Art. 12) der sachnächste Gerichtsstand sein.

Bisher kennen 13 Kantone in ihren Zivilprozessordnungen entsprechende Bestimmungen⁸⁵; auch im Bundesrecht sind solche zu finden (vgl. etwa Art. 273 SchKG). Dieser Rechtszersplitterung setzt Artikel 36 ein Ende.

Vor allem im Immaterialgüterrecht wird diese Bestimmung eine wichtige Rolle spielen. Im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbes und Verdrängungskampfes wird immer wieder versucht, durch vorsorgliche Massnahmen Verkaufssperren und Gebrauchsverbote (von Marken usw.) zu erwirken und sich so Absatzvorteile zu verschaffen. Dies kann beim Betroffenen erhebliche Schäden zur Folge haben. Es rechtfertigt sich deshalb, für entsprechende Ansprüche eine klare Gerichtsstandsordnung zu schaffen.

Art. 37 und 38 Motorfahrzeug- und Fahrradunfälle; Adhäsionsklage

Die Bestimmungen entsprechen den Artikeln 26 und 28 GestG.

Art. 39 Gesellschaftsrecht

Die Bestimmung entspricht Artikel 29 GestG.

⁸⁵ Vgl. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 223.

Art. 40 Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen

Die Bestimmung entspricht Artikel 29a GestG, der im Rahmen des Fusionsgesetzes⁸⁶ ins Gerichtsstandsgesetz eingefügt worden ist⁸⁷. Den Aktionären und den Gläubigern soll der Gerichtsstand am Sitz ihrer Gesellschaft erhalten bleiben.

Art. 41 Kraftloserklärung von Wertpapieren und Versicherungspolice; Zahlungsverbot

Die Bestimmung entspricht Artikel 30 GestG. Zur Klarstellung werden nun die *Beteiligungspapiere* allgemein (*Abs. 1*) und die Versicherungspolice (*Abs. 3*) ausdrücklich genannt. Damit kann Artikel 13 Absatz 1 VVG aufgehoben werden (vgl. Anhang Ziff. 8).

Im Gegensatz zum GestG setzt der Entwurf für die Kraftloserklärung von Grundpfandtiteln einen speziellen Gerichtsstand am Ort des Grundstücks (*Abs. 2*). Damit übernimmt die ZPO die im Rahmen der Revision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts vorgesehene Änderung von Artikel 30 GestG⁸⁸.

Art. 42 Anlehensobligationen

Das Recht der Anlehensobligationen (Art. 1156 ff. OR) hat eine starke internationalrechtliche Komponente. Von daher ist die örtliche Zuständigkeit nicht in der ZPO, sondern vielmehr im IPRG zu regeln. Da jedoch auch rein nationale Sachverhalte denkbar sind, kann auch das IPRG dem Phänomen nicht immer gerecht werden. Aus diesen Gründen wird dieses spezielle Forum ins Obligationenrecht reintegriert, wodurch internationale und nationale Sachverhalte gleichermaßen abgedeckt sind (Verweis auf Art. 1165 E-OR, vgl. Ziff. 5 des Anhangs).

In der Sache wird die Regelung von Art. 31 GestG übernommen – unter Präzisierung des Verhältnisses der Gerichtsstände.

Art. 43 Anlagefonds

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 32 GestG; redaktionell ist sie jedoch stark vereinfacht worden. Sie wird später an das entstehende *Kollektivanlagengesetz* angepasst werden müssen⁸⁹.

Da nach der Lehre nicht nur die Anlegerinnen und Anleger, sondern auch die Vertretung der Anlegergemeinschaft aktivlegitimiert ist, wird in der ZPO auch die Vertretung der Anlegergemeinschaft aufgeführt⁹⁰.

⁸⁶ Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 (FusG; SR 221.301).

⁸⁷ Vgl. Botschaft zum FusG vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4429, 4490 f., 4506.

⁸⁸ Vgl. Art. 30 Abs. 3 GestG gemäss Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Vorentwurf und Begleitbericht können vom Internet heruntergeladen werden: www.bj.admin.ch.

⁸⁹ Entwurf Kollektivanlagengesetz (KAG), BBl 2005 6553 f. sowie Botschaft zum KAG vom 23. September 2005, BBl 2005 6490.

⁹⁰ Vgl. BSK-Dominik Vock, Art. 32 GestG N 3.

Art. 44 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Diese Bestimmung nimmt einerseits den geltenden gerichtsstandsrechtlichen Vorbehalt zu Gunsten des SchKG auf (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. b GestG). Andererseits dient sie der Klarstellung: Wenn das SchKG für eine seiner Klagen keinen Gerichtsstand statuiert, so bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach der ZPO.

Unter der Herrschaft des GestG ist teilweise postuliert worden, die örtliche Zuständigkeit bei Schweigen des SchKG durch kantonales Recht zu regeln. Einige Kantone haben diesen Weg beschritten. Andere Lehrmeinungen erwogen, die Zuständigkeitsvorschriften des GestG analog anzuwenden⁹¹. Diese Kontroverse wird obsolet.

Für eine SchKG-Klage ist der Gerichtsstand somit zunächst im SchKG selbst zu suchen. Findet sich dort kein Forum, so bestimmt es sich nach diesem Kapitel der ZPO. Das gilt insbesondere für die Anerkennungsklage (Art. 79 Abs. 1 SchKG), die Arrestschadenersatzklage (Art. 273 SchKG), die Arrestprosequierungsklage (Art. 279 Abs. 2 SchKG), die Klage auf Duldung der Rückschaffung von Retentionsgegenständen (Art. 284 SchKG) und die Admassierungsklage (Art. 242 Abs. 3 SchKG).

5.2.3 Ausstand

Art. 45 Ausstandsgründe

Konkretisiert wird der verfassungsmässige Anspruch auf ein unparteiisches Gericht (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV). *Absatz 1* Buchstabe a–d zählt beispielartig vier typische Ausstandsgründe auf. Eine Generalklausel findet sich in Buchstabe e (Befangenheit aus anderen Gründen): Sie kommt zum Tragen, wenn ein bestimmtes Verhalten des Richters bei objektiver Betrachtungsweise den *Anschein* der Befangenheit erweckt⁹² – ob der Richter tatsächlich befangen ist, spielt keine Rolle.

Aus Gründen einer ökonomischen Gerichtsorganisation sowie im Interesse eines zügigen Verfahrens darf jedoch nicht jede Vorbefastheit *eo ipso* einen Ausstandsgrund schaffen. Der Entwurf will diesbezüglich nicht strenger sein als das geltende (kantonale) Recht. *Absatz 2* führt daher – wie dies in der Vernehmlassung angeregt wurde – beispielartig typische Fälle auf, in denen die Mitwirkung in einem vorherigen Verfahren keinen selbstständigen Ausstandsgrund darstellt. Die Regelung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁹³. Selbstverständlich kann auch in diesen Fällen Befangenheit vorliegen: Es müssen jedoch zusätzlich besondere Umstände gegeben sein – die Befastheit allein genügt nicht. Zu denken ist etwa an den Fall, dass eine Einzelrichterin oder ein Einzelrichter die unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit des Prozesses ablehnt *und* dabei keinen Zweifel offen lässt, dass sie oder er im Hauptprozess entsprechend entscheiden werde. Problematisch wäre auch, wenn eine Gerichtspräsidentin oder ein Gerichtspräsident im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens einen Urteilsvorschlag erlassen würde (Art. 207), nachdem sie oder er ein Beweisverfahren durchgeführt hat (Art. 200

⁹¹ Vgl. BSK-Claudia Meyer, Art. 1 GestG N 11 ff.; Spühler/Vock, GestG, Art. 1 N 6.

⁹² Vgl. BGE 126 I 68

⁹³ BGE 131 I 113 (betr. negativer Beurteilung der Prozessaussichten bei der unentgeltlichen Prozessführung); Bundesgerichtsentscheid 5P.58/2005 (betr. vorsorglicher Beweisführung).

Abs. 2). Sie oder er dürfte diesfalls eine spätere Klage nicht mehr beurteilen. Einfache Schlichtungstätigkeit oder blosser Rechtsberatung durch die Schlichtungsstelle (Art. 198) begründen hingegen keine Ausstandspflicht (*Bst. b*).

Gegenüber dem Vorentwurf sind die Ausstandsgründe systematischer aufgebaut und mit dem BGG und der StPO harmonisiert worden.

Art. 46 Mitteilungspflicht

Die betreffende Gerichtsperson unterliegt der Pflicht zur *Selbstanzeige*: Sie hat einen Ausstandsgrund rechtzeitig, d.h. vor dem Tätigwerden, offen zu legen und von sich aus in den Ausstand zu treten. Diese Pflicht gilt auch für eine sachverständige Person, da sie Hilfsperson des Gerichts ist.

Auch diese Bestimmung ist den anderen Verfahrensordnungen (BGG, StPO) angepasst worden.

Art. 47 Ausstandsgesuch

Eine Partei, die einen Ausstandsgrund entdeckt, kann gegen die Gerichtsperson ein Ausstandsgesuch stellen (*Abs. 1*). Dies kann mündlich oder schriftlich geschehen, doch muss die Partei *unverzüglich* handeln. Wenn z.B. der Ausstandsgrund an einer Gerichtsverhandlung entdeckt wird, so ist die Ablehnung noch während dieser Verhandlung zu beantragen. Bei Verspätung ist das Ablehnungsrecht verwirkt. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind nur glaubhaft zu machen. Die betroffene Gerichtsperson erhält Gelegenheit, zum Ausstandsgesuch Stellung zu nehmen (*Abs. 2*).

Auch diese Bestimmung ist mit dem BGG und der StPO harmonisiert worden.

Art. 48 Entscheid

Über einen streitigen Ausstandsgrund – sei es ein bestrittenes Ausstandsgesuch (Art. 47) oder ein bestrittener Selbstaustand (Art. 46) – entscheidet das Gericht (*Abs. 1*). Die abgelehnte Gerichtsperson wirkt beim Entscheid nicht mit. Auch hier regeln die Kantone die sachliche Zuständigkeit. Der Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar (*Abs. 2*).

Art. 49 Folgen der Verletzung der Ausstandsvorschriften

Die Amtshandlungen, an denen eine befangene Gerichtsperson mitgewirkt hat, sind grundsätzlich aufzuheben und zu wiederholen. Dies geschieht jedoch nicht von Amtes wegen, sondern nur, wenn es eine Partei innert 5 Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes beantragt (*Abs. 1*).

Eine besondere Regelung gilt für nicht wiederholbare Beweisabnahmen: Sie bleiben im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung von der Aufhebung verschont (*Abs. 2*). Ihrem allenfalls verminderten Beweiswert kann im Rahmen der freien Beweiswürdigung Rechnung getragen werden (Art. 154). Wenn der Ausstandsgrund erst nach Rechtskraft eines Entscheides entdeckt wird, kann es zur Revision kommen (*Abs. 3*).

Artikel 49 stimmt mit den entsprechenden Bestimmungen des BGG inhaltlich überein.

5.3 **Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen**

5.3.1 **Verfahrensgrundsätze**

Art. 50 Handeln nach Treu und Glauben

Das Handeln nach Treu und Glauben ist ein Grundgebot der schweizerischen Rechtsordnung (Art. 2 Abs. 1 ZGB); es gilt auch im Zivilprozessrecht⁹⁴. Neuere Zivilprozessordnungen sehen diesen Grundsatz ausdrücklich vor⁹⁵ und auch der Entwurf – wie bereits der Vorentwurf – erhebt ihn zu einer eigenständigen Verfahrensregel (vgl. auch Art. 3 E-StPO). Die Wahrung von Treu und Glauben durch die Gerichte ergibt sich bereits aus Artikel 9 BV.

Art. 51 Rechtliches Gehör

Absatz 1 übernimmt den Wortlaut von Artikel 29 Absatz 2 BV. Das rechtliche Gehör ist ein derart zentrales Verfahrensrecht, dass es ausdrücklich erwähnt und in *Absatz 2* in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht konkretisiert wird. Entsprechend einem Anliegen der Vernehmlassung kann die Akteneinsicht verweigert werden, wenn dies überwiegende öffentliche oder private Interessen – wie z.B. das Geschäftsgeheimnis – rechtfertigen. Diese Einschränkung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁹⁶ (vgl. auch Art. 153 für die Beweisabnahme sowie Art. 56 Abs. 2 BGG).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) ist jede Parteieingabe (bzw. Vernehmlassung einer Vorinstanz) der Gegenpartei zur Kenntnis zu bringen⁹⁷. Inwieweit eine allfällige Stellungnahme dann prozessual noch zu berücksichtigen ist, hängt vom Stand und der Art des Verfahrens sowie vom jeweiligen Novenrecht ab (vgl. Art. 225 und 243).

Art. 52 Öffentlichkeit des Verfahrens

Artikel 52 konkretisiert einen verfassungsmässigen Grundsatz (vgl. Art. 30 Abs. 3 BV). *Absatz 1 Satz 1* sieht die *Öffentlichkeit der Urteilsberatung* vor. Der Vorentwurf überliess diese Frage den Kantonen, was in der Vernehmlassung kontrovers blieb. Die Öffentlichkeit der Urteilsberatung betrifft zwar auch die Gerichtsorganisation. Weit mehr ins Gewicht fällt jedoch ihr direkter Bezug zum Verfahrensablauf, denn die Beratungen des Gerichts sind ein entscheidender Moment. Schliesslich steht die Frage in einem Spannungsfeld widerstreitender Interessen: Informationsbedürfnis der Presse und der Öffentlichkeit einerseits gegen ungestörte richterliche Entscheidungsfindung andererseits. Diese Aspekte rechtfertigen eine einheitliche Regelung.

Der Entwurf setzt den Akzent auf die *Transparenz* des Verfahrens. Zudem fördert die öffentliche Beratung die *Akzeptanz der Entscheidung* durch die Parteien: Sie werden die gerichtlichen Erwägungen besser nachvollziehen können, als wenn ihnen

⁹⁴ BGE 111 II 62 ff., 123 III 220 ff., vgl. indessen Bundesgerichtsentscheid 4C.406/2004, Erw. 4.

⁹⁵ Vgl. § 50 Abs.1 ZPO/ZH, Art. 54 ZPO/UR, § 57 ZPO/LU, § 77 ZPO/AG.

⁹⁶ Z.B. BGE 122 I 153 ff.

⁹⁷ Vgl. den Entscheid des EMGR vom 11.10.2005, i.S. Spang c. Schweiz (45228/99), Bundesgerichtsentscheid 5P.431/2003.

nur eine schriftliche Begründung vorliegt. Zudem werden die Parteien dadurch wohl auch weniger veranlasst, überhaupt eine schriftliche Begründung zu verlangen (Art. 235 Abs. 2 Bst. a), was zu einer Entlastung der Gerichte führt.

Auch die *Entscheidung* selbst werden die Öffentlichkeit zugänglich gemacht (*Abs. 1 Satz 2*). Eine diesbezügliche Klarstellung wurde in der Vernehmlassung ausdrücklich gewünscht.

Das Prinzip der Öffentlichkeit gilt jedoch nicht schrankenlos (*Abs. 2*). Das Gericht hat eine entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen. In familienrechtlichen Streitigkeiten ist die Öffentlichkeit hingegen von Gesetzes wegen ausgeschlossen (*Abs. 3*).

Art. 53 Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Absatz 1 definiert die Verhandlungsmaxime, einen klassischen Grundsatz des Zivilprozessrechts. Dieser beherrscht das ordentliche Verfahren (vgl. die Erläuterungen zu Art. 216). Sein Gegenstück – der Untersuchungsgrundsatz – muss ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sein, um anwendbar zu sein (*Abs. 2*). Er gilt insbesondere im vereinfachten sowie teilweise auch im summarischen Verfahren (vgl. die Erläuterungen zu Art. 243 und 251). Dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen sodann im Wesentlichen auch die familienrechtlichen Angelegenheiten (vgl. die Erläuterungen zu Art. 272 und 291).

Art. 54 Gerichtliche Fragepflicht

Die gerichtliche Fragepflicht ist eine Abschwächung der Verhandlungsmaxime. Im Grundsatz wurde sie in der Vernehmlassung nicht in Frage gestellt (vgl. ebenfalls die Erläuterungen zu Art. 151). Als unklar kritisiert wurde jedoch ihre Umschreibung als «Fragerecht» des Gerichts (vgl. Art. 51 VE).

Dieser Kritik trägt der Entwurf durch eine differenzierte Regelung Rechnung: Allgemein gilt eine gerichtliche *Fragepflicht*. Inhaltlich ist sie jedoch abhängig von der jeweiligen Prozessart: In Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht werden, ist sie auf klare Mängel der Parteivorbringen beschränkt. Wo hingegen der Untersuchungsgrundsatz gilt, geht sie wesentlich weiter (vgl. die Erläuterungen zu Art. 243).

Art. 55 Rechtsanwendung von Amtes wegen

Diese Bestimmung umschreibt einen klassischen Grundsatz (*iura novit curia*). Prozessrecht und materielles Recht fallen gleichermassen darunter (für ausländisches Recht vgl. Art. 148 Abs. 3).

Art. 56 Dispositions- und Officialgrundsatz

Absatz 1 definiert den für den Zivilprozess typischen Dispositionsgrundsatz. Ausnahmen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, was *Absatz 2* klarstellt (Officialgrundsatz; vgl. z.B. Art. 261 Abs. 3 und Art. 291).

5.3.2 Prozessvoraussetzungen

Art. 57 Grundsatz

Absatz 1 entspricht geltendem Prozessrecht. *Absatz 2* enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Prozessvoraussetzungen, welche das Bundesrecht⁹⁸ oder das kantonale Recht vorsehen. Dazu gehört insbesondere ein schutzwürdiges Interesse, den Prozess zu führen. Dieses Interesse – das sog. Rechtsschutzinteresse – kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein.

Es wäre nicht sachgerecht, das Rechtsschutzinteresse für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht anders und restriktiver zu formulieren als für das kantonale Verfahren. Daher wird das Bundesgerichtsgesetz entsprechend angepasst (vgl. Art. 76 BGG, Ziff. 2 des Anhangs). Für die Beschwerde in Zivilsachen genügt künftig ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse. Dadurch wird nicht nur eine Inkongruenz des BGG behoben, sondern zugleich sichergestellt, dass die Anfechtung öffentlichrechtlicher Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht stehen (Art. 72 Abs. 2 Bst. b BGG), nach denselben Kriterien erfolgen kann wie bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Art. 89 Abs. 1 BGG).

Art. 58 und 59 Prüfung der Prozessvoraussetzungen; Schiedsvereinbarung

Die Prüfung der Prozessvoraussetzungen *von Amtes wegen* ist ein allgemein anerkannter Grundsatz (Art. 58). Faktisch ist das Gericht jedoch meist auf entsprechende Parteivorbringen angewiesen, etwa wenn es um die Frage der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit oder der fehlenden materiellen Rechtskraft geht.

Es ist nicht erforderlich, das Prüfungsverfahren im Einzelnen zu regeln, wie es in der Vernehmlassung teilweise gefordert wurde. Praxisgemäss hat das Gericht die Zulässigkeit einer Klage immer zu Beginn des Verfahrens und, falls nötig, jederzeit bis zum Endentscheid zu prüfen. Es kann den Prozess sogar auf die Frage der Zulässigkeitsfrage beschränken (vgl. Art. 123 und 219 Abs. 3).

Die Konsequenzen einer *Schiedsvereinbarung* (Art. 59) werden in den Erläuterungen zu Artikel 370 Absatz 2 beschrieben.

5.4 Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs

Art. 60 Beginn der Rechtshängigkeit

Der Beginn der Rechtshängigkeit ist in den kantonalen Zivilprozessordnungen unterschiedlich geregelt. Dies hat in der Praxis zu Unsicherheiten geführt. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit sind für den Prozess von eminenter Bedeutung (vgl. die Erläuterungen zu Artikel 62).

⁹⁸ Art. 34 Abs. 1 GestG (örtliche Zuständigkeit), BGE 120 II 5 (schutzwürdiges Interesse), BGE 77 II 9 ff., 42 II 555 ff. (Partei- oder Prozessfähigkeit), BGE 114 II 186 ff. (fehlende Rechtshängigkeit), BGE 95 II 639 ff., 121 III 477 ff. (fehlende Rechtskraft).

Nach dem Entwurf tritt die Rechtshängigkeit einheitlich mit Einreichung des Schlichtungsgesuches ein. Wo kein Schlichtungsverfahren stattzufinden hat, ist der Zeitpunkt der Einreichung der Klage, des Gesuchs im Summarverfahren oder des gemeinsamen Scheidungsbegehrens entscheidend (*Abs. 1*). Die Klageeinreichung ist bereits heute massgebend bei der Ehescheidung (Art. 136 Abs. 2 ZGB, vgl. Ziff. 3 im Anhang) und für Klagen im internationalen Verhältnis (Art. 9 Abs. 2 IPRG).

Die Umschreibung von Absatz 1 entspricht inhaltlich dem heutigen Begriff der *Klageanhebung*: Darunter ist jede prozesseinleitende oder -vorbereitende Handlung zu verstehen, mit der zum ersten Mal in bestimmter Form der Schutz des Gerichts angerufen wird⁹⁹. Das Bundesgericht hat diesen Begriff geprägt, um für die praktisch hoch bedeutsame Frage der Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen¹⁰⁰ eine einheitliche Lösung für die ganze Schweiz zu finden. Inskünftig wird die Klageanhebung nicht nur *Fristen wahren*, sondern zugleich die *Rechtshängigkeit begründen* (wobei rechtzeitige Postaufgabe des Gesuchs oder der Klage genügt, Art. 141). Ein möglichst früher Zeitpunkt der Rechtshängigkeit entspricht modernem Prozessrecht. Er schafft rasch Klarheit über den Gerichtsstand und wirkt dem unerwünschten *forum running* entgegen.

Wie in der Vernehmlassung angeregt, wird den Parteien die Rechtshängigkeit von Amtes wegen bestätigt (*Abs. 2*), also nicht nur auf Antrag, wie es noch der Vorentwurf vorgesehen hatte.

Art. 61 Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart

Eine Partei kann sich an ein unzuständiges Gericht wenden oder für ihr Begehren die falsche Verfahrensart wählen (z.B. das Summarverfahren, obwohl die Sache in einem einlässlichen Prozess zu beurteilen wäre). Dennoch wird ihre Sache zunächst einmal rechtshängig – mit grundsätzlich allen Wirkungen. Auch eine peremptorische Klagefrist wird durch die Eingabe zunächst einmal gewahrt (Art. 141). Tritt nun das Gericht auf die Klage nicht ein (oder zieht die Partei ihre Eingabe zurück), so entfiele die Rechtshängigkeit an sich wieder. Auch die Einhaltung der Klagefrist wäre unter Umständen in Frage gestellt. Diese unbilligen Konsequenzen werden durch die *Absätze 1 und 2* vermieden (vgl. auch Art. 34 GestG), sofern sich die Partei binnen der gesetzlichen Nachfrist an das zutreffende Gericht wendet oder das richtige Verfahren einleitet. In diesem Fall wird die Rechtshängigkeit perpetuiert (sog. «Rückdatierung der Rechtshängigkeit»), und die Eingabe gilt als von Anfang an wirksam. Eine Überweisung von Amtes wegen findet dagegen nicht statt. Die damit verbundene Zusatzbelastung des Gerichts stiess bereits bei der Diskussion des Gerichtsstandsgesetzes auf Ablehnung der Kantone.

Die Regelung verallgemeinert den Grundsatz von Artikel 139 OR, der damit aufgehoben werden kann (Ziff. 5 des Anhangs).

⁹⁹ BGE 118 II 479, 487.

¹⁰⁰ Z.B. für die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen (Art. 75 ZGB), die Anfechtung der Vaterschaft (Art. 256c ZGB), die erbrechtliche Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage (Art. 521 und 533 ZGB), die Anfechtung der Kündigung im Mietrecht (Art. 273 OR), die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Art. 706a OR); vgl. auch die zahlreichen Klagefristen des SchKG.

Absatz 3 behält die besonderen gesetzlichen Klagefristen nach SchKG vor (vgl. Art. 32 Abs. 3 SchKG, der aufgehoben werden kann; Ziff. 17 des Anhangs). Bei den Klagen aus SchKG richtet sich Nachfrist somit nach der jeweils (kürzeren) gesetzlichen Klagefrist. Sie beträgt z.B. zwanzig Tage bei der Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), zehn Tage bei der Lastenbereinigungsklage (Art. 140 SchKG) und zehn Tage bei der Arrestprosequierungsklage (Art. 279 SchKG).

Art. 62 Wirkungen der Rechtshängigkeit

Die Bestimmung regelt die beiden wichtigsten Folgen der Rechtshängigkeit. Zum einen geht es um die sog. Sperrwirkung: Nach *Buchstabe a* kann eine identische Klage nicht mehr bei einem anderen Gericht rechtshängig gemacht werden. Identität liegt vor, wenn die Parteien und der Streitgegenstand gleich sind (*eadem res inter easdem partes*). Die fehlende anderweitige Rechtshängigkeit ist eine Prozessvoraussetzung und daher von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 f.). Zur Frage der Identität besteht eine reiche Rechtsprechung und Literatur, die ihre Bedeutung vollumfänglich beibehält. Nach *Buchstabe b* sodann bleibt die örtliche Zuständigkeit auch bei Wegfall der sie begründenden Tatsachen erhalten (*perpetuatio fori*).

Weitere prozessuale Wirkungen der Rechtshängigkeit regelt der Entwurf jeweils im Sachzusammenhang: So wird mit Rechtshängigkeit einer Klage der Gerichtsstand der *Widerklage* begründet (Art. 13). Ebenso perpetuiert wird die sachliche Zuständigkeit für eine *unbezifferte Forderungsklage* (Art. 83 Abs. 2). Ferner erschwert die Rechtshängigkeit die *Klageänderung* (Art. 226). Schliesslich hat die Rechtshängigkeit auch materielle rechtliche Wirkungen, so z.B. für die güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 204 und 236 ZGB).

Art. 63 Folgen des Klagerückzugs

Aufgrund der Dispositionsmaxime kann die klagende Partei ihre Klage jederzeit zurückziehen. Mit dem Klagerückzug sollen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine nachteiligen Folgen verbunden sein, damit einvernehmliche Regelungen erleichtert werden. Ab einem gewissen Zeitpunkt hingegen besteht die Obliegenheit, die Klage fortzuführen. Diese sog. *Fortführungslast* bedeutet, dass dem Klagerückzug die Wirkung einer Klageabweisung zukommt (vgl. Art. 237). Einer Neuerhebung der Klage steht dann die *res iudicata* entgegen.

Entsprechend einem Anliegen aus dem Vernehmlassungsverfahren und wie die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen legt der Entwurf den massgebenden Zeitpunkt fest: Nach der Zustellung der Klage an die beklagte Partei hat ein Klagerückzug grundsätzlich Abstandsfolge. Diese kann nur vermieden werden, wenn die beklagte Partei dem Rückzug zustimmt oder wenn der Rückzug aufgrund von Artikel 61 erfolgt (die Praxis spricht in solchen Fällen in Anlehnung an Artikel 139 OR vom «Rückzug angebrachter Massen»). Von dieser Rückzugsmöglichkeit bleibt jedoch die Kostentragungspflicht der klagenden Partei für das bisherige Verfahren unberührt (vgl. Art. 104 Abs. 1).

5.5 Die Parteien und die Beteiligung Dritter

5.5.1 Partei- und Prozessfähigkeit

Art. 64 Parteifähigkeit

Unter Parteifähigkeit versteht man die Möglichkeit, in einem Prozess Partei zu sein. Sie setzt grundsätzlich *Rechtsfähigkeit* voraus (*Bst. a*). Vorbehalten bleiben jedoch bundesrechtliche Bestimmungen, welche die Parteifähigkeit unabhängig von der Rechtsfähigkeit zuerkennen (*Bst. b*). Zu denken ist z.B. an die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (Art. 712I ZGB), an die Kollektivgesellschaft (Art. 562 OR), an die unverteilte Erbschaft (Art. 49 und 59 SchKG) sowie an die Konkurs- und die Liquidationsmasse (Art. 240 und 319 SchKG).

Art. 65 Prozessfähigkeit

Prozessfähigkeit bedeutet prozessuale *Handlungsfähigkeit* (*Abs. 1*). Dazu gehört auch die Berechtigung, den Prozess selber oder durch eine selbst bestellte Vertretung zu führen (Postulationsfähigkeit).

Entsprechend dem materiellen Recht sind die Interessen einer prozessunfähigen Person grundsätzlich durch die gesetzliche Vertretung wahrzunehmen (*Abs. 2*). Nach Massgabe des materiellen Rechts kann jedoch eine handlungsunfähige Person – wenn sie urteilsfähig ist – sämtliche Rechte selbstständig wahrnehmen, welche ihr um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (*Abs. 3 Bst. a*; vgl. Art. 19 Abs. 2 ZGB). Zudem kann die urteilsfähige handlungsunfähige Person – nach dem Vorbild des kantonalen Prozessrechts – vorläufig selbst das Nötige vorkehren, wenn Gefahr in Verzug ist (*Abs. 3 Bst. b*).

5.5.2 Parteivertretung

Art. 66 Vertragliche Vertretung

Nach *Absatz 1* ist jede prozessfähige Person berechtigt, ihren Prozess durch eine sog. gewillkürte Vertretung führen zu lassen. Dies kann grundsätzlich eine beliebige Vertrauensperson der vertretenen Partei sein. Es braucht sich somit nicht um einen Anwalt oder eine Anwältin zu handeln, solange die Vertrauensperson das Mandat nicht berufsmässig ausübt.

Die *berufsmässige* Vertretung hingegen ist – entsprechend Artikel 40 Absatz 1 BGG – den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die nach dem BGFA zur Berufsausübung berechtigt sind (*Abs. 2 Bst. a*): Es sind die registrierten Anwältinnen und Anwälte (Art. 4 BGFA), kantonsintern je nachdem auch die nicht registrierten (Art. 3 Abs. 2 BGFA), sowie die ausländischen Anwältinnen und Anwälte aus der EU und der EFTA (Art. 21 ff. BGFA).

Ebenfalls zur berufsmässigen Vertretung berechtigt sind die nach kantonalem Recht patentierten Sachwalterinnen und Sachwalter¹⁰¹ sowie die gewerbmässigen Vertreterinnen und Vertreter nach Artikel 27 SchKG. Deren prozessuales Arbeitsfeld ist

¹⁰¹ Vgl. z.B. das Luzerner Einführungsgesetz zum SchKG vom 22. Oktober 1996 (SRL Nr. 290).

jedoch auf die summarischen SchKG-Verfahren beschränkt (*Abs. 2 Bst. b*). Zu denken ist insbesondere an das Rechtsöffnungsverfahren, an den Arrest sowie an die Stellung eines Nachlassstundungsgesuchs oder eines Konkursbegehrens.

Die Vertretung hat sich in der Regel durch eine schriftliche Vollmacht auszuweisen (*Abs. 3*). Die vertretene Person kann zum persönlichen Erscheinen verpflichtet werden (*Abs. 4*; vgl. zur weitergehenden Erscheinungspflicht beim Schlichtungsverfahren Art. 201 sowie bei den eherechtlichen Verfahren Art. 269 und 273).

Art. 67 Unvermögen der Partei

Entsprechend verschiedenen kantonalen Prozessordnungen sieht *Absatz 1* vor, dass das Gericht eine Partei, die ihre Sache selber vertritt, auf unzweckmässige oder gar schlechte Prozessführung hinweisen und ihr den Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts nahe legen kann. Kommt die Partei dieser Aufforderung nicht nach, so bestellt ihr das Gericht eine Anwältin oder einen Anwalt (Anwaltszwang). Damit übernimmt der Entwurf die Regelung des BGG und trägt den Forderungen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer Rechnung. Die beigeordnete Vertretung hat eine ähnliche Stellung zu ihrem Klienten oder ihrer Klientin und zum Staat wie die notwendige Verteidigung im Strafprozess¹⁰². Die Partei hat – unentgeltliche Rechtspflege vorbehalten – die damit verbundenen Kosten und Vorschüsse selber zu tragen.

Hält das Gericht vormundschaftliche Massnahmen für geboten, so benachrichtigt es die Vormundschaftsbehörde (*Abs. 2*). Gegebenenfalls sistiert das Gericht den Prozess (Art. 124) und wartet die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen ab.

5.5.3 Streitgenossenschaft

Art. 68 Notwendige Streitgenossenschaft

Absatz 1 umschreibt den Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft. Das materielle Recht bestimmt, in welchen Fällen eine gemeinsame Prozessführung notwendig ist – sei es auf Kläger- oder auf Beklagenseite. Zu denken ist z.B. an die Klage eines Miterben oder einer Miterbin auf Teilung, die sich grundsätzlich gegen alle übrigen Miterben und -erbinen richtet (Art. 604 ZGB). Wird die Klage in Fällen notwendiger Streitgenossenschaft nicht von allen Berechtigten erhoben oder nicht gegen alle Verpflichteten gerichtet, so fehlt die Aktiv- bzw. Passivlegitimation und die Klage wird als unbegründet abgewiesen.

Absatz 2 lehnt sich an verschiedene kantonale Prozessordnungen an (z.B. ZH, BE, SZ, OW) und sieht vor, dass rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen auch für die säumigen Mitstreiterinnen und -streiter gelten. Diese werden von Nicht-Säumigen gewissermassen vertreten. Ausgenommen von diesem Grundsatz ist das Ergreifen von Rechtsmitteln: Wie bei der Klageeinreichung muss hier die gesamte Streitgenossenschaft handeln.

¹⁰² Vgl. dazu Bundesgerichtsentscheid IP.285/2004, E. 2.4.

Art. 69 Einfache Streitgenossenschaft

Absatz 1 definiert die einfache Streitgenossenschaft. Voraussetzung für ein gemeinsames Vorgehen ist das Vorliegen gleichartiger Tatsachen oder Rechtsgründe. Zu denken ist etwa an die Mieterinnen und Mieter eines Mehrfamilienhauses, die gemeinsam eine Mietzinserhöhung anfechten, oder an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, welche sich gemeinsam gegen eine ungerechtfertigte Massenentlassung wehren. Denkbar ist auch, dass Konsumentinnen und Konsumenten vom gleichen fehlerhaften Produkt betroffen sind und gemeinsam gegen den Hersteller oder die Herstellerin klagen. Hier übernimmt die Streitgenossenschaft gewissermassen die Funktion einer «Sammelklage», mit dem bedeutsamen Unterschied freilich, dass jede klagende Person Parteistellung hat (vgl. die Erläuterungen zu Art. 87) und aus freiem Willen am Verfahren teilnimmt. Aktive einfache Streitgenossenschaften (mehrere Kläger oder Klägerinnen gegen eine beklagte Person) sind freiwillige Streitgenossenschaften, denn anders als bei der notwendigen könnten die Klagen auch getrennt erhoben werden. Nur aus Zweckmässigkeitsgründen werden sie in einem Prozess vereinigt – nicht weil es das materielle Recht verlangt. Einfache Streitgenossenschaften sind auch auf der Beklagtenseite denkbar, so bei der Klage einer geschädigten Person gegen mehrere Schädiger.

Nach *Absatz 2* ist die subjektive Klagenhäufung – so wird die Streitgenossenschaft auch genannt – nur dann zulässig, wenn für sämtliche Ansprüche die gleiche Verfahrensart gilt (ordentliches, vereinfachtes oder summarisches Verfahren). Das entspricht dem geltenden Recht. Trotz Zusammenrechnung des Streitwerts bleibt die Verfahrensart erhalten (Art. 91 Abs. 2). Wenn sich somit zehn Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu einer Streitgenossenschaft zusammenschliessen und gegen ihren Arbeitgeber je 5000 Franken einklagen, so bleibt das vereinfachte Verfahren anwendbar (Art. 239), obwohl der Streitwert nun insgesamt 50 000 Franken beträgt. Gerade auf dem Gebiet des sozialen Privatrechts würde der drohende Wechsel ins ordentliche Verfahren die Bildung von Streitgenossenschaften faktisch ausschliessen.

Absatz 3 nimmt eine Forderung aus dem Vernehmlassungsverfahren auf und bestimmt, dass jeder Streitgenosse den Prozess unabhängig von den anderen führen kann.

Art. 70 Gemeinsame Vertretung

Sowohl die notwendigen als auch die einfachen Streitgenossen sind nicht verpflichtet, eine gemeinsame Vertretung zu bezeichnen. Solange sie dies nicht tun, erfolgen Zustellungen an jeden einzelnen Streitgenossen persönlich bzw. an seine individuelle Vertretung.

5.5.4 Intervention

Art. 71 Hauptintervention

Diese Bestimmung regelt – anders als der Vorentwurf – die Hauptintervention ausdrücklich und kommt damit dem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer nach. *Absatz 1* umschreibt den Begriff, der geltendem Prozessrecht

entspricht. Die Klage ist ohne Schlichtungsverfahren direkt beim Gericht des Erstprozesses anhängig zu machen (Art. 195).

Zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile kann der Prozess bis zur rechtskräftigen Erledigung der Klage des Hauptintervenienten oder der Hauptintervenientin sistiert werden (Art. 124); das Gericht kann die Verfahren aber auch vereinigen (*Abs. 2*; Art. 123).

Art. 72–75 Nebenintervention

Bei der Nebenintervention kann eine dritte Person aus *eigener Initiative* oder auf *Aufforderung einer Hauptpartei* (sog. Streitverkündung) als Nebenpartei am Prozess teilnehmen (*Art. 72*). Sie unterstützt dabei die Hauptpartei, an deren Obsiegen sie interessiert ist. Zu denken ist beispielsweise an die Herstellerin eines fehlerhaften Produktes, die dem Verkäufer beisteht, wenn dieser von der Käuferin auf Schadenersatz eingeklagt wird. Die Herstellerin hat nämlich zu befürchten, dass der Verkäufer sie ins Recht fassen wird (Regress), falls sie den Prozess gegen die Käuferin verliert. Das Interventionsinteresse muss glaubhaft sein. Die Intervention ist jederzeit zulässig, solange das Verfahren läuft. Sie kann sogar noch in zweiter Instanz erfolgen.

Artikel 73 Absatz 1 regelt den Inhalt des Interventionsgesuchs. Das Gericht entscheidet nach Anhörung der Hauptparteien über die Zulassung der intervenierenden Partei. Der Entscheid ist mit Beschwerde (*Art. 316 ff.*) anfechtbar (*Abs. 2*).

Die intervenierende Partei hat – entsprechend dem Verfahrensstand – die gleichen prozessualen Befugnisse wie eine Hauptpartei (*Art. 74 Abs. 1*). Doch bleibt sie dabei vom Willen der Hauptpartei abhängig. Ihre Handlungen sind nur insoweit wirksam, als sie mit jenen der Hauptpartei nicht im Widerspruch stehen (*Abs. 2*).

Diese Einschränkung kennen die meisten kantonalen Prozessordnungen, denn nur die Hauptpartei kann über den Streitgegenstand verfügen. Die intervenierende Partei ist nicht befugt, Dispositionsakte (wie Klageanerkennung, Klageverzicht, Klagerückzug usw.) vorzunehmen. Auch die Erhebung einer Widerklage oder der Rückzug eines Rechtsmittels, das die Hauptpartei eingelegt hat, wäre nicht zulässig. Demgegenüber bleibt es der Hauptpartei unbenommen, das Rechtsmittel der intervenierenden Partei zurückzuziehen oder mit der Gegenpartei einen Vergleich zu schliessen. Insofern nimmt die (neben-)intervenierende Partei – im Unterschied zum Hauptintervenient oder zur Hauptintervenientin (*Art. 71*) – eine *unselbstständige Stellung* ein. Ob sich eine konkrete Prozesshandlung der intervenierenden Partei mit einer solchen der Hauptpartei verträgt, ist jeweils aus dem Verfahrenskontext zu ermitteln. Die Hauptpartei muss nicht ausdrücklich widersprechen.

Artikel 75 schliesslich befasst sich mit den Wirkungen der Intervention. Oft hat die unterstützte Hauptpartei, wenn sie den Prozess verliert, aus materiellem Recht einen Regressanspruch gegen die intervenierende Partei (z.B. will der von der Käuferin erfolgreich belangte Verkäufer nun gegen die Herstellerin des fehlerhaften Produktes vorgehen). Dann stellt sich die Frage, inwieweit die intervenierende Partei – im Regressprozess nunmehr beklagte Partei – die Richtigkeit des nachteiligen Urteils des Erstprozesses in Frage stellen darf.

Obwohl die meisten kantonalen Prozessordnungen dazu schweigen¹⁰³, haben sich in Lehre und Praxis bewährte Grundsätze herausgebildet, hergeleitet nicht zuletzt aus dem Kaufrecht (Art. 193 OR): Ein für die Hauptpartei ungünstiges Ergebnis des Prozesses wirkt grundsätzlich auch gegen die intervenierende Partei. Diese sog. *Bindungswirkung* kommt faktisch einer Erstreckung der Rechtskraft gleich: Die intervenierende Partei muss sich das Urteil – Dispositiv und Begründung – entgegenhalten lassen, wenn keine der Einreden nach *Buchstaben a* oder *b* zutrifft. Materiell entspricht der Entwurf Artikel 193 Absatz 2 OR, der aufgehoben werden kann (Ziff. 5 des Anhangs).

5.5.5 Streitverkündung

Der Entwurf sieht zwei Arten der Streitverkündung vor:

- Die einfache Streitverkündung (Art. 76 ff.): Sie entspricht der heutigen Litisdenuntiatio, welche die grosse Mehrheit der kantonalen Zivilprozessordnungen kennen.
- Die Streitverkündungsklage (Art. 79 f.): Dieses Institut ist neu. Es übernimmt die Funktion der so genannten Interventions- und Gewährleistungsklage bzw. des *appel en cause*¹⁰⁴. Es geht auf das französische Recht zurück und ist hierzulande in dieser Form nur den Kantonen Genf, Waadt und Wallis bekannt¹⁰⁵.

Die Hauptpartei, die den Streit verkünden und so eine dritte Person in den Prozess ziehen will, kann grundsätzlich die Art der Streitverkündung frei wählen. Je nachdem wird diese Drittperson nur Nebenpartei (einfache Streitverkündung) oder aber selbstständige Hauptpartei (Streitverkündungsklage).

Art. 76–78 Einfache Streitverkündung

Bei dieser klassischen Streitverkündung handelt es sich hinsichtlich ihrer Wirkung um ein Institut vornehmlich des materiellen Rechts¹⁰⁶. Eine Partei oder eine Nebenpartei fordert eine dritte Person (die streitberufene Person) auf, sie im Prozess zu unterstützen. Grund für die Streitverkündung kann sein, dass die Partei für den Fall des Unterliegens gegen diese Drittperson Regress nehmen will, oder dass sie ihrerseits Regressansprüche dieser dritten Person befürchtet (*Art. 76 Abs. 1*).

Die einfache Streitverkündung ist während des ganzen Prozesses möglich. Im Hinblick auf eine allfällige *Intervention* der streitberufenen Person (Art. 72 ff.) ist ein möglichst früher Zeitpunkt zu empfehlen. Die streitberufene Person kann den Streit ihrerseits weiter verkünden (*Art. 76 Abs. 2*).

Artikel 77 Absatz 1 regelt die Möglichkeiten der streitberufenen Person. Im Normalfall wird sie sich als Nebenpartei (Intervenientin) konstituieren. Anders als bei der spontanen Intervention hat sie in diesem Fall keinen besonderen Interessennachweis zu leisten (*Bst. a*) – die Streitverkündung ist Legitimation genug. Die streitberufene Person kann aber auch an Stelle der streitverkündenden den Prozess übernehmen,

¹⁰³ Vgl. immerhin Art. 51 ZPO/BE sowie Art. 55 ZPO/TI.

¹⁰⁴ Vgl. Fabienne Hohl, *Procédure civile I*, S. 127 ff.

¹⁰⁵ Art. 104 f. ZPO/GE; Art. 83 ff. ZPO/VD; Art. 53 ff. ZPO/VS.

¹⁰⁶ Ursprung ist Art. 193 OR.

sofern diese damit einverstanden ist (*Bst. b*). Dann wird sie sogar zur Hauptpartei¹⁰⁷ und führt den Prozess in eigenem Namen für fremdes Recht (sog. *Prozessstandschaft*). Die Zustimmung der Gegenpartei zu diesem Parteiwechsel ist nicht erforderlich.

Prozessrechtlich ist niemand verpflichtet, einer Streitverkündung Folge zu leisten. Der Prozess wird einfach fortgesetzt, wenn die streitberufene Person dem Hilferuf nicht folgt (*Art. 77 Abs. 2*). Eine Unterstützungspflicht kann sich aber aus dem materiellen Recht ergeben, insbesondere aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Für die Wirkung der Streitverkündung gilt Artikel 75 sinngemäss (*Art. 78*).

Art. 79 und 80 Streitverkündungsklage

Diese qualifizierte Streitverkündung ist eine Alternative zur gewöhnlichen *Litisdenuntiatio*. Die Drittperson wird nicht nur um Hilfe gerufen, vielmehr erhebt die betreffende Hauptpartei unmittelbar Klage gegen sie. Zu denken ist wiederum an den Verkäufer, der von einer geschädigten Käuferin auf Schadenersatz belangt wird: Er will der Herstellerin den Streit vielleicht nicht nur verkünden, sondern gegen sie sogleich Regressklage erheben. Diese Option gibt ihm die Streitverkündungsklage. Der Verkäufer kann die Herstellerin vor das Gericht ziehen, das bereits mit dem Schadenersatzprozess befasst ist. Aufgrund des *Sachszusammenhangs* ist dieses Gericht auch für die Regressklage örtlich und sachlich zuständig.

Die Streitverkündungsklage führt dazu, dass die Ansprüche verschiedener Beteiligter in einem einzigen Prozess – statt in sukzessiven Einzelverfahren – behandelt werden können. Ein solches «Gesamtverfahren» bietet viele Vorteile¹⁰⁸:

- Da die Streitverkündungsklage nicht nur am *Ort des Hauptprozesses*, sondern *direkt beim befassten Gericht* erhoben wird, werden widersprüchliche Urteile im Erst- und Folgeprozess vermieden. Den Parteien bleibt zudem ein möglicherweise aufwändiger *Gerichtsstandwechsel* erspart.
- Sodann werden *Synergien* genutzt: Die *Aktenkenntnis* des Gerichts kann in zwei Prozessen verwendet werden. Auch für die *Beweiserhebung* bieten sich Vorteile. Es ist beispielsweise möglich, einen Augenschein oder eine Zeugenbefragung am selben Gerichtstag gleichzeitig für beide Prozesse durchzuführen oder ein und dasselbe Sachverständigengutachten in beiden Prozessen zu verwenden.

Insgesamt kann sich dadurch eine namhafte *Kosten- und Ressourcenersparnis* für die Parteien und das Gericht ergeben. Trotzdem ist die Streitverkündungsklage nicht ganz unproblematisch: So zwingt sie die dritte Person je nachdem zur Prozessführung an einen «fremden» Gerichtsstand. Ausserdem hat sie für den hängigen Hauptprozess notwendigerweise Verzögerungen und Komplikationen zur Folge. Deshalb ist diese Verfahrensoption erstens nicht voraussetzungslos und zweitens nicht in allen Prozessarten zulässig.

Artikel 79 Absatz 1 nennt die Voraussetzungen der Streitverkündungsklage: Die Bestimmung verlangt – anders als noch der Vorentwurf – neben der gleichen sachlichen Zuständigkeit und der gleichen Verfahrensart zusätzlich die *Konnexität* von

¹⁰⁷ Anders z.B. Art. 49 ZPO/BE.

¹⁰⁸ Vgl. Jacques Haldy, De l'utilité de l'appel en cause, SZPP 2005 439 ff.

Haupt- und Folgeanspruch. Die Hauptfälle solcher Konnexität sind Regress- und Gewährleistungsansprüche zwischen einer Partei und der dritten Person.

Die streitberufene Partei kann ihrerseits keine weitere Streitverkündungsklage erheben (*Art. 79 Abs. 2*). Damit wird der *Kettenappell* und eine zu grosse Komplizierung und Verzögerung der Verfahren vermieden. Meist ist somit ein anderes Gericht an einem anderen Ort für die weitere Klage der Drittperson zuständig. Doch könnte selbst in diesem Fall eine Überweisung an das Gericht des Hauptprozesses stattfinden, um dem Sachzusammenhang Rechnung zu tragen (*Art. 125*). Die Prozesse hingegen würden grundsätzlich getrennt geführt.

Anders als noch der Vernehmlassungsentwurf schliesst der Entwurf die Streitverkündungsklage im vereinfachten und summarischen Verfahren ausdrücklich aus (*Art. 79 Abs. 3*). Sie würde dem Wesen dieser Verfahren zu sehr widersprechen, weil sie zwangsläufig zu einer gewissen Komplikation und Verlängerung des Prozesses führt. Das Arbeitsfeld der Streitverkündungsklage ist somit auf das ordentliche Verfahren und die Handelsgerichtsbarkeit beschränkt.

Artikel 80 regelt das *Verfahren* der Streitverkündungsklage ausführlicher als der Vorentwurf, nicht zuletzt mit Blick darauf, dass die grosse Mehrheit der Kantone das Institut nicht kennt. Die Klage kann – im Unterschied zur Intervention und zur einfachen *Litisdenuciatio* – nicht zu jedem beliebigen Verfahrenszeitpunkt erhoben werden. Es gilt zu vermeiden, dass vorgerückte oder gar spruchreife Verfahren durch nachträgliche Schriftenwechsel unterbrochen und verlängert werden. Nach dem Entwurf muss deshalb die Streitverkündungsklage mit der Klageantwort bzw. mit der Replik im Hauptprozess beantragt werden (*Abs. 1*). Bis zu diesem Zeitpunkt können die Parteien abschätzen, ob der Einbezug der Drittperson sinnvoll ist. Nach dem Schriftenwechsel ist keine Streitverkündungsklage mehr möglich. Die interessierte Partei müsste einen selbstständigen Prozess gegen die Drittperson einleiten, wenn sie sich nicht mit der einfachen Streitverkündung begnügen will.

Im Einzelnen verläuft das Verfahren wie folgt:

- Zuerst ist über die *Zulassung* der Klage zu befinden (*Abs. 1*). Dieses inzidente Zulassungsverfahren tritt gewissermassen an die Stelle des Schlichtungsverfahrens (*Art. 195 Bst. g*). Es begründet die *Rechtshängigkeit* der Streitverkündungsklage (*Art. 60*). Im Zulassungsgesuch sind die für die Klage beabsichtigten Rechtsbegehren zu stellen und der Regressanspruch kurz zu begründen. Die Gegenpartei sowie die betroffene Drittperson können dazu Stellung nehmen (*Abs. 2*).
- Der Entscheid über die Zulassung ist mit Beschwerde (*Art. 316 ff.*) anfechtbar (*Abs. 3 und 4*). Erst nach Abschluss des *Zulassungsverfahrens* ist eine einlässliche Klagschrift einzureichen, wobei jedoch wiederum das Gericht entscheidet, wann und in welchem Umfang der betreffende Schriftenwechsel stattfinden soll.

Art. 81

Meistens stehen sich während des ganzen Prozesses die gleichen Parteien gegenüber. Die Frage eines Parteiwechsels kann sich jedoch stellen, wenn das Streitobjekt während des Verfahrens veräußert wird (*Abs. 1*). So kann beispielsweise die beklagte Partei das Gemälde verkaufen, auf dessen Herausgabe sie vom Eigentümer oder von der Eigentümerin belangt wird (es sei denn, die klagende Partei habe dies mit vorsorglichen Massnahmen rechtzeitig zu verhindern gewusst). Oder die klagende Partei kann ihre eingeklagte Forderung während des Prozesses abtreten. In solchen Fällen der sog. *Einzelrechtsnachfolge* können die Erwerber (der Käufer des Gemäldes bzw. der Zessionar der Forderung) in den Prozess eintreten und die ursprüngliche Partei – falls sie dies will – ersetzen. Die Zustimmung der Gegenpartei ist nicht erforderlich, diese kann nur verlangen, dass die eintretende Partei für die spätere Vollstreckung Sicherheit leistet (*Abs. 3*). Die Sicherheit umfasst auch die mutmassliche Parteientschädigung. Sodann trifft die eintretende Partei die volle Kostenpflicht, doch haftet die ausscheidende Partei für die bisher aufgelaufenen Prozesskosten solidarisch mit (*Abs. 2*).

Die eintretende Partei nimmt den Prozess so auf, wie er sich im Moment des Parteiwechsels darbietet. Prozesshandlungen und Versäumnisse der ausscheidenden Partei behalten somit ihre Wirkung, wie wenn die Nachfolgerin schon von Anfang an Partei gewesen wäre. Das Urteil ergeht nur für oder gegen die eintretende Partei.

Ein Parteiwechsel bei Veräußerung des Streitobjekts ist indessen keineswegs zwingend. Die veräußernde Partei kann den Prozess als sog. *Prozessstandschafterin* weiterführen, denn nach anerkannten Grundsätzen behält sie ihr Prozessführungsrecht. Die Gegenpartei kann ihre Rechtsbegehren an die veränderte Sachlage anpassen (Art. 226). So wird der Eigentümer, der ursprünglich auf Herausgabe des Gemäldes geklagt hat, sein Rechtsbegehren auf Bezahlung einer Geldsumme (Wertersatz) ändern, wenn die beklagte Partei trotz Verkaufs des Streitobjekts im Prozess verbleibt. Die beklagte Partei ist zwar weiterhin zur Herausgabe verpflichtet, doch wäre diese Pflicht nicht mehr real durchsetzbar. Die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Rechtsbegehrens würde daher keinen Sinn mehr machen.

Ohne Veräußerung des Streitobjekts ist der gewillkürte Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig (*Abs. 4*)¹⁰⁹. Das Gesetz kann jedoch eine andere Regelung treffen, wie z.B. für die *Universalsukzession* (Erbgang [Art. 560 ZGB] oder Fusion [Art. 22 FusG]). Hier tritt die Nachfolge unmittelbar kraft Gesetzes ein. Zu denken ist auch an die abgeleiteten Klagerechte nach SchKG (Art. 131 Abs. 1 und 260 SchKG). In diesen Fällen ist die Zustimmung der Gegenpartei ebenfalls nicht erforderlich.

¹⁰⁹ BGE 118 Ia 129.

5.6 Klagen

Art. 82 Leistungsklage

Die Leistungsklage ist die häufigste Klage des Zivilprozesses. Mit ihr kann die klagende Partei die Durchsetzung eines behaupteten Anspruches verlangen. *Absatz 1* unterscheidet drei in der Praxis anerkannte Typen der Leistungsklage. Gemäss Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf Unterlassung, wenn die Begehung oder Wiederholung einer widerrechtlichen Handlung unmittelbar droht¹¹⁰. Das Rechtsbegehren muss *bestimmt* sein, was *Absatz 2* für Klagen auf Bezahlung einer Geldleistung ausdrücklich festhält.

Art. 83 Unbezüfferte Forderungsklage

Ausnahmsweise ist die klagende Partei nicht verpflichtet, ihr Rechtsbegehren zu beziffern (*Abs. 1*). Diese Regelung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹¹¹. Immerhin ist als Streitwert ein Mindestbetrag anzugeben (*Abs. 1 Satz 2*), damit die sachliche Zuständigkeit des Gerichts gleichwohl bestimmt werden kann.

Sobald die klagende Partei jedoch dazu in der Lage ist, muss sie die Forderung beziffern (*Abs. 2*). Das wird spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens der Fall sein. Das befassete Gericht bleibt zuständig, auch wenn der nun feststehende Streitwert seine Spruchkompetenz übersteigt (*Abs. 2 Satz 2*). Das ist ökonomischer als eine Prozessüberweisung, vor allem wenn das Gericht bereits die Beweise abgenommen hat. Mit dieser Präzisierung trägt der Entwurf einem Anliegen der Vernehmlassung Rechnung.

Auch die in der Rechtsprechung¹¹² anerkannte *Stufenklage* ist nach dieser Bestimmung möglich. Die klagende Partei kann eine unbezüfferte Forderungsklage mit einem Begehren um vorgängige Rechnungslegung (Auskunftserteilung durch die beklagte Partei) verbinden. Hauptanspruch ist die verlangte Geldleistung, Hilfsanspruch die vorgängige Auskunftserteilung. Erst nach der Durchsetzung des Hilfsanspruchs ist die klagende Partei in der Lage, die Leistung exakt zu quantifizieren. Im Sinne der Verfahrensökonomie kann das Gericht den Prozess zunächst auf die Frage der Rechnungslegung beschränken (Art. 123). Die vorgängige Auskunftserteilung muss jedoch nicht unbedingt zum Gegenstand eines separaten Rechtsbegehrens gemacht werden. Vielmehr ist auch möglich, lediglich ein unbezüffertes Leistungsbegehren zu stellen und die zur Auskunftserteilung notwendigen Urkunden im Rahmen des *Beweisverfahrens* edieren zu lassen. Verweigert die beklagte Partei die Mitwirkung, so berücksichtigt dies das Gericht im Rahmen der *Beweiswürdigung* (Art. 161). Bei Obstruktion der Gegenpartei kann nach einhelliger Praxis sogar eine Umkehr der Beweislast angenommen werden. Auch im kantonalen Prozessrecht ist die Stufenklage nicht ausdrücklich vorgesehen; nur das Vollstreckungsrecht nimmt auf sie teilweise Bezug¹¹³.

¹¹⁰ Vgl. z.B. BGE 124 III 72.

¹¹¹ BGE 116 II 215, 131 III 243.

¹¹² BGE 123 III 140 ff., 116 II 215, 220.

¹¹³ Z.B. Art. 405 ZPO/BE.

Art. 84 Teilklage

Entsprechend der Dispositionsmaxime (Art. 56 Abs. 1) ist der Inhaber oder die Inhaberin eines teilbaren Rechts frei, bloss einen Teil davon einzuklagen. Die klagende Partei kann damit ihre Prozesskosten – welche vom Streitwert abhängen – reduzieren oder – zur Beschleunigung des Verfahrens – bewusst nur den liquiden Teil ihres Anspruchs geltend machen.

Die beklagte Partei kann der Teilklage mit einer Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des gesamten Anspruchs begegnen (vgl. die Voraussetzungen der Widerklage in Art. 221). Allenfalls ist der Prozess dann an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen.

Art. 85 Gestaltungsklage

Neben der Leistungsklage ist die Gestaltungsklage der zweite Haupttyp der Klagen. So werden zum Beispiel die Scheidung (Art. 111 ff. ZGB), die Zusprennung des Grundeigentums (Art. 665 ZGB) oder die Auflösung einer juristischen Person (Art. 78 ZGB, Art. 736 Ziff. 4 OR) durch Gestaltungsklage erwirkt.

Der Vorentwurf hatte ein ausdrückliches Rückwirkungsverbot für das Gestaltungs-urteil vorgesehen (Art. 77 Abs. 3 VE). Das wurde – weil eine Frage des materiellen Rechts – in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert.

Art. 86 Feststellungsklage

Zusammen mit der Leistungs- und der Gestaltungsklage ist die Feststellungsklage der dritte Haupttyp der Klagen. Das Bundesgericht anerkennt sie allgemein, da sie mit der Durchsetzung des materiellen Rechts verknüpft ist. Schon heute beruht sie daher auf Bundesrecht¹¹⁴.

Nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung ist die Feststellungsklage *subsidiär* zur Leistungsklage¹¹⁵. Die klagende Partei muss daher jeweils dartun, weshalb sie nur eine Feststellungsklage erhebt – es sei denn, das Gesetz sehe diese Klage im konkreten Fall ausdrücklich vor (vgl. z.B. Art. 25 BZP, Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, Art. 26 PatG, Art. 85a SchKG). Anders als bei der Leistungs- und der Gestaltungsklage liegt das Rechtsschutzinteresse – eine Prozessvoraussetzung (Art. 57 Abs. 2) – bei der Feststellungsklage somit nicht auf der Hand.

Art. 87 Verbandsklage

Die Verbandsklage dient der kollektiven Interessenwahrung. Als allgemeines Institut wurde sie von Lehre und Rechtsprechung aus dem Persönlichkeitsrecht entwickelt (Art. 28 ZGB)¹¹⁶. Um ihr auch weitere Gebiete zu erschliessen, wurde sie daneben in mehreren *Spezialgesetzen* besonders geregelt (so im Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Gleichstellungsrecht; vgl. z.B. Art. 56 Abs. 1 Bst. b MschG, 10 Abs. 2 Bst. b UWG oder 7 Abs. 1 GIG).

¹¹⁴ BGE 77 II 347 ff., dann BGE 110 II 352 ff., ebenso BGE 119 II 368 ff., 120 II 20 ff., 123 III 414 ff., 131 III 319 ff.

¹¹⁵ Vgl. z.B. BGE 114 II 253 ff., 97 II 371 ff.

¹¹⁶ BGE 73 II 65, 114 II 345, 125 III 82.

Der Vorentwurf sah eine *einheitliche Regelung* für das gesamte Privatrecht vor (Art. 79 VE), was in der Vernehmlassung jedoch stark kritisiert wurde. Befürchtet wurden eine Ausdehnung und Missbrauch des Instituts durch beliebige ad hoc-Gruppierungen.

Die Vernehmlassung liess klar erkennen, dass im schweizerischen und europäischen Recht die *individuelle Interessenwahrung* im Vordergrund steht. Kollektives Vorgehen – zumal hinter dem Schutzschild einer Organisation – hat die Ausnahme zu bleiben. Auch die jüngste Diskussion des Verbandsbeschwerderechts im Verwaltungsverfahren hat dies gezeigt. Der Bundesrat trägt dieser Kritik Rechnung:

- Im Wesentlichen beschränkt sich der Entwurf darauf, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu kodifizieren. Die «allgemeine Verbandsklage» wird daher auf den *Schutz der Persönlichkeit* von Angehörigen bestimmter Personengruppen beschränkt (*Abs. 1 und 2*). Besondere Verbandsklagen bleiben somit wie bisher den Spezialgesetzen vorbehalten (*Abs. 3*). Das jeweilige Spezialgesetz kann dabei eine grosszügigere oder restriktivere Regelung treffen.
- *Klageberechtigt* sind einzig *Organisationen* von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung (*Abs. 1*). Die Legitimation ist somit wie nach geltendem Recht an eine gewisse Repräsentativität geknüpft (vgl. auch Art. 56 Abs. 1 Bst. b MschG; Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG). Dadurch werden Klagen eigens dafür gegründeter ad hoc-Gruppierungen verhindert.
- Das Klagerecht der Organisation ist vom Klagerecht der verletzten Einzelperson *unabhängig*. Die Organisation braucht somit nicht nachzuweisen, dass auch eine betroffene Einzelperson klageberechtigt wäre. Diese moderne Ausprägung der Verbandsklage kennt das schweizerische Recht seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb¹¹⁷ im Jahre 1988 (vgl. Art. 10 UWG).
- Auch Organisationen, die keine Mitglieder haben, sind klageberechtigt (z.B. eine Stiftung): Bei der Verbandsklage geht es nicht um den Schutz allfälliger Mitglieder, sondern um die Interessen bestimmter *Personengruppen*.
- Die *Statuten* der Organisation müssen die *Interessenwahrung* dieser Gruppe ausdrücklich nennen. Nach geltendem Recht haben es grundsätzlich *wirtschaftliche Interessen* zu sein, so dass das Klagerecht vorab den *Berufsverbänden* zukommt¹¹⁸. Der Entwurf geht hier einen Schritt weiter: Legitimiert sind auch Institutionen, die einem *ideellem Zweck* verpflichtet sind.
- Die Verbandsklage kann nur die *Unterlassung, Beseitigung* oder *Feststellung* einer Verletzung zum Gegenstand haben (*Abs. 2*). Ausgeschlossen ist wie nach geltendem Recht die Geltendmachung geldwerter Leistungen wie Schadenersatz und Genugtuung zu Handen der betroffenen Einzelpersonen. Diese reparatorischen Ansprüche bleiben der individuellen Rechtsverfolgung vorbehalten. Bei der Wahrung *eigener Interessen* ist der Verband selbstverständlich nicht eingeschränkt.

¹¹⁷ SR 241

¹¹⁸ Z.B. BGE 125 III 82 ff., 114 II 345.

Auch auf die Einführung der sog. *Sammelklage* (*class action*) wird verzichtet. In der Tat ist es dem europäischen Rechtsdenken fremd, dass jemand ungefragt für eine grosse Zahl von Menschen verbindlich Rechte wahrnehmen darf, ohne dass sich die Berechtigten als Parteien am Prozess beteiligen. Die klassischen Möglichkeiten zur Bündelung von Klagen genügen (*Streitgenossenschaft* und *Klagevereinigung*, vgl. die Erläuterungen zu Art. 69).

Ausserdem ist die *class action* selbst in ihrem Herkunftsland (USA) umstritten¹¹⁹, denn sie kann zu grossen Organisationsproblemen führen. Bereits das sog. Zulassungsverfahren ist oft äusserst komplex und zieht sich in die Länge. Insbesondere kann die Definition der legitimierten Gruppe umstritten sein, und auch bei der Verteilung des Prozessgewinnes stellen sich Probleme. Folgeprozesse sind geradezu vorprogrammiert. Kommt dazu, dass eine *class action* die Streitigkeit nicht immer endgültig zu erledigen vermag, denn betroffene Gruppenmitglieder haben die Möglichkeit des *opting out*. Schliesslich kann die *class action* auch missbraucht werden. Die eingeklagten Summen sind meist enorm, so dass die beklagte Partei – will sie nicht von einem Tag auf den andern in Überschuldung und Insolvenz geraten – zum Einlenken gezwungen wird (sog. *legal blackmail*).

Art. 88 Klagenhäufung

Die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen kennen die Klagenhäufung. Auch die Voraussetzungen sind allgemein anerkannt: Gleiche sachliche Zuständigkeit und gleiche Verfahrensart. Ein sachlicher Zusammenhang der mehreren Begehren wird nur vorausgesetzt, wenn das angerufene Gericht nicht für alle Begehren örtlich zuständig ist (Art. 14 Abs. 2; vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 221). Zur Berechnung des Streitwerts werden die Ansprüche zusammengerechnet, es sei denn, sie würden sich gegenseitig ausschliessen (Art. 91 Abs. 1).

5.7 Streitwert

Der Streitwert ist im Prozess in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. So kann er bestimmend sein für die *sachliche Zuständigkeit* (Art. 4), die *Verfahrensart* (Art. 239) und die *Kostenfreiheit* des Verfahrens (Art. 111 f.). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist ein gewisser Mindeststreitwert ausserdem Voraussetzung für die *Berufung* (Art. 304 Abs. 2).

Der Streitwert ist auch mitbestimmend für die *Höhe der Prozesskosten*. Für die Kostentarife wird zwar wie bisher grundsätzlich kantonales Recht gelten (Art. 94). Doch dürfen Gerichtskosten und Parteientschädigungen nach Lehre und Rechtsprechung nicht ausschliesslich aufgrund des Streitwerts berechnet werden¹²⁰. Tarife, die sich lediglich auf den Streitwert abstützen, sind zu starr und können zu unverhältnismässigen und prohibitiven Kosten führen. Der Streitwert ist nur ein Berechnungskriterium neben andern (wie z.B. Schwierigkeit und Bedeutung der Angelegenheit, erforderliche Bemühungen usw.) Namentlich in den Angelegenheiten des sozialen Privatrechts (z.B. Mietrecht) wird daher die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung weiterhin zu beachten sein¹²¹.

¹¹⁹ Vgl. die *Financial times* vom 16.6.05: «Class actions across the Atlantic».

¹²⁰ BGE 120 Ia 171 ff.; 124 I 241; 126 I 180.

¹²¹ Vgl. etwa mp 2002 230 ff.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen über den Streitwert orientieren sich an den bestehenden kantonalen Regelungen sowie an der Bundesrechtspflege (Art. 36 OG bzw. Art. 51 ff. BGG).

Art. 89 Grundsatz

Absatz 1 regelt den Hauptfall, dass sich der Streitwert unmittelbar aus dem Rechtsbegehren ergibt (so bei der Leistungsklage auf Zahlung einer bestimmten Summe). Auf Wunsch der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer wird ausdrücklich klargestellt, dass – neben den Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens – auch die Kosten für eine Urteilspublikation sowie die Eventualbegehren nicht mitberechnet werden. Als Zinsen gelten gesetzliche oder vertragliche Zinsen, aber auch akzessorisch neben einer Kapitalforderung verlangte Schadenszinsen¹²².

Wird keine Geldleistung verlangt, so ist der Streitwert nach dem objektiven Wert festzulegen (*Abs. 2*). Ist dieser nicht für beide Parteien gleich, so wird in der Regel auf den höheren Wert abgestellt (beispielsweise kann der Wert eines streitigen Wegrechts für das berechnete Grundstück kleiner sein als die Wertebusse, die das dienende Grundstück erleidet). In erster Linie ist es Sache der Parteien, sich über den Streitwert zu einigen. Wenn dies nicht gelingt oder wenn der abgesprochene Streitwert offensichtlich unzutreffend ist, hat ihn das Gericht festzusetzen. Zur Bestimmung des Streitwerts besteht eine reiche Praxis¹²³, die auch unter dem neuen Recht herangezogen werden kann. So berechnet er sich beispielsweise für eine mietrechtliche Erstreckungsstreitigkeit nach dem geschuldeten Mietzins für die verlangte Erstreckungsdauer¹²⁴.

Art. 90 Wiederkehrende Nutzungen und Leistungen

Als Streitwert wiederkehrender Nutzungen und Leistungen (wie beispielsweise Renten, Alimente, Nutzniessungen usw.) gilt der *Kapitalwert*¹²⁵.

Oft steht die Dauer einer periodischen Nutzung oder Leistung nicht fest. In diesem Fall gelten die Regeln von *Absatz 2*. Sie entsprechen geltendem Recht, insbesondere auch der Bundesrechtspflege¹²⁶. Wird beispielsweise eine Erhöhung des Mietzinses angefochten, so ist für die Berechnung des Streitwertes – nicht aber für die Prozesskosten (vgl. die Bemerkungen vor Art. 89) – von der umstrittenen Mietzinsdifferenz, berechnet auf zwanzig Jahre, auszugehen¹²⁷.

Art. 91 Streitgenossenschaft und Klagenhäufung

Bei einfacher Streitgenossenschaft und Klagenhäufung bestimmt sich der Streitwert nach bekannten Regeln¹²⁸ (*Abs. 1*). Die Ansprüche werden zusammengerechnet, weil sich der wirtschaftliche Wert des Prozesses erhöht. Bei einfacher Streitgenos-

¹²² BGE 118 II 363.

¹²³ Vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 138 N 3; Frank/Sträuli/Messmer, § 18 N 8 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 73 N 3 und Art. 75 N 4.

¹²⁴ Bundesgerichtsentscheid 4C.201/2003.

¹²⁵ Vgl. Art. 36 Abs. 4 OG bzw. Art. 51 Abs. 4 BGG.

¹²⁶ Vgl. Art. 36 Abs. 5 OG bzw. Art. 51 Abs. 4 BGG.

¹²⁷ Bundesgerichtsentscheid 4C.176/2003.

¹²⁸ Vgl. Art. 47 Abs. 1 OG bzw. Art. 52 BGG.

senschaft vermag der kumulierte Streitwert jedoch keinen Verfahrenswechsel zu bewirken (*Abs. 2*; vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 69).

Art. 92 **Widerklage**

Gegenüber dem Vorentwurf ist die Bestimmung klarer formuliert. Grundsätzlich werden die Streitwerte von Klage und Widerklage *nicht zusammengerechnet* (*Abs. 1*). Soweit sich die sachliche Zuständigkeit vom Streitwert ableitet, wird auf den höheren Streitwert abgestellt (vgl. Art. 221 Abs. 2).

Zusammengerechnet werden die Streitwerte jedoch für die Bestimmung der *Prozesskosten*, denn hier gilt es, dem wirtschaftlichen Wert des Verfahrens Rechnung zu tragen. Eine Zusammenrechnung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen (*Abs. 2*).

5.8 Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege

5.8.1 Prozesskosten

Art. 93 und 94 **Begriffe; Tarife**

Wie im Vernehmlassungsverfahren grossmehrheitlich gefordert wurde, bleibt die *Tarifhoheit* weiterhin bei den Kantonen, (*Art. 94*; vgl. Ziff. 3.2.1). Dadurch kann den unterschiedlichen Verhältnissen der Kantone besser Rechnung getragen werden als durch einheitliche Bundestarife. Bereits im Bericht zum Vorentwurf wurde jedoch dargelegt, dass sich die kantonalen Tarife nach den verfassungsmässigen Grundsätzen zu richten haben¹²⁹. Darüber hinaus sind sie auch an die Vorgaben der künftigen ZPO gebunden.

Artikel 93 definiert die Begriffe. Dabei ist zu beachten, dass im Gegensatz zum Vorentwurf nicht mehr von Parteikosten, sondern von Parteientschädigung gesprochen wird (*Abs. 1*). Damit stimmt die Terminologie mit dem BGG überein.

Die Gebühren der Gerichte und Schlichtungsbehörden sind in Form von *Pauschalen* festzusetzen (*Art. 93 Abs. 2 Bst. a und b*). Sie gelten grundsätzlich alle gerichtlichen Leistungen ab. Es werden somit keine speziellen Gebühren für Schreiarbeiten, Aktenstudium, Zustellungen, Kommunikationen, Fristerstreckungen usw. ausgedient. Die Kantone werden *Bandbreiten* für die Pauschalen festsetzen, so dass dem Streitwert sowie dem Aufwand im Einzelfall angemessen Rechnung getragen werden kann.

Das Pauschalssystem wurde in der Vernehmlassung begrüsst, denn es bringt eine erhebliche Vereinfachung gegenüber einer detaillierten Gebührenabrechnung, wie sie heute zum Teil noch gilt. Doch kann es nicht ausnahmslos durchgeführt werden: Besonders auszuweisen sind die Kosten der *Beweisführung* (*Art 93 Abs. 2 Bst. c*), der *Übersetzung* sowie der *Vertretung des Kindes* (*Bst. d und e*). Die Übersetzungskosten umfassen insbesondere die Kosten für eine Dolmetscherin oder einen Dolmetscher. Für die Übersetzung einer Eingabe in die Amtssprache des Gerichts hat die betreffende Partei selber zu sorgen. Gleiches gilt für die Übersetzung von Dokumenten, welche – als Beweisurkunden – im Parteibesitz sind (z.B. fremdspra-

¹²⁹ Vgl. dazu ausführlich Bericht zum Vorentwurf, S. 51.

chige Geschäftsunterlagen und Verträge). Der betreffende Aufwand kann als Parteientschädigung geltend gemacht werden.

Als *Parteientschädigung* gilt im Allgemeinen der Ersatz der notwendigen Auslagen (z.B. Reisespesen, Fernmeldedienstleistungen, Versandkosten, Kopien, *Art. 93 Abs. 3 Bst. a*). Dazu kommen die Kosten der berufsmässigen Vertretung (*Bst. b*). Die Anwaltskosten könnten zwar auch unter «Auslagen» (*Bst. a*) subsumiert werden¹³⁰, doch werden sie im Interesse der Transparenz ausdrücklich erwähnt. Auch für die Anwaltstarife bleiben die Kantone zuständig (*Art. 94*).

Eine nicht anwaltlich vertretene Partei (d.h. eine Partei, die ihren Prozess selber führt), hat unter Umständen – nebst Auslagenersatz (*Abs. 3 Bst. a*) – Anrecht auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (*Art. 93 Abs. 3 Bst. c*). Darunter ist in erster Linie ein gewisser Ausgleich für den Verdienstaussfall einer selbstständig erwerbenden Person zu verstehen.

Art. 95 Aufklärung über die Prozesskosten

Anders als noch der Vorentwurf sieht der Entwurf eine gerichtliche Aufklärungspflicht betreffend die mutmassliche Höhe der Prozesskosten und die unentgeltliche Rechtspflege vor. Aufzuklären ist jedoch nur, sofern dies *notwendig erscheint*. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Partei den Prozess selber führt. Auch ein Laie soll das Kostenrisiko abschätzen können. Keine gerichtliche Aufklärungspflicht besteht dagegen, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind. Denn hier ist davon auszugehen, dass die entsprechende Aufklärung durch die Anwaltschaft erfolgt.

Art. 96 Kostenvorschuss

Nach dem Vorentwurf durfte der Kostenvorschuss der klagenden Partei höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten betragen. Diese Regelung ist in der Vernehmlassung – insbesondere mit Bezug auf das Inkassorisiko der Kantone – stark kritisiert worden. Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung und erweitert die Vorschusspflicht bis zur vollen Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten.

Indessen ist zu beachten, dass es sich um eine Kann-Vorschrift handelt, von welcher das Gericht aus Billigkeitsgründen abweichen darf. Wenn beispielsweise die klagende Partei nur wenig über dem Existenzminimum lebt, so dass die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege knapp nicht erfüllt sind, dann sollte das Gericht nicht den gesamten Vorschuss verlangen. Andernfalls wird ihr der Zugang zum Gericht faktisch verwehrt.

Zum Vorschuss verpflichtet ist die klagende Partei (als solche gilt auch eine widerklagende Gegenpartei) sowie die Partei, die ein Rechtsmittel ergreift. Im Gegensatz zur Sicherheit für die Parteientschädigung ist der Vorschuss stets in Geld zu bezahlen (vgl. *Art. 98*).

Art. 97 und 98 Sicherheit für die Parteientschädigung

Die klagende Partei hat der beklagten Partei auf Antrag Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten, wenn Gründe vorliegen, die das spätere Eintreiben schwierig erscheinen lassen (*Art. 97 Abs. 1*). Dieses Recht auf Sicherheit wird aus dem kantonalen Prozessrecht übernommen.

Anders als nach Vorentwurf ist die Sicherheit nur für die Parteientschädigung und nicht auch für die Gerichtskosten zu leisten, da das Gericht gemäss Entwurf die klagende Partei zu einem Vorschuss der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verpflichten kann.

Hinsichtlich der einzelnen Kautionsgründe übernimmt der Entwurf die Regelung des Vorentwurfs, die ihrerseits traditionellem Prozessrecht entspricht. So hat zum Beispiel die Konkursmasse in einem Aktivprozess Sicherheit zu leisten (*Art. 97 Abs. 1 Bst. b*). Schliesslich wird – parallel zu Artikel 123 Absatz 1 Buchstabe c E-StPO – ein Auffangtatbestand vorgesehen, der in allgemeiner Weise eine *erhebliche* Gefährdung der Parteientschädigung voraussetzt (*Abs. 1 Bst. d*). Zu denken ist etwa an das sog. *asset stripping* vor Konkurs, bei dem sich die klagende Partei ihrer Aktiven entledigt (z.B. durch Übertragung unter Wert auf eine Auffanggesellschaft).

Bei notwendiger Streitgenossenschaft besteht in der Regel Solidarhaftung für die Prozesskosten (*Art. 104 Abs. 3*). Solange somit ein Streitgenosse zahlungsfähig ist bzw. Wohnsitz in der Schweiz hat, besteht daher kein Anlass für eine Sicherheitsleistung. Vielmehr muss bei allen Streitgenossen ein Kautionsgrund gegeben sein (*Art. 97 Abs. 2*).

Der Entwurf nimmt – wie die kantonalen Prozessordnungen¹³¹ – verschiedene Verfahren von der Kautionspflicht aus (*Art 97 Abs. 3*). Zum einen handelt es sich um die Verfahren des sog. «sozialen Zivilprozesses», zum andern um das Summarverfahren (*Bst. a und b*). Obwohl ebenfalls ein Summarverfahren, kann hingegen für den Rechtsschutz in klaren Fällen Sicherheit verlangt werden (*Bst. c*): Die klagende Partei soll durch diese Verfahrensoption die Sicherheitsleistung nicht unterlaufen können.

Im *internationalen Verhältnis* ist die Sicherheitsleistung staatsvertraglich meist ausgeschlossen, wenn sie einzig im ausländischen Wohnsitz der klagenden Partei begründet ist. Ein expliziter Vorbehalt in der ZPO ist im Hinblick auf Artikel 2 entbehrlich.

Artikel 98 bestimmt die Form der Sicherheit in Übereinstimmung mit Artikel 123 Absatz 3 E-StPO. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird die Hinterlegung solider Wertschriften nicht mehr erwähnt (*Abs. 1*). Wie im Vernehmlassungsverfahren geltend gemacht wurde, ist dieser Begriff zu unbestimmt.

Die Sicherheitsleistung kann nachträglich herabgesetzt, erhöht oder aufgehoben werden (*Abs. 2*). Sie ist zurückzuerstatten, soweit der Kautionsgrund nachträglich dahin fällt (z.B. wenn eine Partei vom Ausland in die Schweiz zieht).

¹³¹ Z.B. § 78 ZPO/ZH; Art. 277 ZPO/SG.

Art. 99 Leistung des Vorschusses und der Sicherheit

Das Gericht setzt eine Frist zur Bezahlung des Vorschusses und der Sicherheit (*Abs. 1*). Diese Frist muss – auch wenn das Gesetz dies nicht explizit sagt – *angemessen*, d.h. dem Einzelfall angepasst sein. Die Bezahlung ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 57 Abs. 2 Bst. f). Das Gericht tritt daher auf eine Klage, ein Gesuch oder ein Rechtsmittel nicht ein, wenn die Leistung auch nach Ablauf einer Nachfrist nicht erfolgt (*Abs. 3*). Obwohl der Gesetzestext nicht mehr ausdrücklich von einer *kurzen* Nachfrist spricht, darf diese natürlich erheblich kürzer zu sein als die erste Frist (vgl. auch Art. 62 Abs. 3 BGG). Nur eine vorsorgliche Massnahme kann – im Interesse eines schnellen und effektiven Rechtsschutzes – angeordnet werden, bevor die Sicherheit geleistet wird (*Abs. 2*).

Art. 100 Vorschuss für Beweiserhebungen

Die Parteien haben die Kosten für die Beweiserhebung vorzuschüssen. Den Vorschuss hat jeweils die Partei zu leisten, welche den entsprechenden Beweis oder Gegenbeweis beantragt hat (*Abs. 1*). Wenn beide Parteien das gleiche Beweismittel beantragen, kann das Gericht von beiden Parteien je die Hälfte des Vorschusses verlangen (*Abs. 2*).

Von dieser Regelung ausgenommen bleiben nur Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu *erforschen* hat (*Abs. 3*; klassische Untersuchungsmaxime). Dies ist bei den Kinderbelangen der Fall (Art. 291)¹³². Wo das Gericht den Sachverhalt dagegen lediglich *festzustellen* hat (beschränkte Untersuchungsmaxime; vgl. Art. 243 für das vereinfachte, Art. 251 für gewisse summarische und Art. 272 für das Scheidungsverfahren), kann die Beweisabnahme ohne weiteres von der Bezahlung des Vorschusses abhängig gemacht werden. Anders als der Vorentwurf verzichtet die ZPO dabei auf die Ansetzung einer Nachfrist, damit das Verfahren nicht über Gebühr verzögert werden kann.

Art. 101 Rechtsmittel

Die Entscheide über Kostenvorschüsse und Sicherheitsleistungen können mit Beschwerde (Art. 316 ff.) angefochten werden. Die Beschwerde hat allerdings keine aufschiebende Wirkung (Art. 323), sonst könnte die betreffende Partei faktisch eine längere Stundung erzwingen.

¹³² Bundesgerichtsentscheid 5C.73/2004. Doch ist zu beachten, dass diese Unabhängigkeit vom Vorschuss in diesen Verfahren keineswegs schematisch gilt: So hat den entsprechenden Vorschuss zu bezahlen, wer die Vaterschaftsvermutung durch ein Gutachten umstossen will, denn sonst würde die Untersuchungsmaxime – sie ist im Interesse des Kindes statuiert – zweckentfremdet.

Art. 102 und 103

Entscheid, Festsetzung und Verteilung

Das Gericht befindet über die Prozesskosten in seinem Urteil (der Entwurf spricht jeweils von Entscheid), sei dies ein Endentscheid – das ist die Regel (*Art. 102 Abs. 1*) – oder ein Zwischenentscheid (*Art. 102 Abs. 2*). Bei vorsorglichen Massnahmen können die Kosten separat verteilt oder zur Hauptsache geschlagen werden (*Art. 102 Abs. 3*).

Diese Grundsätze gelten auch für die Rechtsmittelinstanz – mit einer Besonderheit: Wenn der Prozess an die erste Instanz zurückgewiesen werden muss (*Rückweisungsentscheid*), weil die untere Instanz beispielsweise die Beweisführung zu ergänzen hat, ist oft nicht absehbar, welche Partei in welchem Umfange dann letztlich obsiegen oder unterliegen wird. In solchen Fällen kann es sich rechtfertigen, dass die obere Instanz nur die Kostenhöhe des Rechtsmittelverfahrens festlegt, die konkrete Verteilung aber der Vorinstanz überlässt (*Art. 102 Abs. 4*).

Die Gerichtskosten werden immer von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (*Art. 103 Abs. 1*). Eine Parteientschädigung hingegen wird – entsprechend der Dispositionsmaxime – nach herrschender Praxis grundsätzlich nur auf Antrag einer Partei zugesprochen. Davon geht auch der Entwurf aus. Die Parteien können dem Gericht entweder beantragen, Parteikosten in angemessener Höhe zuzusprechen, oder sie können ihm eine Kostennote einreichen, in der sie ihren Aufwand bzw. das geforderte Honorar darlegen (*Art. 103 Abs. 2*). Parteientschädigungen können grundsätzlich in allen gerichtlichen Verfahren zugesprochen werden, nicht jedoch für das *Schlichtungsverfahren* (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 111).

Der Entwurf regelt das *Moderationsverfahren* nicht, wenn eine Anwaltsrechnung beanstandet wird. Dieses Verfahren ist in den kantonalen Anwaltsgesetzen zu regeln, zumal auch das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) keine eigene Regelung enthält.

Art. 104

Verteilungsgrundsätze

Entsprechend einem klassischen Grundsatz des Zivilprozessrechts werden die Prozesskosten im Allgemeinen nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt. Als unterlegen gilt auch eine Partei, die ein Begehren zurückzieht, anerkennt oder auf deren Begehren nicht eingetreten wird. Anders als im Vorentwurf wird dies ausdrücklich präzisiert (*Abs. 1*). Unterliegen bzw. obsiegen beide Parteien teilweise, so werden die Prozesskosten verhältnismässig verteilt (*Abs. 2*).

Der Vorentwurf sah nur für die notwendigen Streitgenossen eine solidarische Haftung für die Prozesskosten vor. In der Vernehmlassung wurde vorgeschlagen, die Regelung auf andere Fälle von Personenmehrheiten zu erweitern. Der Entwurf regelt daher die Haftung der Haupt- und Nebenparteien umfassend. Das Gericht kann auf anteilmässige oder solidarische Haftung der am Verfahren beteiligten Haupt- oder Nebenparteien erkennen (*Abs. 3*).

Art. 105 Verteilung nach Ermessen

Die klassische Verteilungsregel (Art. 104) kann sich im Einzelfall als starr und ungerecht erweisen. Deshalb sieht der Entwurf mit *Artikel 105* eine Billigkeitsnorm vor, die dem Gericht erlaubt, die Kosten nach Ermessen zu verteilen.

Absatz 1 Buchstaben a–e nennt – nicht abschliessend – *typisierte Fälle*, in denen das Gericht sein Ermessen walten lassen soll. Die Kann-Vorschrift entspricht einem Anliegen aus der Vernehmlassung. Abgeschlossen wird der Katalog mit einem *Auffangtatbestand* (*Bst. f*). Die Regelung übernimmt teils kantonales Prozessrecht, teils bundesrechtliche Sondervorschriften.

- Ein erster Fall betrifft das *Obsiegen nur im Grundsatz* (*Abs. 1 Bst. a*). Zu denken ist zum Beispiel an einen Haftpflichtprozess (Direktprozess der geschädigten Person gegen die Haftpflichtversicherung), in dem die geschädigte Person nur einen Teil der Klagesumme zugesprochen erhält. Von daher müsste sie nach der allgemeinen Regel (Art. 104) einen substantziellen Teil der vielleicht sehr hohen Prozesskosten übernehmen. Gerade im Haftpflichtrecht kann die Bezifferung der Klagesumme jedoch sehr schwierig sein, so dass stets ein Risiko der sog. *Überklagung* besteht. Die Billigkeit kann deswegen für die volle Kostenpflicht der beklagten Versicherung sprechen. Auch das *ungleiche wirtschaftliche Kräfteverhältnis* der Parteien – zu subsumieren unter dem Auffangtatbestand (*Bst. f*) – kann ein Abweichen von der allgemeinen Verteilungsregel rechtfertigen.
- Ein anderer Fall betrifft die *gutgläubige Prozessführung* (*Abs. 1 Bst. b*). Eine Partei mag auf eine Praxis vertraut haben, die ausgerechnet in ihrem Fall geändert wird. Denkbar ist auch ein (Klein-)Aktionär, der eine Verantwortlichkeitsklage führt und verliert. Für die Entlastung der Kleinaktionärin oder des Kleinaktionärs spricht zudem das ungleiche wirtschaftliche Kräfteverhältnis der Parteien, ausserdem das öffentliche Interesse, dass der Aktionärschutz (wie z.B. auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie die Sonderprüfung) tatsächlich durchgesetzt wird (vgl. *Bst. f*).
- Der Billigkeitsnorm unterstehen sodann typischerweise die *familienrechtlichen Verfahren* (*Abs. 1 Bst. c*). Dazu gehören auch die Anordnung der Vertretung des Kindes (Art. 98 Abs. 1 Bst. d VE) und die Verfahren betreffend die eingetragene Partnerschaft (*Abs. 1 Bst. d*). Bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren liegt ein billiger Kostenentscheid sogar auf der Hand: Es wäre sinnwidrig, in diesen Verfahren von obsiegenden und unterliegenden Parteien zu sprechen.
- Wird das Verfahren als *gegenstandslos* beschrieben, liegt die Verteilung der Prozesskosten ebenfalls im Ermessen des Gerichts (*Abs. 1 Bst. e*). Dabei ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde¹³³. Es ist selbstverständlich, dass die Parteien dazu anzuhören sind.

¹³³ Vgl. Frank/Sträuli/Messmer, § 65 N 1 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 266 N 3b.

- Der Auffangtatbestand (*Abs. 1 Bst. f*) nennt *andere besondere Umstände*. Das kann – wie erwähnt – beispielsweise ein sehr ungleiches wirtschaftliches Kräfteverhältnis der Parteien sein. Ferner ist ein Ermessensentscheid etwa angezeigt, wenn die beklagte Partei zwar dank Verrechnung obsiegt, das Gericht aber viele unbegründete Verrechnungsforderungen beurteilen musste, bevor die Klage endlich abgewiesen werden konnte¹³⁴.

Die Billigkeitsnorm von Artikel 105 erlaubt es, im materiellen Bundesrecht verstreute Einzelregelungen aufzuheben, so betreffend die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft (Art. 706a Abs. 3 OR) oder die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 756 Abs. 2 OR; vgl. Anhang Ziff. 5). Spezialgesetzliche Kostenverteilungen wie z.B. bei der patentrechtlichen Stufenklage (Art. 71 PatG) oder bei der Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung (Art. 105 Abs. 3 FusG) bleiben um der Klarheit willen im jeweiligen Spezialgesetz. Diese Fälle sind zu singular, um ohne weiteres aus einer allgemeinen Billigkeitsnorm abgeleitet werden zu können.

Absatz 2 statuiert eine Billigkeitshaftung des Kantons: Kosten, die weder die Parteien noch Dritte veranlasst haben, kann das Gericht dem Kanton auferlegen.

Art. 106 Unnötige Prozesskosten

Für unnötige Kosten gilt das *Verursacherprinzip*. Zu denken ist beispielsweise an trölerische Begehren oder weitschweifige Eingaben. Ein vorwerfbares Verhalten ist – anders als bei der Verhängung einer Ordnungsbusse (Art. 126) – für die Kostenstrafe nicht vorausgesetzt. Im Gegensatz zum Vorentwurf müssen die Prozesskosten auch nicht «offensichtlich unnötig» sein.

Der Entwurf übernimmt Artikel 99 des Vernehmlassungsentwurfs nicht, wonach Prozesskosten zu bezahlen hatte, wer durch den Entscheid schliesslich nicht wesentlich mehr erhielt, als ihm zuvor als Vergleich angeboten wurde. Solchen Fällen kann mit dem Auffangtatbestand von Artikel 105 Absatz 1 Buchstabe f flexibler Rechnung getragen werden. Die apodiktische Formulierung des Vorentwurfs stiess in der Vernehmlassung auf starke Kritik. In der Tat gilt es zu vermeiden, dass die Parteien durch eine gerichtliche Kostendrohung zu Vergleichen gedrängt werden (sog. «Vergleichszwängerei»).

Art. 107 Verteilung bei Vergleich

Im Falle eines Vergleichs können die Parteien die Kostenverteilung frei vereinbaren (*Abs. 1*). Wenn sie keine Einigung erzielen, spielen die Verteilungsregeln der Artikel 104 ff. (*Abs. 2*). Damit weicht der Entwurf vom Vorentwurf ab, der Wertschlagen der Parteikosten (d.h. jede Partei trägt ihre Parteikosten selber) und Teilung der Gerichtskosten vorsah. Dies ist zwar eine gängige Lösung; als abstrakte Regel könnte sie jedoch zu ungerechten Ergebnissen und letztlich zu weniger Vergleichsbereitschaft führen. Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, eine entsprechende Regelung im Vergleich zu vereinbaren.

¹³⁴ Vgl. Frank/Sträuli/Messmer, § 66 N 4.

Art. 108 Rechtsmittel

Grundsätzlich ist der Kostenentscheid zusammen mit der Hauptsache anfechtbar. Ist die Streitigkeit berufungsfähig, so kann demnach nicht nur der Sachentscheid, sondern auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden. Will eine Partei hingegen einzig den Kostenpunkt anfechten, so steht auch in berufungsfähigen Angelegenheiten nur die Beschwerde zur Verfügung (Art. 316 ff.).

Art. 109 Liquidation der Prozesskosten

Gemäss Vorentwurf musste der Vorschuss und die Sicherheitsleistung einer Partei zurückerstattet werden, wenn ihr der Entscheid keine Kosten auferlegte. Dieser Vorschlag ist im Vernehmlassungsverfahren insbesondere mit Blick auf das Inkassorisiko der Kantone stark kritisiert worden. Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung.

Die Gerichtskosten werden daher mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet, unabhängig davon, welche Partei – die obsiegende oder die unterliegende – die betreffenden Vorschüsse bezahlt hat. Der Kanton muss somit von der kostenpflichtigen Partei nur noch nachfordern, was mit den Vorschüssen nicht gedeckt werden kann (*Abs. 1*).

Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei alsdann die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (*Abs. 2*). Die obsiegende Partei trägt daher das grössere Inkassorisiko als der Kanton. Dies erscheint jedoch im Zivilprozess, in dem rein private Streitigkeiten ausgetragen werden, gerechtfertigt. Die klagende Partei hat beim Entscheid, ob sie klagen will oder nicht, auch das Inkassorisiko einzukalkulieren; sie kann die Bonität der beklagten Partei vorher abklären. Und die beklagte Partei kann rechtzeitig eine Sicherheit für eine gefährdete Parteientschädigung beantragen (Art. 97). Die Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege bleiben vorbehalten (*Abs. 3*; vgl. die Erläuterungen zu Art. 120).

Art. 110 Stundung, Erlass, Verjährung und Verzinsung der Gerichtskosten

Gerichtskosten können gestundet oder erlassen werden. Ein Erlass wird jedoch nur angeordnet, wenn dauernde Mittellosigkeit der betreffenden Partei anzunehmen ist (*Abs. 1*). Da es sich bei den Gerichtskosten um öffentlichrechtliche Forderungen handelt, wären die privatrechtlichen Bestimmungen über Verjährung und Verzugszins nur analog anwendbar. Der Entwurf enthält daher eine eigene Regelung. Die Gerichtskosten verjähren in zehn Jahren, wie im Vernehmlassungsverfahren vorgeschlagen wurde (*Abs. 2*). Die Verjährungsfrist beginnt mit Abschluss des Verfahrens zu laufen, d.h. mit Rechtskraft des Entscheids, eines Abschreibungsbeschlusses oder einer sonstigen prozessbeendenden Verfügung. Der Verzugszins beträgt 5 Prozent und setzt eine Mahnung voraus (*Abs. 3*).

5.8.3 Besondere Kostenregelung

Bereits das geltende Bundesrecht kennt verschiedene *kostenlose Verfahren* (z.B. im Arbeits- und Mietrecht). Dieser Rechtszustand wird entsprechend dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens in den Entwurf übernommen. Die Kostenlosigkeit der betreffenden Verfahren gilt als eine der wichtigsten Errungenschaften des sozialen

Zivilprozesses. Damit können viele verstreute Bestimmungen des geltenden Rechts aufgehoben werden (Art. 11 Abs. 4 und 12 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz [vgl. Ziff. 1 des Anhangs], Art. 274d Abs. 2 und Art. 343 Abs. 3 OR [vgl. Ziff. 5 des Anhangs], Art. 15 Abs. 3 Mitwirkungsgesetz [vgl. Ziff. 26 des Anhangs], Art. 10 Abs. 4 Arbeitsvermittlungsgesetz [vgl. Ziff. 27 des Anhangs], Art. 85 Abs. 3 Versicherungsaufsichtsgesetz¹³⁵ [vgl. Ziff. 30 des Anhangs]).

Im Interesse der Übersichtlichkeit trifft der Entwurf für das Schlichtungsverfahren und das Entscheidungsverfahren, d.h. den eigentlichen Prozess, je eine Regelung.

Art. 111 Schlichtungsverfahren

Absatz 1 stellt klar, dass im Schlichtungsverfahren *keine Parteientschädigungen* zugesprochen werden. Jede Partei trägt ihre Parteikosten selber. Bei der Schlichtung wird im Interesse der Parteien versucht, den förmlichen Prozess zu vermeiden und eine gütliche Einigung herbeizuführen. Daher ist es sachgerecht, dass jede Partei ihren Aufwand selber trägt. Die Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsbestandes durch den Kanton bleibt vorbehalten. Die Parteien sind frei, in einem Vergleich eine andere Regelung zu treffen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 107). Grundsätzlich wird im Schlichtungsverfahren aber nur über Gerichtskosten abgerechnet (Art. 204).

Das Schlichtungsverfahren ist immer dann kostenlos, wenn auch später im Entscheidungsverfahren keine Kosten gesprochen werden dürfen (*Abs. 2 Bst. a, b, d bis f*). Es wäre widersinnig, die Vorstufe eines kostenlosen Prozesses kostenpflichtig zu erklären. Kostenlos bleibt zudem die miet- und pachtrechtliche Schlichtung (*Abs. 2 Bst. c*); der Mietprozess vor dem entscheidenden Gericht hingegen ist – entsprechend dem geltenden Recht – kostenpflichtig.

Anders als noch der Vorentwurf unterstellt der Entwurf die Schlichtung in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten nur bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken der Kostenlosigkeit, da das Entscheidungsverfahren in diesen Angelegenheiten – wie bereits nach geltendem Recht – ebenfalls nur bis zu einer Streitwertgrenze von 30 000 Franken kostenlos ist (Art. 343 OR).

Art. 112 Entscheidungsverfahren

Die Bestimmung entspricht vollumfänglich dem geltenden Recht. Die Kostenlosigkeit des Entscheidungsverfahrens ist somit in zweierlei Hinsicht enger gefasst als für das Schlichtungsverfahren. Zum einen betrifft sie nur die *Gerichtskosten*, nicht aber die Parteientschädigung an die Gegenpartei: Diese wird nach den üblichen Regeln zugesprochen. Zum anderen gilt die Kostenlosigkeit wie bisher nicht für Angelegenheiten aus Miete und Pacht.

Art. 113 Kostentragungspflicht

Auch diese Bestimmung übernimmt geltendes Recht: Bei bös- oder mutwilliger Prozessführung können einer Partei die Gerichtskosten auch in den unentgeltlichen Verfahren auferlegt werden.

¹³⁵ Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 (VAG; SR 961.01).

Art. 114 Kostenbefreiungen nach kantonalem Recht

Die Kantone können weitere Erleichterungen bei den Gerichtskosten gewähren (*Abs. 1*; vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 215), insbesondere für sich selbst oder für ihre Gemeinden, Körperschaften und Anstalten. Sie haben jedoch darauf zu achten, dass sie dabei die Eidgenossenschaft nicht diskriminieren (*Abs. 2*).

5.8.4 Unentgeltliche Rechtspflege

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ergibt sich als prozessuales Grundrecht bereits aus der Verfassung (Art. 29 Abs. 3 BV). Diese setzt jedoch nur einen Minimalstandard fest. Als Institut des Prozessrechts ist die unentgeltliche Rechtspflege heute durch kantonales Recht geregelt. Entsprechend unterschiedlich ist die kantonale Praxis, namentlich was die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes betrifft. Inskünftig wird einheitliches Bundesrecht massgebend sein. Der Entwurf stimmt im Wesentlichen mit dem Entwurf StPO (Privatklägerschaft) überein¹³⁶.

Die unentgeltliche Rechtspflege kann für *jede Verfahrensart* erteilt werden¹³⁷. Sie steht *schweizerischen und ausländischen Bürgerinnen und Bürgern* gleichermassen zu – unabhängig vom Wohnsitz (vgl. auch Art. 11c E-IPRG, Ziff. 18 des Anhangs)¹³⁸.

Kontrovers ist heute, ob sie nur *natürlichen* oder auch *juristischen Personen* oder bestimmten *Sondervermögen* (z.B. Konkursmasse) zu gewähren ist. Die kantonalen Prozessrechte und die herrschende Praxis beschränken den Anspruch auf natürliche Personen. Das Bundesgericht hat die Frage für juristische Personen bisher offen gelassen¹³⁹, für Konkursmassen hingegen hat es sie verneint¹⁴⁰. Der Entwurf enthält – anders als noch der Vorentwurf (Art. 105 VE) – eine offene Formulierung, die der Bundesverfassung (vgl. Art. 29 Abs. 3 BV) und einem Anliegen aus dem Vernehmlassungsverfahren entspricht. Zwar trifft zu, dass die unentgeltliche Rechtspflege – als Pfeiler des sozialen Zivilprozesses – ihrem Wesen nach grundsätzlich nur natürlichen Personen zustehen kann. Indessen sind Fälle denkbar, in denen ausnahmsweise auch juristische Personen anspruchsberechtigt sein sollten¹⁴¹. Daher muss es der Praxis möglich sein, im Einzelfall eine sachgerechte Lösung zu treffen.

Art. 115 Anspruch

Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege ist einmal die sog. *Prozessarmut*. Sie ist gegeben, wenn die betreffende Person nicht über die notwendigen Mittel (Einkommen und Vermögen) verfügt, um ohne erhebliche Beeinträchtigung ihrer Existenz für die Prozesskosten aufzukommen (*Bst. a*). Der zivilprozessuale Notbedarf liegt regelmässig 10–30 Prozent höher als das betriebsrechtliche Existenzminimum, zumal insbesondere die laufenden Steuern mit zu berücksichtigen sind.

¹³⁶ Vgl. Art. 134 ff. E-StPO.

¹³⁷ Vgl. BGE 121 I 60.

¹³⁸ Vgl. BGE 120 Ia 217.

¹³⁹ BGE 119 Ia 337 ff.; Bundesgerichtsentscheid 2A.399/2004.

¹⁴⁰ BGE 125 V 371 ff.

¹⁴¹ BGE 131 II 306.

Zu den Fragen des Notbedarfs besteht eine reiche Literatur und Rechtsprechung, die auch unter einheitlichem Recht zu berücksichtigen sein wird.

Sodann setzt die unentgeltliche Rechtspflege eine gewisse *Prozessprognose* voraus: Das Rechtsbegehren darf nicht aussichtslos erscheinen (*Bst. b*). Aussichtslosigkeit ist gegeben, wenn die Siegeschance beträchtlich geringer ist als die Gefahr einer Niederlage und daher nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden kann. Wenn jedoch die Gewinnaussicht nur wenig kleiner ist oder wenn sich Chance und Gefahr ungefähr die Waage halten, ist die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren¹⁴².

Art. 116 Umfang

Eine Partei, die unentgeltliche Rechtspflege erhält, wird von Vorschüssen und Sicherheitsleistungen sowie von Vorschüssen für die Beweiserhebung befreit (*Abs. 1 Bst. a und b*). Damit wird ihr ermöglicht, das Verfahren überhaupt einmal einzuleiten und dann auch durchzuführen. Die Kostenbefreiung ist jedoch keine endgültige; vielmehr steht sie unter dem Vorbehalt der Nachzahlung (*Art. 121*).

Der bedürftigen Partei ist nötigenfalls auch ein *Rechtsbeistand* zu bestellen (*Abs. 1 Bst. c*). Die anwaltliche Vertretung muss jedoch wirklich geboten sein. Kriterien dafür sind etwa die Schwierigkeit des Falles, das Postulationsvermögen und die Sachkunde der gesuchstellenden Partei sowie natürlich der Umstand, dass die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (sonst wird das Gebot der «Waffengleichheit» verletzt)¹⁴³. Eine unentgeltliche Rechtsbeiständin kann auch für das Schlichtungsverfahren gewährt werden, wenn die Streitsache dies rechtfertigt (*Art. 111 Abs. 1*)¹⁴⁴.

Die unentgeltliche Rechtspflege wird immer nur soweit gewährt, als sie wirklich nötig ist (*Abs. 2*). Kann somit eine Partei die Prozesskosten wenigstens teilweise selber aufbringen, so wird sie entsprechend beschränkt (z.B. durch Festlegung eines «prozessualen Selbstbehaltes» für die Gerichtskosten). Ist eine Klage nur zum Teil nicht aussichtslos, kann sich die unentgeltliche Rechtspflege auf diesen Teil beschränken.

Ein Anspruch auf einen *vorprozessualen* unentgeltlichen Rechtsbeistand besteht hingegen von Verfassung wegen grundsätzlich nicht¹⁴⁵. Der Entwurf gewährt ihn zumindest für die (notwendige) Vorbereitung des Prozesses. Dabei ist vor allem an die Erarbeitung einer Scheidungskonvention für die Scheidung auf gemeinsames Begehren zu denken (*Art. 111 f. ZGB*; zur Frage der unentgeltlichen Mediation vgl. die Erläuterungen zu *Art. 215*).

Zu beachten ist, dass die unentgeltliche Rechtspflege eine Partei bei Unterliegen im Prozess nicht davon befreit, der Gegenpartei eine *Parteientschädigung* zu bezahlen. Das entspricht dem geltenden Recht und wird im Gegensatz zum Vorentwurf ausdrücklich im Gesetz festgehalten (*Abs. 3*). Über diese praktisch bedeutsame Frage muss Klarheit herrschen.

¹⁴² Vgl. BGE **119** Ia 251.

¹⁴³ Vgl. BGE **122** III 392, **119** Ia 264.

¹⁴⁴ Vgl. BGE **119** Ia 264 betreffend das Mietschlichtungsverfahren.

¹⁴⁵ Vgl. BGE **121** I 321.

Art. 117 Gesuch und Verfahren

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann jederzeit gestellt werden, sei es vor Eintritt der Rechtshängigkeit oder erst im Laufe des Verfahrens (*Abs. 1*). Wird es vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt, so bestimmt sich der Gerichtsstand nach dem Forum der Hauptsache.

Die gesuchstellende Partei hat ihre *Mittellosigkeit* schlüssig darzulegen (*Abs. 2*). Vielfach sehen die Kantone für das Gesuch ein Formular vor, das entsprechend auszufüllen und – begleitet von den erforderlichen Dokumenten (z.B. Lohnausweis) – dem Gericht einzureichen ist. Zwar gilt in diesem Verfahren ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz, doch hat die gesuchstellende Partei bei der Abklärung ihrer finanziellen Verhältnisse mitzuwirken¹⁴⁶. In Bezug auf die *fehlende Aussichtslosigkeit* des Hauptprozesses genügt hingegen Glaubhaftigkeit.

Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren. Die Gegenpartei des Hauptprozesses ist in diesem Verfahren zwar nicht förmlich Partei. Dennoch kann sie angehört werden, denn oft vermag sie zur Abklärung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie vor allem der Erfolgsaussichten beizutragen. Wenn hingegen die klagende Partei von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung befreit werden soll (Art. 97), muss die Gegenpartei immer angehört werden, denn hier erleidet sie einen Nachteil (*Abs. 3*). Ausnahmsweise kann die unentgeltliche Rechtspflege sogar rückwirkend bewilligt werden (*Abs. 4*)¹⁴⁷.

Für das *Rechtsmittelverfahren* sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege neu zu prüfen, denn insbesondere die Prozessaussichten können sich nun anders darstellen. Daher ist eine automatische Weitergeltung der unentgeltlichen Rechtspflege abzulehnen (*Abs. 5*).

Im Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege werden keine Gerichtskosten gesprochen, und zwar auch dann nicht, wenn das Gesuch abgewiesen wird. Vorbehalten sind bös- und mutwillige Gesuche (*Abs. 6*). Zu denken ist an eine vermögende Partei, die den Prozess durch dieses Zwischenverfahren nur verzögern will, oder an eine Partei, welche dem Gericht unwahre Angaben macht, um die Rechtswohlthat zu erschleichen.

Art. 118 Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege

Der Entzug erfolgt grundsätzlich für die Zukunft. Wenn die unentgeltliche Rechtspflege aber von Anfang an zu Unrecht gewährt worden ist, weil die betreffende Partei bereits im Zeitpunkt des Entscheids über genügend Mittel verfügt hat, dann kann sie zur Nachzahlung der bereits angefallenen Kosten verpflichtet werden (Art. 121).

Art. 119 Rechtsmittel

Die gesuchstellende Partei kann die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege oder deren Entzug mit Beschwerde anfechten. Der Gegenpartei steht diesbezüglich – mangels Rechtsschutzinteresses – kein Rechtsmittel zu. Gegen eine Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung kann sie hingegen Beschwerde führen (Art. 101).

¹⁴⁶ Vgl. BGE 120 Ia 179.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 122 I 203.

Art. 120 Liquidation der Prozesskosten

Anders als der Vorentwurf regelt der Entwurf die Liquidation der Prozesskosten bei der unentgeltlichen Rechtspflege ausführlich. Der Bundesrat kommt damit einem praktischen Bedürfnis und dem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer nach.

Absatz 1 regelt den Fall des *Unterliegens* der unentgeltlich prozessführenden Partei:

- Der Vorentwurf verpflichtete die Kantone zu einer vollen *Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbestandes*. Dies wurde in der Vernehmlassung jedoch stark kritisiert. In der Tat widerspräche eine solche bundesrechtliche Vorgabe der kantonalen Tarifhoheit (Art. 94). Der Entwurf überlässt es daher den Kantonen, den Umfang der Entschädigung wie bisher selber zu bestimmen. Die Entschädigung hat aber *angemessen* zu sein (*Bst. a*). Eine allfällige Differenz zum vollen Tarif kann die Rechtsbeistandin von ihrer Klientschaft nur über die Nachforderung geltend machen (Art. 121) – nicht etwa durch Nebenabrede.
- Die *Gerichtskosten* trägt der Kanton (*Bst. b*); zugleich hat er der obsiegenden Gegenpartei deren geleistete Vorschüsse zurückzuerstatten (*Bst. c*).
- Die unentgeltlich prozessführende Partei – nicht etwa der Kanton – hat der Gegenpartei die festgesetzte *Parteientschädigung* zu leisten (*Bst. d*). Die unentgeltliche Rechtspflege befreit wie gesagt nicht von dieser Entschädigungspflicht (vgl. die Erläuterungen zu Art. 116).

Absatz 2 gilt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei *obsiegt*:

- Die unterliegende Gegenpartei wird nach den allgemeinen Regeln zu den Prozesskosten verurteilt (Art. 104 f.). Sie trägt demnach die *Gerichtskosten* und hat der unentgeltlich prozessführenden Partei auch eine *volle Parteientschädigung* (volles Anwaltshonorar) zu bezahlen.
- Bei Insolvenz der Gegenpartei hingegen wird der unentgeltliche Rechtsbestand vom Kanton bezahlt: Ihm ist eine *angemessene* Entschädigung auszurichten. Im Umfang der Zahlung geht die Entschädigungsforderung auf den Staat über. Für eine allfällige Differenz zum vollen Honorar muss sich die unentgeltliche Rechtsbeistandin aber weiterhin an die Gegenpartei halten. Die Ausfallhaftung des Kantons für ein angemessenes Honorar des unentgeltlichen Rechtsbestandes folgt aus dem besonderen öffentlichrechtlichen Charakter dieses Mandats.

Art. 121 Nachzahlung

Der Staat befreit eine Partei nicht definitiv von der Bezahlung der Prozesskosten. Die Partei ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (*Abs. 1*), sei es beispielsweise auf Grund einer entsprechenden Lohnkarriere oder eines späteren Vermögensanfalls (Erbschaft). Schon der Prozessausgang selber kann je nachdem bewirken, dass nun genügend Mittel vorhanden sind¹⁴⁸. Die Bestimmung ist an Artikel 64 Absatz 4 BGG angepasst worden.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 122 I 322.

Der Entwurf äussert sich nicht darüber, welche Behörde die Nachzahlung festlegt und durchsetzt. Dies bleibt Sache des kantonalen Rechts. Die Frist dazu ist im Sinne der Vernehmlassung von fünf auf zehn Jahre verlängert worden (*Abs. 2*). Als *Verjährungsfrist* kann sie gehemmt und unterbrochen werden (vgl. auch Art. 110 Abs. 2).

5.9 Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen

5.9.1 Prozessleitung

Art. 122 Grundsätze

Die Leitung des Prozesses – das Prozessmanagement – obliegt dem Gericht. Mit den sog. prozessleitenden Verfügungen führt es Regie und hat allgemein dafür zu sorgen, dass das Verfahren zügig durchgeführt wird (*Abs. 1*). Der verfassungsmässige Anspruch auf Beurteilung einer Sache innert angemessener Frist (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 29 Abs. 1 BV) wird hier konkretisiert.

Das prozessuale Geschehen findet dabei grundsätzlich vor dem erkennenden Gericht statt (Unmittelbarkeitsprinzip). Aus verfahrensökonomischen Gründen kann ein Kollegialgericht die Prozessleitung jedoch delegieren (*Abs. 2*; vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 152).

Absatz 3 betont den Grundsatz, dass auch im Entscheidverfahren jederzeit Vergleichsverhandlungen geführt werden können (vgl. auch Art. 211 und 223).

Art. 123–125 Prozessleitende Verfügungen

Der gesetzliche Katalog der prozessleitenden Verfügungen ist nicht abschliessend. Genannt werden hier nur die wichtigsten. Andere ergeben sich jeweils aus dem Sachzusammenhang:

- Vereinfachung des *Prozesses* (*Art. 123*) wie z.B. durch Beschränkung im Hinblick auf einen Zwischenentscheid (*Art. 233*), durch separate Behandlung einer Widerklage (*Art. 221*) oder durch Vorwegbehandlung der liquiden Rechtsbegehren usw.
- Sistierung des *Verfahrens* (*Art. 124*), insbesondere wenn er vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängt (vgl. Art. 36 Abs. 1 GestG) oder wenn die Parteien aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen führen oder sich einer Mediation unterziehen (*Art. 211*). Die Sistierung hat immer einem echten Bedürfnis zu entsprechen (z.B. Verhinderung widersprüchlicher Entscheide). Sie kann mit Beschwerde angefochten werden (vgl. Art. 316 ff.).
- *Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren* (*Art. 125*): Die Regelung entspricht geltendem Recht (vgl. Art. 36 Abs. 2 GestG).
- Die *Dringlicherklärung* eines Verfahrens (vgl. Art. 118 VE) wurde nicht übernommen, denn sie stiess in der Vernehmlassung auf berechtigte Kritik. Der Begriff «Dringlichkeit» ist unpräzis und hätte nur Anlass zu dilatorischen Streitigkeiten gegeben. Eine zusätzliche Beschleunigung gewisser Verfahren kann auch auf andere Weise erzielt werden (vgl. die Erläuterungen zu Art. 143).

Art. 126 Verfahrensdisziplin und mutwillige Prozessführung

Diese Bestimmung wurde – einem Anliegen der Vernehmlassung entsprechend – mit der Bundesrechtspflege koordiniert (Art. 33 BGG). Für die Anfechtung einer Ordnungsbusse ist die Beschwerde gegeben (vgl. Art. 316 ff.).

5.9.2 **Formen des prozessualen Handelns**

Art. 127 Verfahrenssprache

Der Gebrauch einer Amtssprache des Kantons ist die Regel (*Abs. 1*). Andere Sprachen – z.B. Englisch – sind jedoch nicht ausgeschlossen, sofern die Parteien und das Gericht damit einverstanden sind (*Abs. 2*).

Art. 128–130 Eingaben der Parteien

Artikel 128 erlaubt den Parteien, die Eingaben schriftlich oder elektronisch einzureichen (*Abs. 1 und 2*, vgl. Art. 42 Abs. 4 BGG). Immer jedoch kann das Gericht die Einreichung eines Dokuments in Papierform verlangen (*Art. 128 Abs. 3*). Die Informatiksysteme der kantonalen Gerichte werden mit jenem des Bundesgerichtes zu koordinieren sein.

Die elektronische Eingabeform wird auch für das *Schuldbetreibungs- und Konkurswesen* eingeführt (Art. 33a E-SchKG, vgl. Ziff. 17 des Anhangs). Als Vollstreckungsorgane gelten dabei nicht nur die Betreibungs- und Konkursämter, sondern auch alle ausseramtlichen Funktionsträger (z.B. ausseramtliche Konkursverwaltungen und Sachwalter).

Die Frage, ob die Einreichung durch Fax den Voraussetzungen der Schriftlichkeit entspricht, bleibt der Praxis überlassen. Das Bundesgericht hat diese Frage verneint¹⁴⁹.

Einige Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer haben vorgeschlagen, die genaue Anzahl der einzureichenden (Papier-)Kopien im Gesetz festzulegen (*Art. 129*). Der Entwurf kommt diesem Anliegen entgegen.

Artikel 130 Absätze 1 und 2 entsprechen der Bundesrechtspflege (vgl. Art. 42 Abs. 5 und 6 BGG). Eine *mangelhafte Eingabe* kann somit geheilt werden. Eine querulatorische und rechtsmissbräuchlich Eingabe hingegen ist unbeachtlich (*Abs. 3*): Das Gericht schiebt sie ohne weiteres zurück. Somit vermag sie ein Verfahren weder zu eröffnen noch weiterzuführen.

Art. 131–133 Gerichtliche Vorladung

Eine gerichtliche Vorladung muss zwingend bestimmte Angaben enthalten (*Art. 131 Bst. a–f*). Sie erfolgt schriftlich oder in elektronischer Form (vgl. Art. 137). Die Gerichte bestimmen, auf welche Weise eine Vorladung zu unterzeichnen ist (*Bst. g*; z.B. durch die vorsitzende Person, die Gerichtsschreiberei oder durch blossen Gerichtsstempel).

¹⁴⁹ BGE 121 II 252.

Trotz Kritik in der Vernehmlassung hält der Entwurf an der 10-tägigen *Vorladungsfrist* fest (*Art. 132*), denn sie ist ein Kompromiss. Heute sehen die kantonalen Prozessordnungen sehr unterschiedliche Fristen vor, auch solche von weniger als 10 Tagen¹⁵⁰. Zu laufen beginnt die Frist ab Versanddatum der Vorladung – also nicht etwa nach ihrem Eingang beim Adressaten. Nur so kann das Gericht den Erscheinungstermin präzise berechnen. Spezialvorschriften bleiben vorbehalten (vgl. z.B. *Art. 168* und *181 SchKG*).

Nach *Artikel 133* kann der Erscheinungstermin aus *zureichenden Gründen* verschoben werden (vgl. auch *Art. 142 Abs. 2* für die Fristerstreckung). Der Vorentwurf hatte nur die erste Verschiebung aus zureichenden Gründen gestatten wollen; für weitere verlangte er wichtige Gründe oder die Zustimmung der Gegenpartei (*Art. 126 VE*). Aufgrund der Kritik in der Vernehmlassung wird dieser Vorschlag nicht übernommen, denn eine Unterscheidung zwischen «zureichenden» und «wichtigen» Gründen ist praktisch kaum möglich. Blosses Einvernehmen der Parteien darf dem Gericht sodann keinen organisatorischen Zusatzaufwand verursachen. Eine Terminverschiebung muss somit immer begründet werden (vgl. die Erläuterungen zu *Art. 142*). Eine Verschiebung darf auch von Amtes wegen angeordnet werden, doch hat auch das Gericht einen Grund anzugeben.

Art. 134–139 Gerichtliche Zustellung

Das Gesetz bestimmt die *Prozessurkunden*, welche immer förmlich zuzustellen sind (*Art. 134*). Es steht dem Gericht frei, darüber hinaus noch weitere Urkunden dieser qualifizierten Zustellungsform zu unterstellen (z.B. ein Protokoll).

Ist eine Partei vertreten, so werden die Urkunden einzig der *Vertretung* zugestellt (*Art. 135*). An die vertretene Person erfolgt somit keine zusätzliche Zustellung (vgl. demgegenüber *Art. 129 Abs. 2 VE*), denn vom Vertreter kann verlangt werden, dass er die vertretene Person über eine Vorladung informiert. Dies ist nicht die Aufgabe des Gerichts. Solche Regelungen sind auch dem kantonalen Prozessrecht bekannt (z.B. *Art. 108 ZPO/BE*; § *74 ZPO/LU*; *Art. 72 ZPO/VD*; *Art. 17 ZPO/GE*).

Artikel 136 regelt die *Formalitäten* der Zustellung (*Abs. 1 und 2*): Verlangt ist die *Übergabe* der Urkunde gegen *Empfangsbestätigung* direkt an den Adressaten selber oder an eine Person seines unmittelbaren Umfeldes (z.B. an den Ehegatten, an einen Hausangestellten oder an ein mindestens 16-jähriges Kind). Das entspricht der üblichen Praxis¹⁵¹. Das Gericht kann jedoch auch anordnen, dass die Urkunde dem Adressaten höchstpersönlich zu übergeben ist (*Abs. 2 Satz 2*). Dies kann insbesondere in den familienrechtlichen Streitigkeiten geboten sein. *Absatz 3* schliesslich definiert die sog. *Zustellfiktion*. Die betreffenden Tatbestände entsprechen bewährter Rechtsprechung¹⁵².

Das Gericht kann die Urkunden auch *elektronisch zustellen* (*Art. 137*). Dadurch können administrative Kosten gespart werden. Doch ist für diese Zustellungsform das vorgängige *Einverständnis* der betroffenen Person erforderlich (*Abs. 1*). Dieses beschränkt sich grundsätzlich auf das hängige Verfahren, doch kann es auch pau-

¹⁵⁰ *Art. 104 ZPO/BE*: 48 Stunden; § *61 ZPO/BL*: 7 Tage; § *175 GVG/ZH*: 5 Tage; *Art. 277* und *290 Abs. 2 ZPO/VD*: 20 Tage.

¹⁵¹ Vgl. z.B. *BGE 130 III 396*; *122 I 97*; Entscheidung vom 18. Oktober 1999 in Sachen K. C. Generalstaatsanwalt des Kantons Bern, *SJ 2000*, S. 118 ff.

¹⁵² *Z.B. BGE 127 III 173*; *122 III 316*.

schal erfolgen (z.B. bei Anwälten, welche regelmässig mit Gerichtsbehörden verkehren). Die vorgeschlagene Regelung entspricht der Bundesrechtspflege (Art. 60 BGG). Auch den Organen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts wird die elektronische Zustellung zur Verfügung gestellt (Art. 34 E-SchKG, Ziff. 17 des Anhangs).

Eine *Zustellung ins Ausland* kann lange dauern und kompliziert sein – vor allem dann, wenn kein internationales Übereinkommen anwendbar ist (Art. 2). *Artikel 138* gestattet daher dem Gericht, im Ausland wohnhafte Parteien anzuweisen, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen. Damit entspricht der Entwurf einem Anliegen der Vernehmlassung.

Artikel 139 Absatz 1 bestimmt, wann die förmliche Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden darf. Der Entwurf zählt die bekannten «pathologischen» Fälle auf (*Bst. a, b und c*).

5.9.3 Fristen, Säumnis und Wiederherstellung

Art. 140–142 Berechnung, Einhaltung und Erstreckung der Fristen

Der Entwurf übernimmt gängiges Prozessrecht:

- Die Regelung über *Beginn und Berechnung* einer Frist wird auf die Bundesrechtspflege abgestimmt (*Art. 140*; vgl. Art. 44 und 45 BGG). *Absatz 3* bezieht sich hinsichtlich der Feiertage auf den Sitz des Gerichts. Damit wird der Tatsache, dass die Feiertage in einem Kanton von Region zu Region verschieden sein können, Rechnung getragen. Im Übrigen sind sowohl die gesetzlichen Feiertage als auch jene, welche diesen gleichgestellt sind, eingeschlossen; dies in Übereinstimmung mit Artikel 5 des Europäischen Übereinkommens vom 16. Mai 1972 über die Berechnung von Fristen (SR 0.221.122.3)¹⁵³.
- Die Regelung der *Fristenwahrung* (*Art. 141*) entspricht dem geltenden Recht (vgl. z.B. Art. 32 SchKG und 12 IPRG) sowie der Bundesrechtspflege (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für schriftliche Eingaben gilt das sog. *Expeditionsprinzip*: Danach ist eine Parteieingabe innert Frist abzuschicken. Für elektronische Eingaben hingegen spielt das *Empfangsprinzip*: Der Eingang der Sendung muss innert Frist vom empfangenden Gericht bestätigt worden sein (vgl. auch Art. 48 Abs. 2 BGG). Die Bestätigung erfolgt im Allgemeinen unmittelbar durch das Informatiksystem des Gerichts. *Absatz 3* betrifft die rechtzeitige *Zahlung* an das Gericht (vgl. Art. 48 Abs. 4 BGG). Die Koordination mit dem BGG bringt eine leicht restriktivere Lösung für die Parteien als der Vorentwurf (Art. 135 Abs. 2 VE): Dieser hatte auf den Zeitpunkt des Zahlungsauftrags abgestellt¹⁵⁴.

¹⁵³ Vgl. BGE 124 II 527.

¹⁵⁴ Zur geltenden Praxis, die durch den Entwurf hinfällig wird, BGE 117 Ib 220 sowie die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4298 f.

- Auch in Bezug auf die *Fristerstreckung* wird der Entwurf mit der Bundesrechtspflege harmonisiert (Art. 142; vgl. Art. 47 BGG sowie 87 E-StPO). Nur die gerichtlichen, nicht aber die gesetzlichen Fristen können erstreckt werden. Eine Erstreckung setzt *zureichende Gründe* voraus (z.B. Krankheit, Spitalaufenthalt, Todesfall, Militärdienst, Inhaftierung, Abwesenheit, Arbeitsüberlastung, Distanz, Auslandsaufenthalt, Einigung der Parteien, usw.). Das Gericht entscheidet im Einzelfall, ob die geltend gemachten Gründe zureichend sind (vgl. auch Art. 133).

Art. 143 und 144

Stillstand der Fristen

Artikel 143 Absatz 1 definiert – in Übereinstimmung mit der Bundesrechtspflege (Art. 46 BGG) – die *Gerichtsferien*, ein Institut, welches mit Ausnahme der beiden Kantone Basel alle Kantone kennen. Gerichtsferien entsprechen einem praktischen Bedürfnis nicht nur der Gerichte, sondern auch der Parteien und vor allem der kleineren Anwaltskanzleien. Der Fristenstillstand betrifft die gesetzlichen und die gerichtlichen Fristen.

Doch gelten die Gerichtsferien nur im ordentlichen Verfahren (*Art. 143 Abs. 2*): Der Schlichtungsversuch sowie die einfachen und raschen Verfahren können auch in den Ferien stattfinden. Das Gericht muss die Parteien auf diese Ausnahmen hinweisen (*Art. 143 Abs. 3*). Fehlt der Hinweis, stehen die Fristen gleichwohl still.

Eine *gerichtliche Zustellung* (Art. 134 ff.) ist grundsätzlich auch während des Fristenstillstands möglich (*Art. 144 Abs. 1*). Doch beginnt dann eine allfällige Frist – gleichgültig, ob eine gesetzliche oder eine gerichtliche – erst am ersten Tag nach Ende des Stillstands zu laufen. Erfolgt also z.B. die gerichtliche Zustellung eines Entscheids am 10. August, so beginnt die Rechtsmittelfrist am 16. August.

Während der Gerichtsferien finden grundsätzlich keine Gerichtsverhandlungen statt (*Art. 144 Abs. 2*). Darunter versteht man alle gerichtlichen Verhandlungsformen: Instruktionsverhandlung und Hauptverhandlung, aber auch Beweiserhebungen. Ausnahmen bedürfen des ausdrücklichen und klaren Einverständnisses der Parteien und Nebenparteien.

Art. 145–147

Säumnis und Wiederherstellung

Artikel 145 Absatz 1 ist eine Legaldefinition der Säumnis. Wie in der Vernehmlassung vorgeschlagen, wird das Nichterscheinen ebenfalls erwähnt. Säumnis darf den Prozess nicht zu Lasten der präsenten Partei verzögern (*Art. 145 Abs. 2*). Deshalb tritt die Säumnisfolge – unmittelbare Fortsetzung des Verfahrens ohne Nachfrist – grundsätzlich sofort ein. Auch ein sog. *Säumnisurteil* ist möglich (vgl. Art. 146 Abs. 3). Ausnahmen müssen gesetzlich vorgesehen sein (z.B. in Art. 99 Abs. 3 [Nachfrist für den Kostenvorschuss], und 220 [Nachfrist für die Klageantwort]). Nach dem Prinzip von Treu und Glauben hat das Gericht die Parteien und die betroffenen Dritten auf die Säumnisfolgen hinzuweisen (*Art. 145 Abs. 3*).

Nach einem anerkannten Grundsatz des Prozessrechts wird eine säumige Partei wieder in den früheren Stand eingesetzt, wenn sie sich entsprechend zu entschuldigen vermag (*Art. 146*). Doch darf auch diese sog. *restitutio in integrum* nicht zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen. Das Wiederherstellungsgesuch ist daher binnen zehn Tagen seit Wegfall des Hindernisses zu stellen – die 30-tägige Frist der Bundesrechtspflege kann nicht unbesehen auf das kantonale Verfahren

übertragen werden (vgl. Art. 50 BGG): Die gerichtlich eingeräumte Nachfrist darf angemessen kürzer sein. Ausserdem ist der Wiederherstellungsentscheid endgültig – auch dies im Interesse des Beschleunigungsgebotes (Art. 147). Gegen ein *Säumnisurteil* kann ebenfalls Wiederherstellung verlangt werden (Art. 146 Abs. 3). Das Wiederherstellungsgesuch – z.B. das Gesuch um Wiederholung der Hauptverhandlung – ist auch in diesem Fall binnen zehn Tagen zu stellen. Zusätzlich gilt jedoch – im Interesse des Rechtsfriedens – eine absolute Frist von einem Jahr.

Verhältnis des Fristenrechts zum SchKG

Das Fristenrecht des Entwurfs spielt im Bereich des SchKG nicht vorbehaltlos, denn es gilt, vollstreckungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 31 E-SchKG; Ziff. 17 des Anhangs).

Insbesondere geht die Regelung der *Betreibungsferien* (Art. 56 und 63 SchKG) als *lex specialis* jener der Gerichtsferien vor (Art. 143 Abs. 4):

- Die Betreibungsferien gelten daher wie bisher für gewisse *Klagen*, die im Kontext einer *Betreibung* stehen (z.B. Aberkennungs-, Widerspruchs-, Anschluss-, oder Arrestprosektionsklage), unabhängig davon, ob diese Streitigkeiten im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind.
- Die Betreibungsferien sind sodann auch künftig in einem summarischen Verfahren zu beachten, das eine gerichtliche *Betreibungshandlung* zum Gegenstand hat (z.B. Rechtsöffnung oder Konkursöffnung). Sichernde Massnahmen wie eine Arrestbewilligung (Art. 272 SchKG) oder die Anordnung eines Güterverzeichnisses (Art. 162 ff. SchKG) bleiben hingegen auch in den Ferien möglich.

Für die *Wiederherstellung* betreibungsrechtlicher Eingabefristen (insbesondere Klage- und Rechtsmittelfristen) sind wie bisher die strengeren Bestimmungen des SchKG anzuwenden (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

Artikel 32 SchKG (*Fristwahrung durch Eingaben am falschen Ort*) spricht die Gerichte nicht mehr an (vgl. Art. 61 und 130), sondern betrifft nur noch die *Betreibungs- und Konkursämter* bzw. die sog. atypischen Vollstreckungsorgane (z.B. eine ausseramtliche Konkursverwaltung).

5.10 Beweis

Das Beweisrecht gliedert sich in drei Kapitel.

- Das erste enthält die *allgemeinen Bestimmungen*, etwa die Regelung, worüber Beweis zu führen ist (Beweisgegenstand), und das Recht der Parteien, zum Beweis zugelassen zu werden (Beweisanspruch). Von zentraler Bedeutung ist sodann der Grundsatz der freien Beweiswürdigung – mithin der prinzipielle Verzicht auf feste Beweisregeln.

- Das zweite Kapitel regelt die *Mitwirkungspflichten* der Parteien und dritter Personen sowie die einzelnen *Verweigerungsrechte*. Anders als im kantonalen Prozessrecht werden diese Grundsätze somit nicht beim Zeugnis geregelt, sondern den einzelnen Beweismitteln vorangestellt: Sie gelten für jede Form der Beweiserhebung gleichermaßen – sei es für ein Zeugnis, einen Augenschein oder die Urkundenedition.
- Das dritte Kapitel schliesslich ist den einzelnen *Beweismitteln* gewidmet.

5.10.1 Allgemeine Bestimmungen

Art. 148 Beweisgegenstand

Aus der Verhandlungsmaxime (Art. 53) folgt, dass nur über *streitige Tatsachen* Beweis zu führen ist (*Abs. 1*). Was die Parteien übereinstimmend vorbringen, darf und muss das Gericht als «wahr» ansehen (*formelle Wahrheit*). Dieser Grundsatz prägt den klassischen Zivilprozess, doch gilt er nicht ausnahmslos (vgl. Art. 151). Eine bestrittene Tatsache muss zudem *rechtserheblich* sein. Dies ist der Fall, wenn ihr Vorliegen oder Fehlen den gerichtlichen Entscheid (Sach- oder Prozessentscheid) zu beeinflussen vermag.

Ob eine Tatsache als streitig anzusehen ist, beurteilt das Gericht unter Berücksichtigung aller Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens (*Abs. 2*). Es ist somit nicht nötig, dass eine Partei ausdrückliche Zugeständnisse machen muss, damit eine Tatsache als unstrittig gilt. Das Zugeständnis kann sich auch konkludent ergeben. Andererseits nützt einer Partei auch die beliebte Floskel nichts, wonach alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde. Bestreitungen haben substantiiert zu erfolgen (Art. 219 Abs. 2). Bei bloss pauschaler Bestreitung darf das Gericht eine unbestrittene Tatsache annehmen, denn das Beweisverfahren soll nicht durch haltlose Behauptungen verlängert und verteuert werden können. Mit der offenen Formulierung trägt der Entwurf auch der Kritik aus dem Vernehmlassungsverfahren (vgl. Art. 145 Abs. 2 VE) Rechnung.

Übung und *Ortsgebrauch* nehmen ihrem Wesen nach eine Mittelstellung zwischen Tatsachen und Rechtssätzen ein. Beweisrechtlich hingegen gelten sie als Tatsachen (*Abs. 3*). Eine Partei, die sich auf Übung oder Ortsgebrauch beruft, hat somit Bestand und Inhalt nachzuweisen, denn nicht jedes Gericht ist mit den Ortsüblichkeiten vertraut. Gleiches gilt – bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten – für den Nachweis des *ausländischen Rechts* (vgl. auch Art. 16 Abs. 1 IPRG). Der Nachweis hat nach den Regeln und in den Formen des Beweisverfahrens zu erfolgen.

Art. 149 Bekannte Tatsachen

Tatsachen, die alle kennen oder an denen vernünftigerweise nicht gezweifelt werden kann, sowie Umstände, die der allgemeinen sicheren Wahrnehmung zugänglich sind, dürfen im Prozess als bekannt vorausgesetzt werden und brauchen deshalb nicht bewiesen zu werden. Dasselbe gilt für Tatsachen und Vorgänge, die das Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit her kennt. Rein privates Wissen einer Gerichtsperson über den hängigen Streit entbindet hingegen nicht von der Beweisführung.

Nicht beweisbedürftig sind ferner Erkenntnisse, die auf allgemeiner Lebenserfahrung sowie auf Erfahrungsgrundsätzen der Kunst, der Wissenschaft, des Handels usw. beruhen. Solche Erkenntnisse erfüllen die Funktion von Normen und haben daher nicht nur für den konkreten Fall Bedeutung¹⁵⁵.

Art. 150 Recht auf den Beweis

Das Recht auf Beweis – der sog. Beweisanspruch – ist ein wesentlicher Ausfluss des rechtlichen Gehörs (Art. 51). Es gewährleistet den Parteien, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, sofern das beantragte Beweismittel tauglich ist sowie form- und fristgerecht vorgebracht wird (*Abs. 1*)¹⁵⁶. Dieses zentrale Parteirecht steht im Spannungsfeld zu der sog. *antizipierten Beweiswürdigung*: Danach kann das Gericht Beweisanträge ablehnen, wenn es seine Überzeugung durch andere Beweismittel bereits gewonnen hat oder wenn es das offerierte Beweismittel als untauglich hält. Der Vorentwurf hatte eine entsprechende Regelung vorgesehen (Art. 147 Abs. 2 VE), die jedoch in der Vernehmlassung stark kritisiert wurde.

Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung und erwähnt die antizipierte Beweiswürdigung nicht mehr. Das bedeutet jedoch nicht, dass sie künftig von Bundesrechts wegen ausgeschlossen wäre. Vielmehr ist sie der *freien Beweiswürdigung* inhärent: Kein Gericht ist nach heutiger Praxis gezwungen, allen Beweisanträgen unesehen und unbeschränkt stattzugeben¹⁵⁷. Vielmehr kann eine Partei aufgefordert werden, aus einer Vielzahl von Anträgen eine Selektion zu treffen. Falls sie dieser Aufforderung nicht nachkommt, kann das Gericht selber eine Triage vornehmen und die Beweisabnahme auf ein vernünftiges Mass beschränken. Wenn das Gericht seine Überzeugung schliesslich gebildet hat und das Beweisverfahren abschliessen will, so muss es neuen Beweisanträgen grundsätzlich nur Folge geben, wenn sie zulässige Noven betreffen oder wenn das Gericht seine Feststellungen einzig auf Indizien oder allgemeine Erfahrungssätze zu stützen vermag¹⁵⁸. In Interesse eines konzentrierten Verfahrens ist die antizipierte Beweiswürdigung ein notwendiger Ausgleich zum Recht auf Beweis.

Im Zusammenhang mit dem Beweisanspruch ist sodann die Frage der Verwertbarkeit *unrechtmässig beschaffter Beweismittel* zu beantworten (*Abs. 2*). Wie der Vorentwurf geht auch der Bundesrat vom Grundsatz aus, dass Recht nicht durch Unrecht durchgesetzt werden darf. Der Entwurf erlaubt die Berücksichtigung rechtswidrig beschaffter Beweismittel daher nur unter einschränkenden Bedingungen: Zum einen muss das fragliche Beweismittel als solches überhaupt zulässig sein, d.h. es muss zum *numerus clausus* der Beweismittel gehören (Art. 165). Zum andern hat das Gericht eine *Abwägung* zu treffen zwischen dem *Schutzinteresse* des Rechtsgutes, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde, und dem Interesse an der *Wahrheitsfindung*. Unverwertbar wird somit etwa eine Urkunde sein, die der berechtigten Person unter Drohung oder Gewaltanwendung entrissen wurde, denn die persönliche Integrität steht – zumal in einem Zivilprozess – grundsätzlich über der Wahrheitsfindung (vgl. auch Art. 138 E-StPO). Eine «nur» gestohlene Urkunde kann demgegenüber durchaus verwertbar sein, wenn es das Interesse der Wahrheits-

¹⁵⁵ Vgl. BGE 123 III 241, 120 II 97, 117 II 256.

¹⁵⁶ Vgl. BGE 122 III 219 m.w.H.

¹⁵⁷ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 5P.296/2005.

¹⁵⁸ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 4C.469/2004 m.w.H.

findung gebietet. Diese Grundsätze folgen der bundesgerichtlichen Praxis sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte¹⁵⁹.

Art. 151 Beweiserhebung von Amtes wegen

Im Zivilprozess tragen grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Sammlung des Prozessstoffes: Sie bringen die Tatsachenbehauptungen vor und bezeichnen die entsprechenden Beweismittel (Verhandlungsmaxime; Art 53 Abs. 1). Zudem kann sich das Gericht grundsätzlich mit der *formellen Wahrheit* begnügen: Was die Parteien übereinstimmend behaupten, ist für das Gericht bindend und schliesst eine Beweisführung aus. Zu diesen Grundsätzen gibt es jedoch Ausnahmen:

- Zum einen trägt das Gericht bei Verfahren, in denen der *Untersuchungsgrundsatz* gilt, eine (Mit-)Verantwortung für die Erstellung des Sachverhaltes (*Abs. 1*). Das ist insbesondere der Fall im *vereinfachten Verfahren* (Art. 243), im Verfahren vor dem *Konkurs- und Nachlassgericht* sowie bei der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Art. 251). Hier ist das Gericht für die Beweiserhebung nicht an die Parteianträge gebunden. Trotz Untersuchungsmaxime müssen die Parteien jedoch *mitwirken* (Art. 157 Abs. 1): Sie haben die erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen – allenfalls unter Mithilfe des Gerichts. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien auch nicht zur Bezahlung der entsprechenden *Vorschüsse* (Art. 100 Abs. 3). Missachtet eine Partei diese Obliegenheiten, so kann die Beweisführung unterbleiben. Nur im Bereich der klassischen Untersuchungsmaxime – also bei Angelegenheiten, in denen das Gericht den Sachverhalt nicht nur *festzustellen*, sondern zu *erforschen* hat (Art. 291) – müsste gleichwohl Beweis erhoben werden.
- Ferner kann das Gericht von sich aus Beweis erheben, wenn es an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache *erhebliche Zweifel* hat (*Abs. 2*). Diese Möglichkeit besteht auch im ordentlichen Prozess, der sonst ganz von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird. Wenn die Vorbringen der anwesenden Partei keineswegs glaubwürdig sind, soll das Gericht nicht zu einem Urteil gezwungen sein, das – etwa wegen Säumnis einer Partei – auf einem unwidersprochenen Sachverhalt beruht (vgl. auch Art. 12 Abs. 3 BZP). Absatz 2 korrigiert solche unhaltbaren Konsequenzen der Verhandlungsmaxime.

Art. 152 Beweisabnahme

Bei der Beweisabnahme gilt grundsätzlich das *Unmittelbarkeitsprinzip*: Die Beweise sind vom Gesamtgericht abzunehmen. Insbesondere aus Zeit- und Kostengründen kann sich jedoch eine Delegation an ein einzelnes Mitglied des Gerichts empfehlen (*Abs. 1*). Auch andere Gründe können gegen die Beweisabnahme durch das Gesamtgericht sprechen (so z.B. das Kindeswohl bei der Anhörung der Kinder im Rahmen familienrechtlicher Verfahren). Immer jedoch ist die Beweisabnahme durch das Gesamtgericht vorzunehmen, wenn eine Partei einen (überwiegenden) wichtigen Grund darzutun vermag (*Abs. 2*).

¹⁵⁹ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 1P.570/2004 (BGE 131 I 272).

In der Vernehmlassung wurde teilweise verlangt, dass die Beweisabnahme auch an den Gerichtsschreiber oder die Gerichtsschreiberin delegiert werden kann, wie das im kantonalen Prozessrecht teilweise vorgesehen ist. Der Entwurf sieht davon ab. Zwar trifft es zu, dass die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber zumeist eine juristische Ausbildung haben; dennoch ist ihre Stellung und Legitimität nicht dieselbe wie die eines erkennenden Mitglieds des Spruchkörpers.

Das Recht zur Teilnahme der Parteien am Beweisverfahren ist Ausfluss des rechtlichen Gehörs (*Abs. 3*)¹⁶⁰. Dasselbe gilt für den Anspruch der Parteien, sich zum Beweisergebnis zu äussern, was aus systematischen Gründen in Artikel 228 geregelt ist.

Art. 153 Wahrung schutzwürdiger Interessen

Die Sachverhaltsermittlung kann die Geheimsphäre der Parteien und Dritter tangieren. Deshalb ist das Gericht befugt und verpflichtet, die notwendigen Schutzmassnahmen anzuordnen. Zu denken ist an die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts, der Parteioffenheit bei einem Augenschein, an Teilabdeckung von Urkunden usw. Die Schutzmassnahmen müssen jedoch verhältnismässig sein und sind auf das Erforderliche zu beschränken.

Art. 154 Freie Beweiswürdigung

Das Gericht soll seine Überzeugung durch freie Würdigung der Beweise bilden – dies ist ein *Kernprinzip* des modernen Prozessrechts. Ihm folgen die kantonalen Prozessordnungen sowie auch der BZP (Art. 40 BZP) ausdrücklich. Auch das materielle Bundesrecht sieht die freie Beweiswürdigung punktuell vor (vgl. z.B. Art. 139 und 254 ZGB, Art. 274d und 343 OR). Diese Bestimmungen gehen in Artikel 154 auf und können daher aufgehoben werden (vgl. Ziff. 3 und 5 des Anhanges).

Im kantonalen Prozessrecht gibt es zu diesem Prinzip jedoch auch *Ausnahmen*. Teilweise werden bestimmte Personen vom Zeugnis absolut ausgeschlossen, etwa wenn sie ein gewisses Mindestalter nicht erreichen (z.B. Jugendliche unter 14 Jahren) oder weil sie wegen ihres Verhältnisses zu einer Partei suspekt erscheinen (z.B. Ehegatten). Solche schematische Regeln sind problematisch: Sie beschränken nicht nur die freie Beweiswürdigung, sondern auch das Recht auf Beweis (Art. 150). Auch das Interesse an der Wahrheitsfindung spricht gegen einen pauschalen Ausschluss dieser Erkenntnisquellen.

Daher verzichtet der Entwurf grundsätzlich auf feste Beweisregeln. Der besonderen Lage der betreffenden Personen (Loyalitätskonflikte, mögliche Traumatisierung durch die Gerichtssituation, Überforderung und Befangenheit) kann in anderer Weise angemessen Rechnung getragen werden: Einmal durch Gewährleistung entsprechender *Verweigerungsrechte* (Art. 160 ff.) und durch eine adäquate *Ausgestaltung der Mitwirkung* (Rücksicht auf das Kindeswohl, Art. 157 Abs. 2). Sodann ist auch der *Beweiswert* in Berücksichtigung aller Umstände zu bestimmen: Beispielsweise kann die Antwort eines 12-jährigen Kindes auf die Frage, ob sich zur Zeit des Unfalls auf der Strasse Kühe befunden haben, im Rahmen eines Haftpflichtprozesses durchaus zuverlässig sein. Der Entwurf kennt nur zwei feste

¹⁶⁰ Vgl. BGE 124 I 241, 121 V 150, 119 Ia 260, 118 Ia 17.

Beweisregeln: den Ausschluss des sog. Zeugen vom Hörensagen (Art. 166) und die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden (Art. 176).

Art. 155 Vorsorgliche Beweisführung

Die Beweisabnahme erfolgt normalerweise in einem formalisierten Abschnitt des Prozesses (Beweisstadium, das dem Behauptungsstadium folgt). Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch bereits vorher – sogar vor Rechtshängigkeit eines Prozesses – Beweis geführt werden (z.B. zur sofortigen gerichtlichen Feststellung von Mängeln). Das materielle Recht selber kann einen entsprechenden Anspruch gewähren (*Abs. 1 Bst. a*; vgl. z.B. Art. 204 Abs. 2 und 3 OR, Art. 367 Abs. 2 OR, Art. 427 Abs. 1 OR, Art. 59 MSchG, Art. 38 DesG).

In der Regel dient diese sog. vorsorgliche Beweisführung der *Beweissicherung* (*Abs. 1 Bst. b*; z.B. Einvernahme eines todkranken Zeugen, vorzeitiger Augenschein wegen Einsturzgefahr eines Gebäudes). Sie kann jedoch auch der *Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten* dienen, wie dies einzelne kantonale Prozessordnungen vorsehen. Auf diese Möglichkeit wird mit der Formulierung «schutzwürdiges Interesse» Bezug genommen: Sie trägt dazu bei, aussichtslose Prozesse zu vermeiden.

Die vorsorgliche Beweisführung ist im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen anzuordnen (*Abs. 2*; Art. 257 ff.). Die (mutmassliche) Gegenpartei des (künftigen) Prozesses ist dazu anzuhören.

Der Vorentwurf hatte bei der Beweissicherung ausserdem die gerichtliche Zustellung privatrechtlicher Willenserklärungen bei unbekannter Abwesenheit des Adressaten vorgesehen (Art. 151 Abs. 3 VE). Diese Regelung stiess in der Vernehmlassung auf Ablehnung. Der Entwurf verzichtet deshalb darauf.

Art. 156 Organe einer juristischen Person

Wenn eine juristische Person Partei ist, so sind deren Organe im Beweisverfahren wie eine Partei zu behandeln. Ein Organ – auch ein faktisches Organ – kann daher nicht als Zeuge befragt werden, denn es repräsentiert die juristische Person. Der Entwurf folgt insofern der materiellrechtlichen Realitätstheorie (Einheit der Rechtsordnung). Gleiches gilt für die Prozesse einer Konkurs- oder Nachlassmasse (Liquidationsvergleich): Die Konkursverwaltung und die Liquidatoren sind – als vollstreckungsrechtliche Organe – ebenfalls wie Parteien zu behandeln. Die Behandlung als Partei hat insbesondere Konsequenzen für den Umfang des Verweigerungsrechts (vgl. die Erläuterungen zu Art. 160 ff.).

Diese Lösung stiess in der Vernehmlassung teilweise auf Kritik, denn die Organqualität kann – gerade bei faktischer Organschaft – umstritten sein. Der Bundesrat folgt jedoch hier dem Vorentwurf (Art. 186 Abs. 1 VE), der herrschender Lehre und Praxis entspricht.

Art. 157–159 Die Mitwirkungspflicht

Im Zivilprozess trifft die Parteien und Drittpersonen eine Mitwirkungspflicht. In Bezug auf die Dritten handelt es sich dabei um eine echte *Pflicht*, die – bei Strafdrohung (Art. 164) oder gar unter direktem Zwang – gehörig zu erfüllen ist. Zu denken ist vor allem an die Zeugnis-, Auskunfts- und Editionsspflicht. Hinsichtlich der Parteien hingegen ist die Mitwirkung nur eine *prozessuale Last*: Unberechtigte Verweigerung hat weder Strafe noch Zwang zur Folge, sondern wird – zum Nachteil der betreffenden Partei – bei der Beweiswürdigung berücksichtigt. Aus berechtigter Verweigerung hingegen darf weder einer Partei noch einer Drittperson ein Nachteil entstehen (Art. 159). Diese Grundsätze entsprechen herrschendem Prozessrecht.

Die Mitwirkungspflicht spielt in allen Verfahren, was sich in Bezug auf Drittpersonen von selbst versteht. Doch auch die Parteien haben stets mitzuwirken, und zwar auch in Verfahren, in denen die Untersuchungsmaxime gilt (vgl. die Erläuterungen zu Art. 151).

Artikel 157 umschreibt die Mitwirkungspflicht inhaltlich:

- *Absatz 1* nennt beispielartig verschiedene Mitwirkungsformen (Aussage- und Editionsspflicht, Duldungspflichten). Gegenüber dem Vorentwurf wird präzisiert, dass Zeugen und Zeuginnen sowie Parteien *wahrheitsgemäss* auszusagen haben.
- *Absatz 2* umschreibt die Mitwirkung *Minderjähriger*. Wie vorne ausgeführt (Art. 154), wird dafür kein Mindestalter vorausgesetzt, denn dies käme einer starren Beweisregel gleich und widerspräche den Kernsätzen des Beweisrechts (Recht auf Beweis, freie Beweiswürdigung). Umgekehrt wäre es jedoch auch willkürlich, Minderjährige ab einer bestimmten Altersgrenze schematisch der Mitwirkungspflicht zu unterstellen. Vielmehr ist auf die konkreten Verhältnisse Rücksicht zu nehmen (wie etwa auf das Denkvermögen des Kindes, auf seine Beziehung zu den Parteien, auf das Beweisthema, auf eine mögliche Beeinträchtigung des physischen oder psychischen Wohls). Der Bundesrat folgt daher dem Vorentwurf, wonach das Gericht im Einzelfall über die Mitwirkungspflicht eines Minderjährigen zu entscheiden hat.
- Dritte sind für ihre Mitwirkung angemessen zu *entschädigen* (*Abs. 3*). Zu denken ist an Auslagenersatz, an eine Vergütung für den Zeitaufwand oder eine Entschädigung für Verdienstaussfall. Die Parteien hingegen können ihren Aufwand über die Parteientschädigung geltend machen (Art. 93).

Die Prozessbeteiligten sind über ihre Mitwirkungspflicht, über die möglichen Verweigerungsrechte und Sanktionen *aufzuklären* (Art. 158 *Abs. 1*). Die Belehrung muss klar und vollständig sein. Sie ist grundsätzlich *konstitutiv* für die Verwertung des betreffenden Beweismittels sowie für eine Verhängung von Strafen und anderer Nachteile (Art. 158 *Abs. 2*).

Die Parteien dürfen die Mitwirkung verweigern, wenn sie dadurch eine *nahe stehende Person* (insb. Familienangehörige, Ehegatten, Lebenspartnerinnen und Lebenspartner) rechtserheblich belasten oder ein *Berufsgeheimnis* (Art. 321 StGB¹⁶¹) verletzen würden (Art. 160). Andere gesetzlich geschützte Geheimnisse haben hinter die prozessrechtliche Mitwirkungspflicht zurückzutreten. Das Verweigerungsrecht einer Partei ist immer auf diese besonderen Gründe beschränkt. Anders als eine Drittperson (Art. 162) darf somit eine Partei die Mitwirkung nie umfassend verweigern.

Zu beachten ist, dass einer Partei – wiederum im Unterschied zu einer Drittperson – kein Verweigerungsrecht zukommt, um *sich selber* zu schützen. Diesbezüglich weicht der Bundesrat vom Vorentwurf ab und trägt der Kritik Rechnung, die im Vernehmlassungsverfahren geäußert wurde (Art. 155 VE). Wenn das Gericht aus einem betretenen (aber unberechtigten) Schweigen einer Partei keine Rückschlüsse ziehen dürfte, könnten insbesondere Verantwortlichkeits-, Haftpflicht- oder konkursrechtliche Anfechtungsprozesse nicht mehr erfolgreich geführt werden.

Unberechtigte Verweigerung einer Partei bleibt – dies ein weiterer Unterschied zur Situation der Drittpersonen – ohne Disziplinar-, Straf- oder Zwangssanktion (Art. 161). Ihr unkooperatives oder renitentes Verhalten wird allein bei der Beweiswürdigung berücksichtigt, denn für sie ist die Mitwirkung nur eine prozessuale Last (vgl. die Erläuterungen zu Art. 157). Einzige Ausnahme ist die Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung eines Kindes (Art. 291): Diese kann – sofern ohne Gefahr für die Gesundheit – zwangsweise durchgesetzt werden.

Art. 162–164 Das Verweigerungsrecht Dritter

Einer dritten Person kann ein umfassendes oder ein beschränktes Verweigerungsrecht zukommen. Das Verweigerungsrecht ist *umfassend*, wenn die betroffene Drittperson *jede* Mitwirkung verweigern darf. Von beschränktem Verweigerungsrecht ist dagegen die Rede, wenn es nur bestimmte Tatsachen oder Umstände (sensitive oder geheime Daten) betrifft. Das Verweigerungsrecht wurde mit den Bestimmungen der StPO harmonisiert (Art. 165 ff. E-StPO).

Ein *umfassendes Verweigerungsrecht* (Art. 162) ist Drittpersonen vorbehalten, die in einer bestimmten *verwandtschaftlichen* oder in einer anderen sehr *engen persönlichen Beziehungen zu einer Partei* stehen. Solche Drittpersonen brauchen ihre Verweigerung nicht weiter zu begründen, denn bei ihnen liegt der Interessen- und Loyalitätskonflikt auf der Hand. Ausserdem gilt es, die Intimität von Familien und Partnerschaften zu schützen. Zu beachten ist, dass diese Drittpersonen durchaus mitwirken *dürfen* – der Entwurf kennt keine entsprechenden Beweisausschlüsse –, aber sie können nicht zur Mitwirkung gezwungen werden. Wenn sie freiwillig mitwirken, würdigt das Gericht den Beweiswert ihres Beitrages nach freiem Ermessen.

¹⁶¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

Im Einzelnen kommt folgenden Drittpersonen ein *umfassendes Verweigerungsrecht* zu (die gesetzliche Aufzählung ist abschliessend):

- Zunächst dem *Ehegatten* und einem *registrierten Partner* oder einer *registrierten Partnerin* einer Partei (*Abs. 1 Bst. a*). Die registrierte Partnerschaft ist der Ehe in allen prozessrechtlichen Belangen gleichgestellt (*Abs. 2*).
- Auch eine Person, die mit einer Partei nur in *faktischer Lebensgemeinschaft* lebt, kommt in den Genuss eines umfassenden Verweigerungsrechts (*Abs. 1 Bst. a*). Doch entfaltet die faktische Lebensgemeinschaft nicht die gleiche Wirkung wie eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft: Die Angehörigen des faktischen Lebenspartners geniessen – anders als die Geschwister und Verschwägerten eines Ehegatten, einer registrierten Partnerin oder eines registrierten Partners – kein Verweigerungsrecht. Ferner dauert das Verweigerungsrecht nach der Auflösung einer faktischen Gemeinschaft nicht fort (*Abs. 3*). Der Grund für die zurückhaltende Behandlung der faktischen Lebensgemeinschaft liegt nicht zuletzt in den möglichen Beweisschwierigkeiten. Während sich Bestand und Dauer einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft zweifelsfrei nachweisen lässt (Zivilstandsregister), ist dies bei einer faktischen Lebensgemeinschaft nicht der Fall.
- Die übrigen umfassenden Verweigerungsrechte (*Abs. 1 Bst. b bis g*) entsprechen traditionellem Prozessrecht.

Auch das *beschränkte Verweigerungsrecht* (*Art. 163*) dient dazu, einer Drittperson Gewissens- und Interessenkonflikte zu ersparen. Zudem werden Institutionen besonderen Vertrauens oder öffentlichen Interesses geschützt. Anders als beim umfassenden Verweigerungsrecht muss die Drittperson den Dispensationsgrund jedoch substantiieren. Dabei genügt Glaubhaftigkeit, sonst wird das Verweigerungsrecht ausgehöhlt.

- Zunächst ist keine Drittperson gezwungen, *sich selber zu belasten* (*Abs. 1 Bst. a*). Dieser Verweigerungsgrund ist klassisch. Zudem darf sie die Mitwirkung verweigern, soweit sie dadurch bestimmte Personen ihres eigenen familiären und verwandtschaftlichen Umfeldes straf- oder zivilrechtlich verantwortlich machen könnte. Anders als im Vorentwurf wird auch die zivilrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich genannt. Dafür braucht die Gefahr eines unmittelbaren Vermögensschadens oder einer schweren Benachteiligung der Ehre nicht mehr erwähnt zu werden (vgl. *Art. 157 VE*).
- Ein beschränktes Verweigerungsrecht haben sodann Drittpersonen, welche sich wegen Verletzung eines *Berufsgeheimnisses* nach Artikel 321 StGB strafbar machen würden (*Abs. 1 Bst. b*). Angesprochen sind hier – wie schon beim Verweigerungsrecht der Parteien (*Art. 160*) – nur jene Berufe, welche Artikel 321 StGB ausdrücklich nennt (vgl. zu den übrigen Geheimnissen unten zu *Abs. 2*). Ausgenommen sind jedoch die Revisorinnen und Revisoren, was herrschender Lehre und Praxis entspricht¹⁶².
- Allerdings befreit ein Berufsgeheimnis nicht endgültig von der Mitwirkungspflicht. Vielmehr hat die Drittperson mitzuwirken, wenn sie einer *Anzeigepflicht* unterliegt oder von der Geheimhaltungspflicht *entbunden*

¹⁶² Zur Frage der Begrenzung des Verweigerungsrechts aufgrund des Berufsgeheimnisses auf die Personen nach Artikel 321 StGB vgl. ausführlich Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl **2006** 1201 ff.

wird. Nur wenn sie glaubhaft zu machen vermag, dass das Interesse an der Geheimhaltung jenes der Wahrheitsfindung überwiegt, bleibt das Verweigerungsrecht trotz Entbindung oder Anzeigepflicht bestehen. Zu denken ist an den Fall, dass der Geheimnisherr – selber in Unkenntnis der vollen Wahrheit – sich der Folgen einer Entbindung nicht bewusst ist: So braucht eine Ärztin oder ein Arzt die Diagnose einer tödlichen Krankheit nicht offen zu legen, wenn zu befürchten ist, dass der Patient oder die Patientin dadurch psychisch schwerst belastet würde. An das Glaubhaftmachen sind keine hohen Anforderungen zu stellen, weil sonst die Gefahr einer teilweisen Preisgabe des Geheimnisses bestünde.

- Von dieser Relativierung ausgenommen sind nur die *Anwaltschaft* und die *Geistlichen*: Ihr Verweigerungsrecht ist absolut. Der erhöhte Schutz beruht auf dem Gedanken, dass diese Geheimnisträgerinnen und -träger ein ganz besonderes Vertrauen des Publikums genießen¹⁶³. Sie sind gleichsam letzte Refugien, die der betroffenen Person Schutz bieten. Der Entwurf übernimmt diesbezüglich geltendes Recht (vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA). Zwar wird diese Bestimmung des Anwaltsgesetzes durch die StPO aufgehoben¹⁶⁴, inhaltlich jedoch soll sie im Zivilprozess weiter gelten. Die differenzierte Behandlung von Straf- und Zivilprozess ist durch die unterschiedliche Verfahrensnatur gerechtfertigt.
- Ein beschränktes Verweigerungsrecht steht ferner *Beamtinnen und Beamten* im Sinne von Artikel 110 StGB sowie *Behördemitgliedern* zu (*Abs. 1 Bst. c*). Diese Personen haben jedoch immer mitzuwirken, sobald sie von ihrer vorgesetzten Behörde zur Aussage *ermächtigt* worden sind oder wenn sie einer *Anzeigepflicht* unterliegen.
- Der Entwurf sieht ausserdem ein Verweigerungsrecht für *Ombudspersonen* sowie *Mediatorinnen* und *Mediatoren* vor (*Abs. 1 Bst. d*). Diese besonderen Vertrauenspersonen bedürfen der ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz, soweit sie keine Behördenmitglieder sind. Sie vermögen ihre Aufgabe nur sinnvoll zu erfüllen, wenn sie möglichst umfassend Einblick in die Probleme und Interessenlagen ihrer Klientinnen und Klienten erhalten. Müssten die Beteiligten damit rechnen, dass das Offenbarte später in einem Prozess verwendet werden könnte, würde dies eine Vermittlung massiv erschweren. Das Verweigerungsrecht stärkt somit das Vertrauen des Publikums in die genannten Funktionen und bewahrt die Funktionsträgerinnen und -träger gleichzeitig vor Konflikten. Nicht mehr ausdrücklich aufgeführt sind die Mitglieder einer *Schlichtungsbehörde*, denn diese fallen bereits unter Absatz 1 Buchstabe c.
- Der Entwurf räumt – anders als noch der Vorentwurf – auch den *Medienschaffenden* ein Verweigerungsrecht ein (Autoren- und Quellenschutz; *Abs. 1 Bst. e*). Diese Bestimmung entspricht Artikel 27^{bis} StGB bzw. Artikel 28a nStGB¹⁶⁵.

¹⁶³ BGE 91 I 200, 87 IV 105.

¹⁶⁴ Vgl. daher ausführlich Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1203.

¹⁶⁵ BBl 2002 8248.

- *Absatz 2* schliesslich ist ein *Auffangtatbestand*: Er betrifft alle gesetzlich geschützten Geheimnisse, die nicht bereits unter Absatz 1 subsumiert werden können (vgl. z.B. Art. 35 DSGVO¹⁶⁶, Art. 321^{bis} und 321^{ter} StGB, Art. 4 OHG¹⁶⁷, Art. 15 BetMG¹⁶⁸, Art. 2 des Bundesgesetzes über die Schwangerschaftsberatungsstellen¹⁶⁹). Zu beachten ist, dass diese Geheimnisträgerinnen und -träger *grundsätzlich mitwirkungspflichtig* sind. Ihnen steht ein Verweigerungsrecht nur dann zu, wenn sie glaubhaft darlegen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Unter diese Bestimmung fällt insbesondere auch das *Bankgeheimnis* (Art. 47 BankG¹⁷⁰). Heute ist seine prozessrechtliche Behandlung von Kanton zu Kanton unterschiedlich. Im Ergebnis übernimmt der Entwurf eine Kompromisslösung, welche dem Entwurf der vereinheitlichten StPO entspricht (vgl. Art. 170 Abs. 2 E-StPO).
- *Absatz 3* enthält einen Vorbehalt zu Gunsten spezialgesetzlicher Regelungen im Sozialversicherungsrecht (vgl. insbesondere Art. 50a AHVG¹⁷¹ und 86a BVG¹⁷²).

Die *unberechtigte Verweigerung* der Mitwirkung durch Dritte unterliegt verschiedenen Sanktionen (Ordnungsbusse, Strafe nach Artikel 292 StGB, zwangsweise Durchsetzung, Kostenfolgen; *Art. 164 Abs. 1*). Auf die nicht mehr zeitgemässe Beugehaft wird hingegen verzichtet. Die gleichen Sanktionen gelten auch bei *Säumnis* der Drittperson (*Abs. 2*). Jede Sanktion ist mit Beschwerde anfechtbar (*Abs. 3*): Dabei kann die Drittperson nicht nur fehlende Rechtmässigkeit rügen, sondern auch, dass das Gericht zu Unrecht ein Verweigerungsrecht verneint habe (vgl. auch Art. 158 Abs. 1 VE).

5.10.3 Beweismittel

Der Entwurf geht – dem geltenden Zivilprozessrecht entsprechend – von einem *numerus clausus* der Beweismittel aus (*Art. 165 Abs. 1*). Dies scheint auf den ersten Blick den Kernprinzipien des Beweisrechts (Recht auf Beweis, freie Beweiswürdigung) zu widersprechen. Die Rechtssicherheit und das Gebot eines fairen Verfahrens gebieten jedoch eine klare Aussage des Gesetzes darüber, wie, wann und mit welchen Mitteln Beweis zu führen ist.

Eine Ausnahme besteht für die *Kinderbelange* in familienrechtlichen Verfahren (*Abs. 2*): Dort können auch Beweismittel zulässig sein, die nicht den klassischen Formen entsprechen. Zu denken ist beispielsweise an Aufzeichnungen von Befragungen und Gesprächen, die nicht in Form einer Zeugeneinvernahme oder einer Parteibefragung stattgefunden haben. Anders als im «gewöhnlichen» Zivilprozess

¹⁶⁶ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1).

¹⁶⁷ Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991 (SR 312.5).

¹⁶⁸ Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121).

¹⁶⁹ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1981 über die Schwangerschaftsberatungsstellen (SR 857.5).

¹⁷⁰ Bankengesetz vom 8. November 1934 (SR 952.0).

¹⁷¹ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10).

¹⁷² Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40).

bleibt in diesen speziellen Verfahren somit Raum für den sog. *Freibeweis*, vor allem deshalb, weil das Gericht dort den Sachverhalt von Amtes wegen zu *erforschen* hat (Art. 291; vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 151). Das Strafprozessrecht kennt den Freibeweis sogar allgemein (Art. 137 E-StPO), denn dort gilt die (strenge) Untersuchungsmaxime umfassend (Art. 6 E-StPO).

Art. 166–173 Zeugnis

Der Entwurf lässt – wie schon der Vorentwurf – nur das *direkte Zeugnis* (unmittelbare Sinneswahrnehmung) als Beweismittel zu (Art. 166). Das blosse Zeugnis vom Hörensagen ist ausgeschlossen. Begrifflich können nur Drittpersonen Zeugen sein.

In der Regel werden die Zeuginnen und Zeugen förmlich *vorgeladen* (Art. 167 Abs. 1; vgl. auch Art. 131). Das Gericht kann den Parteien jedoch gestatten, den Zeugen oder die Zeugin an die Verhandlung mitzubringen (Abs. 2)¹⁷³. Selbst spontanes Erscheinen mit nachträglicher Zustimmung des Gerichts ist zulässig, denn die förmliche Vorladung dient dem Schutz des Zeugen nicht der Gegenpartei. Diese kann ihre Rechte durch aktive Teilnahme an der Beweisführung wahren.

Bei Zweckmässigkeit kann das Gericht die Zeugin oder den Zeugen auch an ihrem oder seinem Aufenthaltsort befragen (Art. 167 Abs. 3). Die auswärtige Zeugeneinvernahme erfolgt durch das Gericht selber oder rogatorisch auf dem Rechtshilfsweg (Art. 193).

Der Einvernahme hat eine gerichtliche *Ermahnung zur Wahrheit* und ein *Hinweis auf die Strafbarkeit* eines falschen Zeugnisses voranzugehen (Art. 168 Abs. 1). Gegenüber Personen bis 14 Jahren entfällt dieser Hinweis: Sie sind bei falschem Zeugnis somit nicht strafbar.

Jeder Zeuge und jede Zeugin wird – um Beeinflussungen vorzubeugen – *einzel*n einvernommen (Art. 168 Abs. 2). Grundsätzlich haben sie *frei* auszusagen, doch kann ihnen das Gericht gestatten, Notizen oder andere Unterlagen zu benutzen (Art. 168 Abs. 3). Dies kann vor allem bei sachverständigen Zeuginnen und Zeugen sinnvoll sein. Von der übrigen Verhandlung wird der Zeuge oder die Zeugin ausgeschlossen, solange er oder sie nicht endgültig aus dem Zeugenstand entlassen ist (Abs. 4). Auch diese Massnahme – sie entspricht einem Anliegen aus dem Vernehmlassungsverfahren – soll ihn vor Beeinflussung schützen.

Das Gericht oder eine Delegation führt die Befragung selber durch (Art. 169). Die Parteien und ihre Vertretungen haben das Recht, an der Befragung teilzunehmen (Art. 152), doch sind sie grundsätzlich nicht befugt, direkt Fragen an die Zeuginnen und Zeugen zu richten (etwa im Sinne eines Kreuzverhörs). Direktes Fragen kann verfänglich sein (Suggestivfragen). Das Gericht kann jedoch dort Ausnahmen gestatten, wo diese Gefahr nicht besteht. Die Parteien haben ferner – ein weiterer Aspekt des rechtlichen Gehörs (Art. 51) – das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 170).

Nach der Einzeleinvernahme kann der Zeuge oder die Zeugin auf Parteienantrag oder von Amtes wegen mit anderen Zeugen und Zeuginnen oder mit einer oder beiden Parteien *konfrontiert* werden (Art. 171). Die Konfrontation dient insbesondere der Klärung von Widersprüchen oder der Standhaftigkeit eines Zeugen.

¹⁷³ So z.B. auch § 121 ZPO/BS.

Die Zeugen und Zeuginnen sind grundsätzlich nur über Tatsachen zu befragen. Die Würdigung des Sachverhaltes obliegt allein dem Gericht. Sachverständigen Zeuginnen und Zeugen kommt jedoch eine Mittelstellung zu: Aufgrund ihrer Fachkunde können sie in der Lage sein, einen Sachverhalt technisch zu beurteilen – mithin gleichsam ein erstes Gutachten und erste Schlussfolgerungen mitzuliefern. Dieser Besonderheit trägt *Artikel 172* Rechnung.

Artikel 173 schliesslich befasst sich mit der *Protokollierung* der Zeugenbefragung. Angesichts der sehr unterschiedlichen Praxis in den Kantonen und der technischen Entwicklung sieht der Entwurf eine flexible Lösung vor.

- Zunächst wird bestimmt, dass kein sog. Wortprotokoll geführt werden muss: Die Aussagen müssen somit nicht wortwörtlich, sondern nur ihrem *wesentlichen Inhalt* nach festgehalten werden. Diese Präzisierung – sie entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁷⁴ – kommt einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer entgegen.
- Zudem ist es den Gerichten freigestellt, in welcher *Form* sie die Aussagen aufzeichnen wollen (auf Papier, Tonband, Video, Minidisc oder mit anderen technischen Hilfsmitteln). Stets ist jedoch das *Einsichtsrecht* zu gewährleisten (Art. 51).
- Auf Antrag der betreffenden Partei hat das Protokoll die abgelehnten *Ergänzungsfragen* zu nennen – dies im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittel.

Art. 174–177 Urkunde

Im Hinblick auf die rasche technische Entwicklung wird der *Urkundenbegriff* weit gefasst (*Art. 174*). Das Dokument muss lediglich geeignet sein, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (*Beweiseignung*). Anders als bei der strafrechtlichen Urkundendefinition (Art. 110 Ziff. 5 StGB) ist somit nicht erforderlich, dass es zudem für den Beweis bestimmt sein muss (*Beweisbestimmung*). Rein beweisrechtlich ist einzig seine Eignung als Erkenntnisquelle relevant. Erfasst werden sowohl öffentliche wie auch private Urkunden (vgl. auch Art. 170 VE).

Die Bestimmung enthält eine beispielartige Aufzählung von Dokumenten mit Urkundenqualität, insbesondere werden auch die *elektronischen Datenträger* genannt. Digitalisierte Dokumente müssen daher gleichermassen zum Beweis zugelassen werden wie herkömmliche Datenträger (vgl. auch Art. 957 Abs. 4 OR, der aufgehoben werden kann; Ziff. 5 des Anhangs). Das folgt auch aus dem Recht auf Beweis (Art. 150). Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine genuin digitale Datei oder beispielsweise um ein eingescanntes Papierdokument handelt.

Die *Beweislast für die Echtheit* einer Urkunde trägt nach allgemeiner Regel (Art. 8 ZGB) jene Partei, die sich auf das Dokument beruft (*Art. 175*). Doch kann sich die Gegenpartei nicht einfach auf eine pauschale Bestreitung der Echtheit beschränken. Vielmehr muss sie konkrete Umstände dartun, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokumentes (Inhalt oder Unterschrift) wecken. Nur wenn ihr dies gelingt, muss die beweisbelastete Partei den *Echtheitsbeweis* antreten. Rein vorsorgliche Bestreitungen sind ebenfalls unbeachtlich – der Entwurf verlangt eine *besondere* Substantiierung und kodifiziert diesbezüglich herrschende Lehre und Praxis.

¹⁷⁴ BGE 129 I 85; 126 I 15.

Grundsätzlich statuiert der Entwurf keine festen Regeln über den *Beweiswert* einer Urkunde; vielmehr wird dieser jeweils im Rahmen der freien Beweiswürdigung bestimmt (Art. 154). Das gilt auch für den Beweiswert einer *digitalen Urkunde*: Sie ist zuverlässig, wenn die Digitalisierung gewissen Standards entspricht (zu denken ist insbesondere an die einschlägigen handelsrechtlichen Vorgaben¹⁷⁵). Die entsprechende Umstellung auf eine rein digitale Archivierung spielt in der Wirtschaftspraxis eine zunehmende Rolle und darf nicht zu einer beweisrechtlichen Benachteiligung führen. Einzig in Bezug auf die *Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden* gilt eine feste Regel, die jedoch geltendem Recht entspricht (Art. 176; vgl. auch Art. 9 ZGB): Diese Datenträger erbringen bis zum Beweis des Gegenteils den vollen Beweis. Zu beachten ist, dass die Regelung des Entwurfes – anders als Artikel 9 ZGB – nicht nur für die öffentlichen Urkunden und Register des Bundesprivatrechts, sondern auch für jene des kantonalen Rechts gilt.

Die Urkunde kann im Original oder in Kopie eingereicht werden (Art. 177 Abs. 1). Die Gegenpartei hat somit keinen unbedingten Anspruch auf *Vorlage des Originals*. Dieses ist nur bei substantiiertem Bestreiten der Echtheit nachzureichen. Wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, kann das Gericht die Vorlage des Originals auch von sich aus verlangen. Bei sehr umfangreichen Dokumenten wie einer ganzen Buchhaltung oder ausgedehnter Korrespondenz ist es unabdingbar, dass die interessierte Partei die relevanten Stellen näher bezeichnet (Abs. 2).

Die Zulassung von *Kopien* hat sich eingebürgert, denn sie schützt insbesondere vor Verlust oder Beschädigung des Originals. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine klassische *Fotokopie* oder etwa um den *Ausdruck eines zuvor eingescannten Papierdokumentes* handelt. Auch in Bezug auf Kopien stellt der Entwurf somit herkömmliche und elektronische Datenträger gleich. Der *Beweiswert* einer Kopie unterliegt ebenfalls der freien Beweiswürdigung. Dabei ist zu beachten, dass elektronische Kopien sogar Originalqualität aufweisen können, namentlich wenn ihre Archivierung dem handelsrechtlichen Standard entspricht. Vermag die Partei diesen Standard nachzuweisen, wird die Frage «Original oder Kopie» tendenziell irrelevant.

Diese Beweisvorschriften gelten für alle Verfahren der ZPO, somit auch für die betriebs- und konkursrechtlichen Angelegenheiten. Beispielsweise braucht der Gläubiger im *Rechtsöffnungsverfahren* keineswegs das Original der Schuldanerkennung vorzuweisen (Art. 82 SchKG), sondern darf sich mit einer Kopie begnügen. Um das Beweisrisiko möglichst gering zu halten, wird er jedoch das Original der Schuldanerkennung aufbewahren.

Art. 178 und 179 Augenschein

Der Augenschein ist einerseits ein klassisches *Beweismittel*, andererseits dient er dem Gericht auch nur zum besseren *Verständnis des Sachverhaltes*. Soweit er Beweismittelfunktion hat, bedarf seine Durchführung im Bereich der Verhandlungsmaxime eines Parteiantrages (Art. 178 Abs. 1). Wo er dagegen nur dem besseren Verständnis dienen soll, kann er immer auch von Amtes wegen angeordnet werden. Das Gericht kann den Augenschein mit einer Zeugeneinvernahme verbinden und auch Sachverständige vor Ort bestellen (Abs. 2). Je nach Mobilität des Objekts kann der Augenschein im Gerichtslokal stattfinden (Abs. 3).

¹⁷⁵ Vgl. Art. 9 f. der Geschäftsbücherverordnung vom 24. April 2002 (SR 221.431).

Dass die Parteien am Augenschein teilnehmen dürfen, folgt aus dem allgemeinen Beweisrecht (Art. 152) und dem rechtlichen Gehör.

Die Ergebnisse des Augenscheins müssen *protokolliert* werden (Art. 179). Im Urteil darf nur dann auf das Resultat des Augenscheins abgestellt werden, wenn es sich aus den Akten ergibt¹⁷⁶.

Art. 180–185 Gutachten

Wie der Augenschein kann auch das Gutachten Beweismittel sein oder nur der Klärung des Sachverhalts dienen. Je nachdem kann es auch von Amtes wegen in Auftrag gegeben werden (Art. 180 Abs. 1). Die Parteien sind jedoch vorgängig anzuhören, denn sie sollen sich zu den Kosten der Expertise sowie zur Person der Expertin oder des Experten (Unabhängigkeit, Fachkompetenz) äussern können. Im Hinblick auf die oft entscheidende Bedeutung eines Gutachtens gelten für die Fachperson dieselben *Ausstandsgründe* wie für Gerichtspersonen (Abs. 2).

Eigenen Sachverstand darf das Gericht nutzen (Art. 180 Abs. 3). Richterliches Fachwissen muss den Parteien jedoch umgehend offen gelegt werden, wenn es im Beweisverfahren eine Rolle zu spielen beginnt. Diese Regel hat insbesondere für die *Handelsgerichte* Bedeutung, weil sie aus entsprechenden Fachleuten zusammengesetzt sind (z.B. Architektinnen, Ingenieure, Ärztinnen, Baumeister usw.).

Die sachverständige Person hat besondere *Rechte und Pflichten* (Art. 181 Abs. 1 und 2), welche dem geltenden Prozessrecht entsprechen. Sie hat auch Anspruch auf eine *Entschädigung* (Auslagenersatz sowie eine Vergütung für ihre Arbeit; Abs. 3), die das Gericht festlegt. Gegen diesen Entscheid steht der sachverständigen Person und – entsprechend den Forderungen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer – auch den Parteien die Beschwerde offen.

Die sachverständige Person wird vom Gericht *beauftragt und instruiert* (Art. 182 Abs. 1). Grundsätzlich formuliert das Gericht die zu beantwortenden *Fragen*, doch können die Parteien dazu Stellung nehmen und gegebenenfalls Änderungen und Ergänzungen des Fragenkataloges beantragen (Abs. 2). Diese Ausprägung des rechtlichen Gehörs wird – weil von grosser praktischer Bedeutung – ausdrücklich präzisiert. Im Rahmen der Prozessleitung (Art. 122) hat das Gericht dafür zu sorgen, dass das Verfahren durch die Expertise nicht ungebührlich verzögert wird, weshalb der sachverständigen Person eine Erfüllungsfrist zu setzen ist (Abs. 3). Dabei ist der Komplexität des Auftrages Rechnung zu tragen.

Oft ist die sachverständige Person darauf angewiesen, selber *Abklärungen* zu treffen, um sich ein Bild vom Sachverhalt zu machen (z.B. Gespräche mit Angestellten einer Partei, Augenschein am Unfallort; Art. 183 Abs. 1). Da jedoch die Sammlung des Prozessstoffes grundsätzlich Sache der Parteien und die Beweisabnahme Sache des Gerichts ist, bedarf es hierzu einer Bewilligung des Gerichts¹⁷⁷. Die Abklärungen müssen sodann im Gutachten offen gelegt werden. Nur so besteht Gewähr dafür, dass sie gegebenenfalls wiederholt werden können, aber nunmehr durch formelle Beweisabnahme (Zeugenbefragung der Angestellten, gerichtlicher Augenschein; Abs. 2).

¹⁷⁶ Vgl. BGE 106 Ia 73.

¹⁷⁷ Bundesgerichtsentscheid 4P.172/2003.

Es liegt im Ermessen des Gerichts, *mündliche oder schriftliche Erstattung* des Gutachtens anzuordnen (Art. 184 Abs. 1). Eine mündliche Expertise wird allerdings nur in Betracht fallen, wenn keine zu komplexe Materie zur Diskussion steht. Das mündliche Gutachten ist immerhin zu protokollieren (Abs. 2). Wurden mehrere sachverständige Personen beauftragt, so erstattet jede ihr eigenes Gutachten (Abs. 3). Das kommt insbesondere vor, wenn die Begutachtung mehrere Sachgebiete betrifft oder eine Frage in der Wissenschaft kontrovers beantwortet wird. Das Gericht kann jedoch auch ein konsolidiertes Gutachten anfordern. Die Parteien haben das erstattete Gutachten nicht einfach hinzunehmen: Sie können eine Erläuterung verlangen und Ergänzungsfragen beantworten (Abs. 4).

Artikel 185 befasst sich mit der *mangelhaften Erfüllung* des Sachverständigenmandats. Nach dem Vorentwurf hatte die sachverständige Person jene Mehrkosten zu tragen, die infolge Säumnis oder Mängeln des Gutachtens entstehen (Art. 181 Abs. 3 VE). Diese Konsequenz ist bereits im allgemeinen Verursacherprinzip enthalten (Art. 106), so dass sie nicht ausdrücklich erwähnt werden muss.

Neben dem gerichtlich bestellten Gutachten sah der Vorentwurf explizit auch das sog. *Privatgutachten* vor (Art. 182 VE). Darunter wird ein Gutachten verstanden, das eine Partei selber in Auftrag gegeben hat. Auf Grund der Kritik in der Vernehmlassung verzichtet der Entwurf jedoch auf dieses Beweismittel. Privatgutachten bleiben trotzdem zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen.

Art. 186 Schiedsgutachten

Das Schiedsgutachten ist ein eigenständiges prozessuales Institut. Es bezweckt die *verbindliche Feststellung* rechtserheblicher Tatsachen durch eine (fachkundige) Drittperson. Damit können die Parteien für einen künftigen oder bereits laufenden Prozess gewisse Tatsachen ausser Streit stellen (Abs. 1)¹⁷⁸. Eine Beweisführung über diese Tatsachen durch das urteilende Gericht hat in der Folge zu unterbleiben. Das Resultat des Schiedsgutachtens kann jedoch – ähnlich wie die vorsorgliche Beweisführung (Art. 155) – eine Partei auch abhalten, einen aussichtslosen Prozess überhaupt erst zu beginnen oder weiterzuführen.

Das Schiedsgutachten setzt eine *förmliche Parteivereinbarung* voraus (Abs. 2; vgl. auch Art. 16) und ist nur in Angelegenheiten zulässig, die in der *freien Disposition* der Parteien liegen (Abs. 3). Es muss sodann gewisse *rechtsstaatliche Garantien* erfüllen, wenn es das Gericht binden will: Die begutachtende Person muss neutral und unabhängig und das Ergebnis darf nicht offensichtlich falsch sein¹⁷⁹. Der Entwurf lässt dieses Beweismittel bis zum Schluss des Beweisverfahrens zu (vgl. demgegenüber Art. 184 Abs. 1 VE).

Art. 187 Schriftliche Auskunft

Die schriftliche Auskunft ist eine *Mischform* aus Urkundenbeweis, Gutachten und Zeugnis. In der Praxis kommt ihr grosse Bedeutung zu, denn infolge ihrer Vielseitigkeit und Raschheit ist sie eine sehr effiziente Erkenntnisquelle. Schriftliche Auskünfte sind in der Regel Behörden und Amtsstellen vorbehalten (Abs. 1). Aus-

¹⁷⁸ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 4P.199/2003; BGE 117 Ia 365.

¹⁷⁹ BGE 129 III 538.

nahmsweise kann sie auch an Stelle einer förmlichen Zeugeneinvernahme einer Privatperson treten (*Abs. 2*), namentlich in Fällen, in denen sie eindeutig zweckmässiger ist als eine aufwändige Zeugenbefragung (z.B. Arztzeugnis).

Der Vorentwurf hatte noch ausdrücklich bestimmt, dass die schriftliche Auskunft eine nachträgliche Zeugeneinvernahme über die betreffenden Tatsachen nicht ausschliesst (Art. 185 Abs. 4 VE). Dies versteht sich jedoch von selbst.

Art. 188–190 Parteibefragung und Beweisaussage

Die Parteien kommen im Zivilprozess verschiedentlich zu Wort, doch haben ihre Aussagen nicht immer denselben Stellenwert. So darf, was sie im *Schlichtungsverfahren* äussern, im darauf folgenden Prozess grundsätzlich überhaupt nicht berücksichtigt werden (Art. 202); sonst werden freie Vergleichsverhandlungen illusorisch. Was die Parteien sodann im *Behauptungsstadium* des Prozesses vorbringen (Art. 54) – z.B. an einer Instruktionsverhandlung (Art. 223), in den ersten Parteivorträgen im ordentlichen Verfahren (Art. 224) oder in der ersten Befragung im vereinfachten Verfahren (Art. 241) – hat für den Beweis nur insofern Bedeutung, als es dazu dient, die Fakten zusammenzutragen und Bestrittenes von Unbestrittenem zu trennen.

Tritt der Prozess jedoch ins Beweisstadium (eröffnet durch eine sog. Beweisverfügung), dann können auch die Parteiaussagen in ein förmliches Beweismittel gekleidet werden. Ausgehend von den kantonalen Prozessordnungen und dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, stellt der Entwurf zwei Formen zur Verfügung:

- Die *Parteibefragung* (Art. 188) ist die einfachere und mildere Form. Zwar unterliegen die Parteien auch hier der Wahrheitspflicht, doch werden wahrheitswidrige Aussagen nur disziplinarisch geahndet, und auch dies nur, wenn der Partei mutwilliges Leugnen zur Last gelegt werden kann. Jede Partei kann auch für sich selber eine Parteibefragung beantragen. Sogar Aussagen zu eigenen Gunsten sind zu berücksichtigen, doch liegt auf der Hand, dass ihr Beweiswert auf Grund der Selbstbefangenheit der Partei meist gering und daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen ist.
- Die *Beweisaussage* ist eine qualifizierte Form der Parteieinvernahme (Art. 189). Anders als teilweise im kantonalen Prozessrecht ist sie nach dem Entwurf nicht subsidiär: Es müssen nicht alle anderen Beweismittel abgenommen werden, bevor sie angeordnet werden darf. Sinnvollerweise wird sie in der Praxis jedoch erst genutzt, um letzte Zweifel des Gerichts zu beseitigen. Durch die Beweisaussage wird die betreffende Partei nämlich unter zusätzlichen Druck gesetzt, denn Leugnen wird als Verbrechen verfolgt (Art. 306 StGB) – gleich wie ein falsches Zeugnis (Art. 307 StGB). Um missbräuchliche Druckausübung auszuschliessen, kann die Beweisaussage nur von Amtes wegen – nicht also auf Antrag der Gegenpartei – angeordnet werden. Sie ist somit ausschliesslich ein gerichtliches Instrument. Der Vorentwurf hatte auch den Parteiantrag zugelassen (Art. 186 VE).

Für das Protokoll über die Parteibefragung und die Beweisaussage gilt Artikel 173 sinngemäss (*Art. 190*).

5.11 Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten

Geregelt wird sowohl die inner- als auch die interkantonale Rechtshilfe. Die gegenseitige *Rechtshilfeflicht* (Art. 191) ergibt sich bereits aus der Bundesverfassung. Der Entwurf folgt den Vorschlägen der Expertenkommission und stellt einem Gericht zwei Möglichkeiten zur Verfügung, um Prozesshandlungen auch ausserhalb seines territorialen Zuständigkeitsbereichs vorzunehmen.

- Eine Möglichkeit ist die «Selbsthilfe» (Art. 192): Das Gericht darf die betreffende Prozesshandlung am fremden Ort selber vornehmen. So kann es beispielsweise einen Augenschein ohne weiteres ausserhalb seines Bezirkes oder auch ausserhalb seines Kantons durchführen. Es bedarf dazu keines vorgängigen Rechtshilfesuchs – auch nicht bei Überschreiten der Kantongrenze. Die Behörden des andern Kantons brauchen darüber nicht einmal informiert zu werden (vgl. demgegenüber Art. 190 VE, doch wurde die Informationspflicht in der Vernehmlassung als nicht mehr zeitgemäss kritisiert). Die ganze Schweiz gilt insofern als einheitlicher Gerichtsraum. Die Möglichkeit direkt vorgenommener Prozesshandlungen kann dem Gericht die Arbeit erleichtern und dazu beitragen, dass der Prozess durch ausserkantonale Handlungen nicht unnötig verzögert wird.
- Oft ist es jedoch einfacher, den klassischen Rechtshilfeweg zu beschreiten und beim zuständigen auswärtigen Gericht ein entsprechendes Rechtshilfesuch zu stellen (Art. 193). Beispielsweise kann eine rogatorische Zeugen- einvernahme ökonomischer sein als eine lange Hin- und Rückreise des urteilenden Gerichts.

5.12 Einleitung und Ablauf des Zivilprozesses (Überblick)

Ein Kernpunkt des Entwurfs ist die Stärkung der *vorprozessualen bzw. aussergerichtlichen Streitbeilegung* – einerseits zur Entlastung der Gerichte, andererseits um die Parteien vor Eskalation und Kosten zu schonen (vgl. Ziff. 3.2.1). Daher hat grundsätzlich eine formalisierte Verhandlungsrunde stattzufinden, bevor die Klage beim Gericht eingereicht werden darf. Diese Vorrunde kann – nach Wahl der Parteien – ein sog. Schlichtungsversuch oder aber eine Mediation sein. Eine direkte Klage ist nur unter besonderen Voraussetzungen möglich. Ein Zivilprozess kann daher unterschiedlich beginnen:

- durch ein Schlichtungsgesuch (Art. 194 ff.);
- durch ein gemeinsames Mediationsbegehren (Art. 210 ff.);
- durch eine direkte Klage (Art. 195 f.).

Alle drei Startmöglichkeiten wirken gleichermaßen fristwährend und begründen die Rechtshängigkeit (Art. 60). Um der Gleichwertigkeit von Schlichtungsverfahren und Mediation auch formal Ausdruck zu geben, widmet der Entwurf beiden Instituten einen eigenen Titel.

Der eigentliche Zivilprozess – das sog. Erkenntnisverfahren vor dem entscheidenden Gericht – beginnt mit der *Einreichung der Klage*. Je nach Streitsache stehen verschiedene Verfahrenstypen zur Verfügung: das ordentliche (Art. 216 ff.), das verein-

fachte (Art. 239 ff.), das summarische (Art. 244 ff.) sowie besondere familienrechtliche Verfahren (Art. 267 ff., 290 ff.).

5.13 Schlichtungsversuch

Der Entwurf wertet den Schlichtungsversuch nicht nur durch ein grundsätzliches *Obligatorium* auf, sondern verlangt auch eine gewisse *Qualität* (insbesondere Vertraulichkeit). Ausserdem kommen den Schlichtungsbehörden in beschränktem Umfange *auch richterliche Kompetenzen* zu: verfahrensleitende Befugnisse (z.B. Beweisabnahme) und gewisse Entscheidbefugnisse.

Schon heute gibt es Kantone, die der Schlichtungsinstanz teilweise Spruchkompetenzen einräumen (z.B. dem Friedensrichter oder der Friedensrichterin für Bagatelten). Auch das Bundesrecht kennt punktuell eine solche Lösung (vgl. die Entscheidungsbefugnisse der Mietschlichtungsstelle, Art. 274e OR). Der Entwurf bringt ein einheitliches System. Gewiss stehen richterliche Zusatzkompetenzen in einem Spannungsverhältnis zu einer reinen Schlichtungstätigkeit. Sie sind jedoch für eine bürgernahe und kostengünstige Justiz unverzichtbar. Zudem verstärken sie den Entlastungseffekt zu Gunsten der Gerichte.

Art. 194 Grundsatz

Nach dem Entwurf gilt das Prinzip: «Zuerst schlichten, dann richten». Diese Grundregel befolgen die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen. Die kantonale Terminologie ist dabei sehr unterschiedlich (so ist z.B. von Aussöhnungsversuch, Sühnverfahren, Vermittlungsverfahren, Versöhnungsversuch usw. die Rede).

In den meisten Kantonen ist eine sog. Friedensrichterin bzw. ein Vermittler damit betraut, in einzelnen Kantonen hingegen findet der Schlichtungsversuch vor einem erstinstanzlichen Richter oder einer erstinstanzlichen Richterin statt. Diese *unterschiedliche Organisation* kann bestehen bleiben (Art. 3 f.). Namentlich muss – dies im Gegensatz zum Vorentwurf (Art. 191 VE) – für die Schlichtung keine «gerichtliche» Behörde eingesetzt werden. Zu denken ist etwa an die Mietämter und an die Schlichtungsstellen nach dem Gleichstellungsgesetz, die der kantonalen Verwaltung oder Gemeindeverwaltung angegliedert sind. Es genügt, dass die Schlichtungsstelle in der Sache und personell von der Verwaltung *unabhängig* ist – das Statut eines Gerichts im formellen Sinn ist nicht erforderlich. Somit müssen keine Miet- oder Gleichstellungsgerichte eingeführt werden.

Art. 195 Ausnahmen

Der Grundsatz vorgängiger Schlichtung kennt jedoch – wie das geltende Prozessrecht – wesentliche Ausnahmen, in denen direkt an das entscheidende Gericht zu gelangen ist (direkte Klage oder direktes Gesuch).

- So hat dem *summarischen Verfahren* kein selbstständiger Schlichtungsversuch voranzugehen (*Bst. a*), denn hier liegt der Akzent auf besonderer Beschleunigung. Ein zusätzlicher Schlichtungstermin könnte den Verfahrenszweck sogar vereiteln (z.B. beim vorsorglichen Rechtsschutz oder bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung).

- Ausgenommen sind ferner die Klagen betreffend den *Personenstand* (*Bst. b*), wie beispielsweise auf Feststellung von Geburt, Tod, Abstammung und Zivilstand. Hier ist ein separater Schlichtungsversuch nicht sinnvoll, weil der Prozess grundsätzlich nicht einvernehmlich erledigt werden kann.
- Kein eigenständiges Schlichtungsverfahren findet sodann bei der Ehescheidung und im Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft statt (*Bst. c und d*). Hinsichtlich der Scheidung auf gemeinsames Begehren entspricht dies geltendem Recht. Im streitigen Scheidungsverfahren kann es zu einer speziellen Einigungsverhandlung vor dem urteilenden Gericht kommen (Art. 285 f.).
- Das Schlichtungsverfahren ist ausserdem ausgeschlossen für jene SchKG-Klagen, die nach geltendem Recht im sog. beschleunigten Verfahren zu beurteilen sind (*Bst. e*; vgl. Art. 25 Ziff. 1 SchKG und Ziff. 17 des Anhangs). Damit wird der besonderen Dringlichkeit Rechnung getragen. Neu aufgenommen werden in diesen Katalog die Aussonderungs- und die Admassierungsklage (Art. 242 SchKG), denn sie betreffen – wie die Widerspruchsklage der Spezialexécution (Art. 106 ff. SchKG) – die Zusammensetzung des Vollstreckungssubstrats.
- Ebenfalls ausgenommen werden die Streitigkeiten, die das *einzig kantonale Gericht* (Art. 5) zu beurteilen hat (*Bst. f*): Das notwendige Fachwissen kann bei einer nichtspezialisierten Schlichtungsbehörde nicht vorausgesetzt werden. Handelsrechtlichen und prorogierten Streitigkeiten (Art. 6 und 7) hat jedoch ein Schlichtungsversuch vorzuziehen.
- Schliesslich entfällt die Schlichtung bei besonderen Verfahrensgestaltungen (*Bst. g*): Ein nachträglicher separater Schlichtungsversuch würde hier das Verfahren nur verzögern.

Zu beachten ist, dass diese Ausnahmen keineswegs jede Schlichtungstätigkeit verbieten. Ausgeschlossen ist nur das *selbstständige Schlichtungsverfahren* vor der Schlichtungsbehörde. Dem urteilenden Gericht bleibt unbenommen, im Rahmen des Prozesses Vergleichsverhandlungen zu führen (Art. 122, 223) oder den Parteien sogar eine Mediation zu empfehlen (Art. 211).

Art. 196 Verzicht auf das Schlichtungsverfahren

Der Vorentwurf hat im Grundsatz zwar ebenfalls ein vorgängiges Schlichtungsverfahren vorgesehen, doch wurden – neben dem gesetzlichen Ausnahmekatalog (Art. 193 VE) – den Parteien breite Verzichtsmöglichkeiten eingeräumt. In den vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als 20 000 Franken konnte jede Partei sogar einseitig darauf verzichten (Art. 192 Abs. 2 VE). Nur in Angelegenheiten des vereinfachten Verfahrens erklärte der Vorentwurf den Schlichtungsversuch als zwingend. Dies stiess in der Vernehmlassung auf starke Kritik, welcher der Bundesrat Rechnung trägt:

- Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten können die Parteien erst ab einem Streitwert von mindestens 100 000 Franken auf den Schlichtungsversuch verzichten (*Abs. 1*). Der *Verzicht* muss ausserdem *gemeinsam* erfolgen, sei es in Form einer ausdrücklichen Erklärung, sei es konkludent, indem die Gegenpartei sich der direkten Klageeinreichung nicht widersetzt.

- Der *einseitige Verzicht* wird auf drei Fälle beschränkt (*Abs. 2*): Die beiden ersten (*Bst. a und b*) sind gewissermassen pathologisch (ausländisches Domizil einer Partei, unbekannter Aufenthalt der beklagten Partei). Mit Blick auf eine möglichst rasche Begründung der Rechtshängigkeit der Streit-sachen (Art. 60) kann sich aber auch hier ein Schlichtungsgesuch empfehlen.
- Der dritte Fall übernimmt geltendes Recht, denn in Streitigkeiten nach dem *Gleichstellungsgesetz* ist ein vorgängiger Schlichtungsversuch grundsätzlich freiwillig (*Bst. c*; vgl. Art. 11 GlG, der aufgehoben werden kann; Ziff. 1 Anhang). Entsprechend wird der klagenden Partei eine einseitige Verzichtsmöglichkeit eingeräumt.

Art. 197 Paritätische Schlichtungsbehörden

Wie mehrfach betont, sind die Kantone bezüglich der Organisation ihrer Schlichtungsbehörden frei. Der Entwurf statuiert jedoch zwei Ausnahmen:

- Bereits das geltende *Miet- und Pachtrecht* verpflichtet die Kantone, paritätische Schlichtungsbehörden einzusetzen (Art. 274a OR, vgl. Anhang Ziff. 5). In der Praxis hat sich die Parität sehr bewährt. Die Formulierung entspricht dem Vorschlag der Mietrechtsrevision, über die im Dezember 2005 die Vernehmlassung eröffnet worden ist¹⁸⁰ (*Abs. 1*).
- Auch für die Schlichtungsstelle nach dem *Gleichstellungsgesetz* verlangt der Entwurf Parität (*Abs. 2*). Heute sind die Verhältnisse in den Kantonen unterschiedlich: In einigen Kantonen wird die Schlichtung von Einzelpersonen wahrgenommen, in anderen wiederum gibt es spezielle Schlichtungskommissionen. Aufgrund der Vernehmlassung wird das Paritätserfordernis neu bundesrechtlich vorgeschrieben. Gefordert ist eine sog. *doppelte Parität*, d.h. eine Parität der Sozialpartner und der Geschlechter.

Art. 198 Aufgaben der Schlichtungsbehörde

Der Entwurf definiert die verschiedenen Aufgaben der Schlichtungsbehörde.

Absatz 1 widmet sich der *klassischen Schlichtungstätigkeit*. Sie ist weitgehend formlos und findet im Rahmen einer mündlichen Aussprache statt. Die Behörde ist – unter Beachtung der allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze – frei in ihrem Vorgehen. Auch externe Fragen können einbezogen werden, um die Suche nach einer nachhaltigen Lösung zu erleichtern. Zu einfach macht es sich die Schlichtungsbehörde jedoch, wenn sie die Parteien zu Vergleichen drängt oder serienmässig das Scheitern der Verhandlung feststellt und die Klagebewilligung erteilt. Vielmehr hat sie die Parteien – soweit möglich – über die Rechtslage aufzuklären und zu entsprechendem Verhalten zu bewegen.

Absatz 2 hält die praktisch sehr wichtige *Rechtsberatungsfunktion* gewisser Schlichtungsbehörden fest, wie sie bereits das geltende Bundesrecht vorsieht (Art. 274a OR für das *Miet- und Pachtrecht*, Art. 11 GlG für das *Gleichstellungsrecht*). Diese besondere Beratung kann losgelöst von einem konkreten Schlichtungsversuch stattfinden, beispielsweise um abzuklären, ob sich die Einleitung eines Verfahrens überhaupt lohnt. Den Kantonen steht es frei, auch für andere Materien Rechtsbera-

¹⁸⁰ Vgl. den erläuternden Bericht zur Mietrechtsrevision des Bundesamtes für Wohnungswesen, Dezember 2005, S. 23.

tungs- und Anlaufstellen zu organisieren. So bieten etwa kantonale Arbeitsgerichte ebenfalls unentgeltliche Rechtsberatung an.

Art. 199–204 Durchführung des Schlichtungsverfahrens

Die Anforderungen an das *Schlichtungsgesuch* sind gering (*Art. 199 Abs. 1 und 2*): Es kann mündlich, schriftlich oder elektronisch eingereicht werden. Da es die Rechtshängigkeit begründet (*Art. 60*), muss es aber alle notwendigen Elemente enthalten, damit der Streit überhaupt individualisiert werden kann. Das Gesuch wird der Gegenpartei zur Kenntnismache zugestellt und zugleich wird der Schlichtungstermin angesetzt (*Art. 199 Abs. 3*).

Die besonderen Schlichtungsstellen (Miete und Pacht, Gleichstellung) können zur Vorbereitung der Verhandlung einen *Schriftenwechsel* durchführen (*Art. 199 Abs. 4*). Gerade in komplexen Fällen müssen sich diese Behörden gehörig vorbereiten – nicht zuletzt mit Blick auf einen Urteilsvorschlag (*Art. 207*). Grundsätzlich jedoch kommt es direkt zur mündlichen Verhandlung.

Die Schlichtungsbehörde hat die Parteien nicht nur unverzüglich vorzuladen, sondern den Termin auch innert nützlicher Frist abzuhalten (*Art. 200 Abs. 1*). Der Vorentwurf sah eine Vorlaufzeit von nur einem Monat vor, was in der Vernehmlassung jedoch als unrealistisch bezeichnet wurde.

An der Schlichtungsverhandlung findet *kein* eigentliches *Beweisverfahren* statt, denn die Beweisabnahme ist eine typisch gerichtliche Aufgabe. Die Schlichtungsbehörde kann sich aber Urkunden vorlegen lassen und nach eigenem Ermessen einen Augenschein durchführen, um sich von der Angelegenheit ein Bild zu machen (*Art. 200 Abs. 2*). Wenn jedoch ein Urteilsvorschlag oder Entscheidung zur Diskussion steht, kommen – im Interesse der materiellen Richtigkeit – auch andere Beweismittel in Frage (z.B. eine Zeugenaussage). Diese erweiterten Möglichkeiten sind vor allem für die *paritätischen Schlichtungsbehörden* gedacht (Miete und Pacht, Gleichstellung). Grundsätzlich jedoch ist bei der Beweisführung grösste Zurückhaltung geboten, soll das Verfahren formlos und einfach bleiben.

Damit sich die Parteien frei äussern können, sind die Verhandlungen *nicht öffentlich* (*Art. 200 Abs. 3*). Nur vor den paritätischen Schlichtungsbehörden wird dieser Grundsatz gelockert. Hier kann ein öffentliches Interesse bestehen, die Praxis dieser Spezialbehörden zu kennen. In verschiedenen Kantonen ist die Öffentlichkeit der Mietschlichtungsverhandlungen sogar grundsätzlich vorgeschrieben.

Auf Wunsch der Parteien kann die Schlichtungsbehörde mehrere Termine abhalten (*Art. 200 Abs. 4*). Nach einem Jahr ist das Verfahren jedoch abzuschliessen. In diesem Rahmen kann es die Behörde auch lediglich pendent halten, um den Parteien in der Zwischenzeit private Vergleichsverhandlungen zu ermöglichen. Den erzielten Vergleich können sie alsdann von der Schlichtungsbehörde genehmigen lassen (*Art. 205*).

Eine Schlichtungsverhandlung ist meist dann am aussichtsreichsten, wenn die Parteien *persönlich erscheinen*, denn nur so kann eine wirkliche Aussprache stattfinden (*Art. 201 Abs. 1*). Die Parteien dürfen sich *begleiten* lassen (*Art. 201 Abs. 2*), doch hat sich die Begleitperson im Hintergrund zu halten: Primär sollen sich die Parteien selber äussern.

Von der blossen Begleitung ist die Vertretung einer (abwesenden) Partei zu unterscheiden (*Art. 201 Abs. 3*). Sie ist nur in Ausnahmefällen zulässig (*Bst. a–c*), die gängigem Prozessrecht entsprechen. Immer muss die Vertretung zum Vergleichabschluss bevollmächtigt sein. Will sich eine Partei vertreten lassen, so ist die Gegenpartei darüber zu informieren (*Art. 201 Abs. 4*), damit sie sich entsprechend vorbereiten kann (Gebot der Waffengleichheit).

Neben dem persönlichen Erscheinen ist die *Vertraulichkeit* des Verfahrens eine wichtige Bedingung für eine erfolgreiche Schlichtung. Die Äusserungen der Parteien dürfen daher weder protokolliert noch später in einem nachfolgenden Prozess berücksichtigt werden, sonst wird eine unbefangene Aussprache illusorisch (*Art. 202 Abs. 1*). Eine Ausnahme besteht – notgedrungen – für die Kurzbegründung eines Urteilsvorschlages oder Entscheids der Schlichtungsbehörde (*Art. 202 Abs. 2*).

Bei *Säumnis* einer Partei ist keine Schlichtung möglich (*Art. 203*). Je nachdem, wer fehlt, wird das Verfahren abgeschrieben oder die Klagebewilligung erteilt. Bei Säumnis der beklagten Partei kommt auch ein Urteilsvorschlag (*Art. 207 ff.*) bzw. ein Entscheid (*Art. 209*) in Frage.

Artikel 204 befasst sich mit den *Kosten* der Schlichtung. Grundsätzlich ist die klagende Partei kostenpflichtig. Wenn es jedoch zum Prozess kommt, werden die Kosten zur Hauptsache geschlagen und zusammen mit den übrigen Prozesskosten verteilt. Bei einer erfolgreichen Schlichtung bestimmen die Parteien selber über die Kostenverteilung (*Art. 107*). Zu beachten ist, dass im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen zu sprechen sind (*Art. 111*).

Ergebnis des Schlichtungsversuchs

Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde kann in unterschiedlicher Weise enden:

- erfolgreich durch eine Einigung der Parteien (*Art. 205*);
- bei Scheitern durch Erteilung der Klagebewilligung (*Art. 206*);
- durch einen Urteilsvorschlag (*Art. 207 f.*);
- durch einen Entscheid (*Art. 209*).

Art. 205 Einigung der Parteien

Erfolgreich ist der Schlichtungsversuch, wenn sich die beklagte Partei der Forderung der klagenden Partei unterzieht (*Klageanerkennung*), die klagende Partei auf die Einreichung ihrer Klage vorbehaltlos verzichtet (*Klageverzicht*) oder sich beide Parteien entgegenkommen und mit Hilfe der Schlichtungsbehörde einen *Vergleich* abschliessen (*Abs. 1*).

Nach *Absatz 2* kommt diesen Parteidispositionen Rechtskraftwirkung zu. Sie führen zu materieller Rechtskraft (*res iudicata*) und Vollstreckbarkeit (vgl. auch *Art. 237*). So gelten ein Vergleich und eine Klageanerkennung als definitive Rechtsöffnungstitel (*Art. 80 SchKG*). Eine Anfechtung dieser Akte ist nur mit Revision möglich (*Art. 326 Abs. 1 Bst. c*).

Vom Klageverzicht ist der blosse *Rückzug des Schlichtungsgesuches* zu unterscheiden. Dieser begründet keine Abstandsfolge, weil die Fortführungslast erst vor dem urteilenden Gericht eintritt (*Art. 63*).

Art. 206 Klagebewilligung

Bei Scheitern der Schlichtung wird der klagenden Partei grundsätzlich die Klagebewilligung erteilt (*Abs. 1 und 2*). Sie ermächtigt die klagende Partei, nun an das urteilende Gericht zu gelangen. Doch ist dieses Recht befristet (*Abs. 3*): Nach drei Monaten erlischt die Bewilligung, wodurch auch die Rechtshängigkeit entfällt. Die klagende Partei muss ein erneutes Schlichtungsgesuch einreichen, wenn sie auf die Streitsache zurückkommen will. Mit der Befristung wird verhindert, dass die beklagte Partei auf unbestimmte Zeit im Ungewissen bleibt, ob sie mit einer Fortsetzung des Verfahrens zu rechnen hat oder nicht. Eine gültige Klagebewilligung ist Prozessvoraussetzung.

Die dreimonatige Dauer gilt nicht, wenn Gesetz oder Gericht eine kürzere Klagefrist bestimmen. Zu denken ist an die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die Arrestprosektionsklage (Art. 279 SchKG) oder an die eine Klage zur Prosequierung einer vorsorglichen Massnahme vor Rechtshängigkeit (Art. 259). Hier muss sich die klagende Partei innert dieser kürzeren Frist an das Gericht wenden.

Art. 207 und 208 Urteilsvorschlag

Der Urteilsvorschlag nimmt eine *Mittelstellung* ein zwischen einem behördlichen Vergleichsvorschlag und einem Entscheid. Vergleichsvorschlag ist er insoweit, als ihn jede Partei frei ablehnen kann. Bei Stillschweigen der Parteien hingegen reift er zum rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid.

Für kleinere vermögensrechtliche Streitigkeiten kennen einige Kantone dieses Institut bereits heute. So können die Friedensrichter der Kantone SZ und AG bis zu einem Streitwert von 2000 Franken einen Urteilsvorschlag unterbreiten, im Kanton SG reicht diese Kompetenz sogar bis 5000 Franken. Auch dem Bundesrecht ist er nicht fremd: In bestimmten Streitigkeiten aus Miete und Pacht kann die Schlichtungsbehörde einen sog. Entscheid fällen, der aber im Grunde genommen nur ein Urteilsvorschlag ist¹⁸¹.

In der Vernehmlassung blieb der Urteilsvorschlag nicht unbestritten. Dennoch hält der Bundesrat daran fest, denn er kann ein sinnvolles Zusatzinstrument vorprozessualer Streiterledigung sein. Anders als im Vorentwurf (Art. 204 VE) wird er jedoch als *freie Option* der Schlichtungsbehörde ausgestaltet. Er ist namentlich für Fälle gedacht, in denen – trotz gewisser Vergleichsbereitschaft der Parteien – eine Einigung nicht zustande kommen will.

Doch nicht jede Zivilsache darf durch Urteilsvorschlag abgeschlossen werden, denn die Haupttätigkeit der Schlichtungsbehörde soll das klassische Schlichten bleiben (*Art. 207 Abs. 1*):

- Unbeschränkt zulässig ist er nur auf dem Gebiet des *Gleichstellungsrechts* (*Bst. a*), was einem praktischen Bedürfnis dieser spezialisierten Schlichtungsstellen entspricht.
- Wie bisher nur in beschränktem Rahmen zulässig ist er dagegen im Miet- und Pachtrecht (*Bst. b*). Der weitergehende Vorschlag des Vorentwurfs wurde in der Vernehmlassung abgelehnt.

¹⁸¹ Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, Anfechtung einer Kündigung, Erstreckung eines Miet- und Pachtverhältnisses (Art. 259i, 273, 274e Abs. 2 und Art. 274f Abs. 1 OR).

- Schliesslich ist der Urteilsvorschlag möglich für alle *vermögensrechtlichen Streitigkeiten* bis zu einem Streitwert von 5000 Franken (*Bst. c*).

Grundsätzlich ist der Urteilsvorschlag wie ein Entscheid abzufassen und zu eröffnen (*Art. 207 Abs. 2*). Er braucht aber nicht begründet zu werden, und zwar selbst dann nicht, wenn die Parteien dies verlangen sollten: Denn es bedarf keines Rechtsmittels, um ihn abzulehnen. Vielmehr genügt als *Ablehnung* eine fristgerechte einseitige Parteierklärung an die Schlichtungsbehörde (*Art. 208*). Diese Erklärung braucht – ähnlich dem Rechtsvorschlag in einer Betreibung (*Art. 75 SchKG*) – nicht begründet zu werden. Sie hat einzig die Erteilung der Klagebewilligung zur Folge: Die klagende Partei ist nun befugt, ihre Klage dem *erstinstanzlichen* Gericht zu unterbreiten.

Demgegenüber hatte der Vorentwurf – nach dem Vorbild des Mietrechts (vgl. *Art. 273 Abs. 5 OR*) – die Klägerrolle jeweils der ablehnenden Partei zugeteilt. Je nachdem wäre es somit für den eigentlichen Prozess zu einem Wechsel der Partierollen gekommen. Dies stiess in der Vernehmlassung auf starke Kritik, der Rechnung zu tragen ist: Die Klagebewilligung ist immer der klagenden Partei zu erteilen, unabhängig davon, welche Partei den Urteilsvorschlag ablehnt. Damit bleibt es bei den ursprünglichen Partierollen.

Die einfache Ablehnungsmöglichkeit ist der Ausgleich dafür, dass der Urteilsvorschlag nicht aufgrund eines wirklichen Erkenntnisverfahrens erlassen wird. Ausserdem bleibt den Parteien der volle gerichtliche Instanzenzug gewahrt.

Art. 209 Entscheid der Schlichtungsbehörde

Für kleinere vermögensrechtliche Streitigkeiten (Bagatellen) sehen etliche Kantone schon heute eine Entscheidkompetenz der Schlichtungsbehörde vor. Der maximale Streitwert für diesen sog. Abspruch ist jedoch höchst unterschiedlich (z.B. bis 300 Franken in NW, ZG und SO, bis 500 Franken in ZH, SZ, BL, TG und bis 2000 Franken in TI). Der Entwurf setzt die Streitwertgrenze einheitlich auf 2000 Franken fest (*Abs 1*).

Bis zu dieser Streitwertgrenze amtet die Schlichtungsbehörde nach gescheiterter Schlichtung als echte erste Entscheidungsinstanz. Freilich geschieht diese Verwandlung zur RichterIn nur auf *Antrag* der klagenden Partei. Ohne solchen Antrag darf die Schlichtungsbehörde nicht entscheiden, sondern hat entweder die Klagebewilligung zu erteilen oder bloss einen Urteilsvorschlag zu erlassen. Solange die klagende Partei keinen Antrag auf Entscheid stellt, kann sie ihr Schlichtungsgesuch gefahrlos zurückziehen – danach bewirkt ein Rückzug Abstandsfolge (*Art. 63*). Darauf hat die Schlichtungsbehörde hinzuweisen.

Der Antrag zwingt die Schlichtungsbehörde nicht zum Entscheid (Kann-Vorschrift). Vielmehr wird sie ihren Richterspruch auf Fälle beschränken, die bereits am ersten Termin *spruchreif* sind. Aufwändige Beweisverfahren über mehrere Termine gehören nicht vor die Schlichtungsbehörde, zumal das Verfahren rein mündlich ist (*Abs. 2*). Der Entscheid der Schlichtungsbehörde unterliegt der *Beschwerde* (*Art. 316 ff.*).

Die Mediation ist ein *aussergerichtliches* Verfahren. Im Wesentlichen bedeutet sie Vermittlung durch eine neutrale und unabhängige Drittperson. Insofern ist sie der klassischen Schlichtung verwandt. Während der behördliche Schlichtungsversuch jedoch aus formloser Verhandlung besteht, ist die Mediation stärker strukturiert. Anders als zur Schlichtungsbehörde stehen die Parteien zudem zur Mediatorin oder zum Mediator in einem *horizontalen* Verhältnis. Entsprechend kommen den Mediatoren und Mediatorinnen keinerlei Entscheidbefugnisse zu, so dass die Mediation auch von der Schiedsgerichtsbarkeit klar zu trennen ist.

Sowohl national wie auch international gewinnt dieses Institut zunehmend an Bedeutung (vgl. vorne Ziff. 4.3). Ihre typischen Anwendungsfelder sind Familie, Arbeitsplatz und Wirtschaft. Auch im öffentlichen Leben – z.B. in der Politik oder im Schulalltag – kann sie eingesetzt werden. Eine wichtige Rolle spielt sie ebenfalls in der neuen Strafprozessordnung (Art. 317 E-StPO sowie Art. 18 des Entwurfs einer Jugendstrafprozessordnung). Einzug gehalten hat sie auch im Verwaltungsverfahren des Bundes¹⁸².

Für zivilrechtliche Belange ist sie in der Schweiz erst rudimentär geregelt. So besteht etwa für die Familienmediation ein *bundesrechtliches* Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht (Art. 139 Abs. 3 ZGB). Auch einzelne *kantonale Zivilprozessordnungen* gehen bei der Ehescheidung punktuell auf die Mediation ein. Im Kanton Zürich kann der Regierungsrat die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Mediation in Familiensachen regeln (Art. 89a ZPO/ZH). Die neue Zivilprozessordnung des Kantons Glarus enthält sogar einen allgemeinen Hinweis auf die einverständliche Streitbeilegung mit Hilfe Dritter (Art. 162 ZPO/GL). Einzig der Kanton Genf kennt eine umfassende Regelung¹⁸³.

Am Vernehmlassungsentwurf wurde kritisiert, dass die Mediation zu wenig Beachtung gefunden habe. Der Bundesrat trägt dieser Kritik Rechnung: Zwar verzichtet er auf eine abschliessende Regelung, denn das Verfahren der Mediation sowie die fachlichen und persönlichen Anforderungen an den Mediator oder die Mediatorin können nicht Gegenstand einer Zivilprozessordnung sein. Eine abschliessende Regelung wurde in der Vernehmlassung grossmehrheitlich auch gar nicht gefordert. Hingegen wird das Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren geklärt, damit sie ihre Aufgabe – nachhaltige Konfliktlösung auch zur Entlastung der Gerichte – erfüllen kann. Den modernen nationalen und internationalen Entwicklungen folgend, räumt der Bundesrat der Mediation in *familienrechtlichen Streitigkeiten* besondere Bedeutung ein (vgl. die Erläuterungen zu Art. 215 und 292).

«Mediator» bzw. «Mediatorin» ist keine geschützte Berufsbezeichnung. Doch bestehen anerkannte Ausbildungsgänge, die mit einem entsprechenden Titel abgeschlossen werden können (so z.B. «Mediator/Mediatorin SAV», verliehen vom Schweizerischen Anwaltsverband, «Mediator/Mediatorin SDM-FSM», verliehen vom Schweizerischen Dachverband für Mediation oder «Mediator/Mediatorin SKWM», verliehen von der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation). Solche qualifizierten Vermittlerinnen und Vermittler stehen im Vordergrund, wenn

¹⁸² Vgl. Art. 33b VwVG; BBl 2005 4117.

¹⁸³ Loi sur la médiation civile (modifiant la loi de procédure civile, la loi d'organisation judiciaire et d'autres loi cantonales) adoptée par le Grand Conseil genevois le 28 octobre 2004, in Kraft seit dem 1. Januar 2005.

der Entwurf von Mediation spricht. Denkbar sind jedoch auch andere unabhängige Vertrauenspersonen der Parteien.

Nach dem Entwurf kann die Mediation im Zusammenhang mit einem Zivilprozess in zweifacher Hinsicht eine Rolle spielen:

- als Alternative zum Schlichtungsversuch (Art. 210);
- als Zwischenverfahren im Rahmen eines bereits laufenden Prozesses, sei es in erster oder zweiter Instanz (Art. 211).

Art. 210 Mediation statt Schlichtungsverfahren

Die Mediation ist eine gleichwertige Alternative des Schlichtungsverfahrens (*Abs. 1*; vgl. auch Ziff. 3.2.1). Doch müssen die Parteien sie gemeinsam beantragen, sei es bereits im Schlichtungsgesuch, sei es – etwa auf Empfehlung der Schlichtungsbehörde – am Schlichtungstermin (*Abs. 2*). Die Gemeinsamkeit des Antrags betont die *Freiwilligkeit* der Mediation. Bei der Wahl einer geeigneten Mediatorin oder eines geeigneten Mediators kann die Schlichtungsstelle den Parteien behilflich sein.

Wird der Mediationsantrag bereits im Schlichtungsgesuch gestellt, so braucht der Schlichtungstermin nicht durchgeführt zu werden; die Parteien können ohne weiteres die Vermittlung organisieren. Dennoch gilt das Schlichtungsgesuch als Klageanhebung. Es begründet somit Rechtshängigkeit (Art. 60) und wahrt bzw. unterbricht allfällige Verjährungs- und Verwirkungsfristen (Art. 141).

Jede Partei kann jederzeit einseitig auf die Fortsetzung der Mediation verzichten – auch dies eine Konsequenz der Freiwilligkeit des Verfahrens (*Abs. 3*). Es genügt, dass die Schlichtungsbehörde entsprechend orientiert wird. Alsdann wird der klagenden Partei – wie nach einem gescheiterten Schlichtungsversuch (Art. 206) – ohne weiteres die Klagebewilligung erteilt. Ein Urteilsvorschlag oder gar ein Entscheid kommt hier hingegen nicht in Frage.

Art. 211 Mediation im Entscheidverfahren

Auch nach Einreichung der Klage ist eine Mediation jederzeit möglich – sei es auf Empfehlung des Gerichts oder auf gemeinsamen Antrag der Parteien (*Abs. 1 und 2*). Sie beruht auch hier auf völliger Freiwilligkeit und kann daher jederzeit einseitig abgebrochen werden. Solange die Vermittlung jedoch dauert, bleibt das gerichtliche Verfahren sistiert (*Abs. 3*). Die Sistierung ändert jedoch nichts an der Rechthängigkeit der Streitsache und ihrer Wirkungen. Auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen bleibt trotz Sistierung möglich.

Art. 212 *Organisation und Durchführung der Mediation*

Weder die Schlichtungsbehörde noch das Gericht haben sich um die Organisation und Durchführung der Mediation zu kümmern (vgl. aber auch Art. 292 und 296 für Verfahren in Kinderbelangen). Der Mediator oder die Mediatorin wird somit nicht gerichtlich eingesetzt. Vielmehr obliegt es den Parteien, sich auf eine solche Person sowie auf das Prozedere zu einigen und einen entsprechenden Mediationsvertrag abzuschliessen. Die Behörden können die Interessierten aber sachdienlich informieren (z.B. durch Abgabe von Merkblättern). Im Strafprozess ist diese Parteiautonomie naturgemäss nicht derart ausgeprägt. Dort wird der Mediator oder die Mediatorin von der Staatsanwaltschaft beauftragt; entsprechend ist er oder sie der staatlichen

Behörde Rechenschaft schuldig (Art. 317 E-StPO). Zur privaten Organisationsautonomie gehört auch, dass grundsätzlich allein die Parteien für die *Kosten* der Mediation aufzukommen haben (vgl. Art. 215).

Art. 213 und 214

Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren;
Genehmigung einer Vereinbarung

Neben dem Kernelement der Freiwilligkeit zeichnet sich die Mediation durch *Unabhängigkeit* vom gerichtlichen Verfahren aus (*Art. 213 Abs. 1*). Weder das Gericht noch die Schlichtungsbehörde haben ein Weisungsrecht. Sodann darf, wer in einer Sache bereits als Vermittler oder Vermittlerin tätig war, später nicht als Gerichtsperson mitwirken (Art. 45). Die Mediatoren und Mediatorinnen sind weder der Schlichtungsbehörde noch dem Gericht rechenschaftspflichtig.

Vertraulichkeit der Mediation bedeutet, dass Äusserungen der Parteien ohne deren Einwilligung in einem späteren Gerichtsverfahren nicht verwendet werden dürfen (Verwertungsverbot; *Art. 213 Abs. 2*). Entsprechend haben Mediatorinnen und Mediatoren ein Verweigerungsrecht (Art. 163).

Es steht den Parteien frei, das Ergebnis der Mediation gerichtlich genehmigen zu lassen (Art. 214). Dabei spielt es keine Rolle, ob die einvernehmliche Lösung im Rahmen des Schlichtungs- oder des Entscheidverfahrens erzielt werden konnte. Nur die Genehmigungsinstanz ist je nachdem eine andere, nämlich entweder die befassete Schlichtungsbehörde oder das befassete Gericht. Durch die Homologierung erhält die getroffene Vereinbarung – wie ein gerichtlicher Vergleich – den Rang eines *vollstreckbaren Titels*. Zugleich schafft sie im Rahmen der Vereinbarung eine *res iudicata*. Zu beachten ist, dass auch der Genehmigungsantrag von allen Parteien gemeinsam zu stellen ist – auch dies als Konsequenz der Freiwilligkeit der Mediation. Ein einseitiger Antrag nur einer Partei genügt nicht.

Die Genehmigungsinstanz hat einzig zu prüfen, ob die Vereinbarung offensichtlich unangemessen ist oder gegen zwingendes Recht verstösst. Diese beschränkte Kognition folgt aus der Dispositionsmaxime (Art. 56 Abs. 1). Wenn die Vereinbarung nicht genehmigt werden kann, hat die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung zu erteilen bzw. das Gericht das Entscheidverfahren fortzusetzen.

Art. 215

Kosten der Mediation

Infolge ihrer Organisationsautonomie (Art. 212) tragen die Parteien die Kosten der Mediation grundsätzlich selber (*Abs. 1*). In diesem Sinne gibt es keinen allgemeinen Anspruch auf unentgeltliche Mediation.

Freilich kennt der Entwurf auch Ausnahmen (*Abs. 2*): In kindesrechtlichen Angelegenheiten, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind (z.B. Streitigkeiten über das Besuchsrecht oder über die Zuteilung der elterlichen Sorge), ist unter bestimmten Voraussetzungen eine unentgeltliche Mediation zu bewilligen. Diese oft sehr heiklen Angelegenheiten verdienen eine privilegierte Behandlung, denn bei ihnen ist die Aufrechterhaltung der Kommunikation zwischen den Parteien von grösster Bedeutung. Bei internationalen Ehen vermag die Mediation auch drohenden Kindsentführungen entgegenwirken oder Rückführungen zu erleichtern (vgl. Art. 298). Der Entwurf nennt zwei Voraussetzungen der Unentgeltlichkeit:

- Erstens müssen die Parteien im prozessrechtlichen Sinne mittellos sein; diesbezüglich gilt dasselbe wie für die unentgeltliche Rechtspflege (*Bst. a*; vgl. auch Art 115 Bst. a).
- Zweitens muss das Gericht die Mediation empfehlen (*Bst. b*). Dies wird es nur tun, wenn es zum Schluss kommt, dass die Vermittlung im konkreten Fall geeignet ist, eine nachhaltige Lösung zu erzielen.

Wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Kostenbefreiung nicht endgültig, sondern steht unter dem Nachforderungsrecht des Kantons (Art. 121). Der (bundesrechtliche) Anspruch auf unentgeltliche Mediation versteht sich als Minimum (*Abs. 3*). Die Kantone sind frei, weitere Kostenerleichterungen zu gewähren.

5.15 Das ordentliche Verfahren

Art. 216 Geltungsbereich

Der ordentliche Prozess ist das *Grundverfahren* des Entwurfs. Seine Regeln gelten daher nicht nur für die Streitigkeiten, die tatsächlich in diesem Verfahren abzuwickeln sind, sondern sinngemäss auch für alle anderen Prozessarten. Abweichungen können sich direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein.

Der ordentliche Prozess spielt namentlich in folgenden Fällen:

- In vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als 30 000 Franken (vgl. Art. 239);
- in Streitigkeiten, welche in die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Gerichte fallen (Art. 5–7), insbesondere also aus geistigem Eigentum, Wettbewerbs- und Handelsrecht;
- in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, die nicht dem vereinfachten Verfahren zugewiesen sind.

Das Grundverfahren entspricht dem klassischen Bild eines Zivilprozesses (vgl. Ziff. 3.2.2): Es herrscht die Verhandlungsmaxime (Art. 53 Abs. 1) und das Gericht beschränkt sich im Wesentlichen auf die formelle Prozessleitung. Bei der konkreten Ausgestaltung knüpft der Bundesrat im Wesentlichen am Vorentwurf an – allerdings mit einem bedeutsamen Unterschied: Als Regel wird nur ein einfacher Schriftenwechsel vorgesehen, bevor es zu einer ersten mündlichen Verhandlung kommt. Das Prinzip des doppelten Schriftenwechsels (vgl. Art. 214 VE) wurde in Vernehmlassung als viel zu schwerfällig kritisiert.

Art. 217–220 Klage und Klageantwort

Der Prozess vor dem urteilenden Gericht beginnt mit Einreichung der *Klage* (*Art. 217*). Die Klageeinreichung kann zugleich die Rechtshängigkeit begründen, doch wird diese in der Regel schon früher eingetreten sein (mit dem Schlichtungsgesuch, vgl. die Erläuterungen zu Art. 60). Die Klage ist als Rechtsschrift abzufassen (*Art. 218*), wobei der Entwurf in Bezug auf die Formalitäten und den notwendigen Inhalt gängiges Prozessrecht übernimmt. Auch rechtliche Erwägungen können

nützlich sein, obwohl die Gerichte das Recht kennen und von Amtes wegen anzuwenden haben (Art. 55).

Die beklagte Partei kann zur Klage schriftlich Stellung nehmen (*Klageantwort*; Art. 219 Abs. 1). Die Antwortfrist hat dem Umfang der Klageschrift und der Komplexität der Streitsache Rechnung zu tragen. Als gerichtliche Frist kann sie erstreckt werden (Art. 142). Für die Formalitäten der Klageantwort gilt dasselbe wie bei der Klage. Inhaltlich hat die beklagte Partei insbesondere darzulegen, ob und inwiefern sie die Behauptungen der klagenden Partei bestreitet (Art. 219 Abs. 2). Die Bestreitung hat demnach substantiiert zu erfolgen; pauschale Erklärungen genügen nicht (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 148)¹⁸⁴. Im Rahmen der Prozessleitung (Art. 123) kann das Gericht die Klageantwort vorderhand auf einzelne Punkte beschränken (Art. 219 Abs. 3; z.B. auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit oder auf die Verjährung)¹⁸⁵.

Die Klageantwort wird der klagenden Partei zugestellt (Art. 219 Abs. 4), sei es zur blossen Kenntnisnahme, sei es – ausnahmsweise – zur schriftlichen Replik (Art. 222). Bei *Säumnis* (Art. 145) erhält die beklagte Partei eine kurze Nachfrist für ihre Antwort (Art. 220). Das Verfahren nimmt also nicht einfach seinen Fortgang (etwa durch Ansetzen der Hauptverhandlung oder gar unmittelbar durch einen Säumnisentscheid). Die damit verbundene Verzögerung ist gerechtfertigt, weil es sich bei der Klageantwort um eine ganz entscheidende Parteiäusserung handelt.

Art. 221 Widerklage

Die beklagte Partei braucht sich nicht auf die Bekämpfung der Klage zu beschränken. Vielmehr kann sie der klagenden Partei *eigene Ansprüche* entgegen stellen und Widerklage erheben. Die Widerklage ist eine selbstständige Klage. Sie bleibt bestehen, auch wenn die Klage zurückgezogen oder darauf nicht eingetreten wird.

Dank Klage und Widerklage können Ansprüche und Gegenansprüche der Parteien in einem einzigen Prozess behandelt werden. Insofern dient die Widerklage der Prozessökonomie. Dem Gericht bleibt es unbenommen, die Klagen separat zu behandeln (Art. 123).

Die Widerklage ist gewöhnlich an drei Voraussetzungen geknüpft:

- Erstens ist sie nur zulässig, wenn für sie die *gleiche Prozessart* wie für die Hauptklage anwendbar ist (Abs. 1). Gilt für die Hauptklage beispielsweise das vereinfachte Verfahren (Art. 239), so kann keine Widerklage erhoben werden, die ins ordentliche Verfahren gehört. Dies gilt vollumfänglich auch nach dem Entwurf.
- Als zweite Voraussetzung hatte der Vorentwurf einen *sachlichen Zusammenhang* (Konnexität) von Klage und Widerklage verlangt (Art. 80 VE). Der Entwurf differenziert diesbezüglich: Konnexität der Widerklage ist nur notwendig, wenn der Gerichtsstand für sie einzig mit Artikel 13 begründet werden kann. Ergibt sich der Gerichtsstand der Widerklage jedoch zusätzlich aus einer anderen Gerichtsstandsnorm oder aus einer Gerichtsstandsklausel, so dürfen beim Hauptklagegericht auch sachfremde Gegenansprüche geltend gemacht werden.

¹⁸⁴ Vgl. BGE 117 II 113.

¹⁸⁵ Vgl. z.B. Art. 168 f. ZPO/BE, § 202 Abs. 2 ZPO/LU, § 138 ZPO/SO.

- Wie schon im Vorentwurf wird nicht verlangt, dass das Hauptklagegericht für die Widerklage *sachlich zuständig* sein muss. Vielmehr werden Klage und Widerklage an das Gericht mit der grösseren Spruchkompetenz überwiesen, wenn der Streitwert des Widerklagebegehrens die Zuständigkeit des Hauptklagegerichts übersteigt (*Abs. 2*). Diese Überweisung entspricht einem Anliegen der Vernehmlassung. Selbstverständlich kann sie nur stattfinden, wenn die Klägerin dadurch keine Instanz verliert. So darf in einem Prozess, der bei einem unteren kantonalen Gericht hängig ist, keine Widerklage erhoben werden, die in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz – etwa des Handelsgerichts (Art. 6) – fällt.

Absatz 3 schliesslich verbietet die sog. Wider-Widerklage, denn der Prozess würde sonst zu kompliziert.

Art. 222 und 223 Zweiter Schriftenwechsel und Instruktionsverhandlung

Nach Durchführung des Schriftenwechsels (Klage und Klageantwort) hat das Gericht grundsätzlich eine Verhandlung durchzuführen. Das kann bereits die Hauptverhandlung oder aber zunächst ein spezieller Vorbereitungs Termin sein (Instruktionsverhandlung). Die damit verbundene Vereinfachung und Beschleunigung des ordentlichen Prozesses entspricht einem Anliegen der Vernehmlassung.

Ein zweiter Schriftenwechsel – also eine schriftliche Replik und Duplik – hat demnach die Ausnahme zu bleiben (*Art. 222*). In komplexen Fällen beispielsweise ist er aber durchaus sinnvoll. Eine *Instruktionsverhandlung* hingegen kann sich immer empfehlen, so ganz gezielt für Vergleichsverhandlungen (in der Art der heutigen Referentenaudienzen), für die Aufbereitung und Komplettierung des Sachverhaltes und des Beweisangebotes oder sogar für eine erste Beweisabnahme (*Art. 223*). Gerade einem Kollegialgericht mag eine Instruktionsverhandlung Erleichterung bringen, denn sie braucht nicht vom Gesamtgericht, sondern darf von einem delegierten Mitglied («Instruktionsrichter» oder «Instruktionsrichterin») durchgeführt werden (*Art. 122 Abs. 2, 152*).

Art. 224–230 Hauptverhandlung

Die Hauptverhandlung beginnt mit den sog. *ersten Parteivorträgen* (*Art. 224*). Dabei können die Parteien auch neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen (*Art. 225 Abs. 1*). In Bezug auf dieses sog. *Novenrecht* – eine absolute Kernfrage des Prozessrechts – ist der Entwurf also offener als der Vorentwurf: Danach hätten die Parteien alle möglicherweise relevanten Tatsachen und Beweismittel bereits während des Schriftenwechsels nennen müssen. Dieses frühe Einsetzen der sog. *Eventualmaxime* – verbunden mit der Gefahr einer Aufblähung der Rechtsschriften – wurde in der Vernehmlassung kritisiert (vgl. *Art. 215 Abs. 1 VE*).

Nach den ersten Parteivorträgen geht der Prozess vom *Behauptungsstadium* (Sammlung des Prozessstoffes) ins *Beweisstadium* über. Ab diesem Zeitpunkt ist für die Zulässigkeit der *Noven* ein strengerer Massstab anzulegen, soll das Verfahren beförderlich durchgeführt werden (*Art. 225 Abs. 2*). Ein absoluter Ausschluss wäre jedoch auch jetzt unverhältnismässig: *Echte Noven*¹⁸⁶ dürfen weiterhin vorgebracht werden. Die Weiterentwicklungen des Lebenssachverhaltes, welcher der Klage zu Grunde

¹⁸⁶ Tatsachen, die erst nach den ersten Parteivorträgen entstehen.

liegt, muss berücksichtigt werden können, sonst führt der Prozess an der materiellen Wahrheit vorbei. *Unechte Noven*¹⁸⁷ hingegen sind grundsätzlich unzulässig. Für alle (zulässigen) Noven gilt jedoch, dass sie jeweils *sofort vorzubringen* sind – zur Vermeidung dilatorischen Taktierens. Keine Beschränkung kennen demgegenüber jene Verfahren, die von der *Untersuchungsmaxime* beherrscht werden. Dort können neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung eingebracht werden (*Art. 225 Abs. 3*). Verspätetes Vorbringen ist jedoch mit Kostenaufgabe zu sanktionieren (*Art. 106*). Insgesamt ist das Novenrecht des Entwurfs somit ein Kompromiss zwischen Verfahrensstrenge und Streben nach materieller Wahrheit. Viele Kantone kennen ähnliche Regelungen.

Der Vorentwurf liess neue Tatsachen und Beweismittel ferner zu, wenn sie durch die Ausübung des gerichtlichen Fragerechts veranlasst worden sind (*Art. 215 Abs. 2 VE*). Dies hätte im ordentlichen Verfahren *de facto* zur Abschaffung des Verhandlungsgrundsatzes geführt, wie in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert wurde. Auch die Variante, wonach ein Novum – ob echt oder unecht – immer berücksichtigt werden kann, wenn es durch Urkunden sofort beweisbar ist, stiess in der Vernehmlassung auf starke Ablehnung – zu gross wäre die Gefahr taktischer Überraschungsmanöver.

Mit dem Novenrecht in Zusammenhang steht die ebenfalls zentrale Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien ihre Rechtsbegehren ändern oder sogar neue Anträge stellen dürfen (sog. *Klageänderung*). Auch diesbezüglich folgt der Entwurf einer vermittelnden Lösung.

- Bis und mit den ersten Parteivorträgen in der Hauptverhandlung ist eine Klageänderung ohne weiteres möglich: Es genügt, dass der neue oder geänderte Anspruch mit dem bisherigen *konnex* ist und in der *gleichen Verfahrensart* zu beurteilen ist (*Art. 226 Abs. 1*).
- Danach bleibt die Klageänderung zwar ebenfalls möglich, doch muss sie zudem entweder die Folge *zulässiger Noven* sein oder mit *Zustimmung* der Gegenpartei erfolgen (*Art. 226 Abs. 2*).
- Jederzeit zulässig ist eine Beschränkung der Klage (*Art. 226 Abs. 4*).

Nach dem Vorentwurf durfte die Klage ausserdem nur im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit des befassten Gerichts geändert werden (*Art. 216 VE*). Der Entwurf verzichtet auf diese Voraussetzung und sieht – wie bei der Widerklage (*Art. 221 Abs. 2*) – gegebenenfalls die Überweisung des Prozesses an das Gericht mit der höheren Spruchkompetenz vor (*Art. 226 Abs. 3*).

Nach den ersten Parteivorträgen kommt es zur *Beweisabnahme* (*Art. 227*). Die Beweisführung geschieht somit in der Regel an der Hauptverhandlung. Dies ist jedoch nicht zwingend, denn je nach Sachlage können schon vorher Beweise abgenommen werden, sei es vorsorglich (*Art. 155*), sei es im Rahmen einer Instruktionsverhandlung (*Art. 223*). Immer jedoch hat das Gericht bekannt zu geben, welche Tatsachen durch welche Partei zu beweisen sind, inwiefern die Gegenpartei zum Gegenbeweis zugelassen ist und mit welchen Mitteln Beweis zu erbringen ist. Diese sog. *Beweisverfügung* kann unmittelbar an der Hauptverhandlung selbst erlassen werden; oft empfiehlt sich jedoch eine vorgängige Zustellung an die Parteien. Als prozessleitende Verfügung braucht sie nicht begründet zu werden und kann vom

¹⁸⁷ Tatsachen, die bereits bei den ersten Parteivorträgen vorhanden waren.

Gericht jederzeit ergänzt oder abgeändert werden (zu ihrer beschränkten Anfechtbarkeit vgl. die Erläuterungen zu Art. 316).

Der Vorentwurf hatte zudem eine qualifizierte Beweisverfügung vorgesehen, wonach die Parteien im Rahmen der sog. Beweisantretungsschriften ihre Beweismittel den beweisbedürftigen Tatsachen hätten zuordnen müssen (Art. 219 VE). Dieser zusätzliche Schriftenwechsel stiess in der Vernehmlassung auf starke Kritik. Der Entwurf verzichtet darauf, denn die entsprechenden Zuordnungen erfolgen ja bereits in der Klage und der Klageantwort (Art. 218 Abs. 1 Bst. e).

Nach der Beweisabnahme können die Parteien in ihren *Schlussvorträgen* zur Sache Stellung zu nehmen (Art. 228). Dabei haben sie grundsätzlich die Wahl, ob sie ihre Plädoyers *mündlich* halten oder aber dem Gericht *schriftlich* einreichen wollen. Der Verzicht auf mündliche Plädoyers setzt einen gemeinsamen Parteienantrag voraus. In beiden Fällen haben die Parteien Anrecht auf Replik und Duplik. Werden die Plädoyers mündlich gehalten, so ist die Abgabe zusätzlicher «Plädoyernotizen» unzulässig (vgl. demgegenüber Art. 223 Abs. 3 VE).

Zur Beschleunigung des Verfahrens können die Parteien jedoch nicht nur auf die Schlussvorträge, sondern sogar auf die Durchführung der Hauptverhandlung selbst verzichten (Art. 229). Dies kommt etwa in Frage, wenn keine Beweisführung nötig ist. Wiederum setzt der Verzicht einen gemeinsamen Parteienantrag voraus. Das Gericht ist grundsätzlich daran gebunden: Nur im Bereich der *Offizialmaxime* darf es die Parteien gleichwohl vorladen (Art. 291).

Bei *Säumnis* der Parteien an der Hauptverhandlung sieht der Entwurf eine differenzierte Regelung vor, je nachdem, ob nur eine oder beide Parteien säumig sind (Art. 230). Zu beachten ist, dass bei Ausbleiben einer Partei keine zweite Vorladung folgt, sondern die Säumnisfolgen sofort eintreten. Säumnis darf – Wiederherstellung vorbehalten – den Prozess grundsätzlich nicht aufhalten (Art. 145).

- Bei Säumnis nur *einer Partei* darf das Gericht nicht einfach nur die Vorbringen der anwesenden Partei berücksichtigen (Art. 230 Abs. 1). Vielmehr sind auch die (form- und fristgerechten) Eingaben der abwesenden Partei zu beachten. Zudem darf das Gericht sogar Beweis über formell Unbestrittenes führen, wenn es an den Angaben der anwesenden Partei ernstlich zweifelt (Art. 151). Bei Säumnis nur einer Partei kommt es somit stets zum Entscheid – auch wenn die Klägerin unentschuldigt fernbleibt. Diesfalls wird nicht etwa ein Rückzug der Klage (mit Abstandsfolge) fingiert.
- Anders sieht es aus, wenn *beide Parteien* unentschuldigt fernbleiben. Hier fällt der Termin dahin und die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt (Art. 230 Abs. 2). Die Abschreibung des Prozesses hat keine materielle Rechtskraft (vgl. Art. 238).

Art. 231 Protokoll

Über jede Instruktions- und Hauptverhandlung ist *Protokoll* zu führen. Die Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf Aktenvollständigkeit (Art. 51). Das Protokoll hat deshalb die wesentlichen Vorgänge (den formellen Ablauf des Verfahrens) festzuhalten. Anträge und qualifizierte Erklärungen der Parteien sowie prozessleitende Verfügungen sind wortwörtlich aufzunehmen. Ausführungen tatsächlicher Natur hingegen brauchen nur dem wesentlichen Inhalt nach protokolliert zu werden, doch auch dies nur dann, wenn sich die Fakten nicht bereits anderweitig aus den Akten

ergeben (z.B. aus den Rechtsschriften, Beilagen oder Beweisprotokollen; vgl. auch Art. 112 BGG). Somit braucht das Gericht weder Vergleichsverhandlungen noch Parteivorträge mitzuschreiben oder aufzuzeichnen. Auch rechtliche Erwägungen im mündlichen Vortrag der Parteien müssen nicht protokolliert werden. In der Wahl der technischen Hilfsmittel ist das Gericht frei, solange den Parteien der Zugang zum Aufgezeichneten gewährleistet bleibt (Recht auf Akteneinsicht). Anders als der Vorentwurf sieht der Entwurf auch die Protokollberichtigung ausdrücklich vor: Das Gericht entscheidet über entsprechende Begehren in Form einer prozessleitenden Verfügung.

Art. 232–236 Entscheid

Nach den Schlussvorträgen tritt der Prozess in das sog. *Urteilsstadium*: Das Gericht urteilt in der Sache selbst (Sachentscheid; z.B. Verurteilung des Beklagten, eine bestimmte Geldsumme zu bezahlen), oder es tritt auf die Klage nicht ein (Prozessentscheid, z.B. bei fehlender Zuständigkeit). In beiden Fällen ist das Verfahren vor der befassten Instanz abgeschlossen, weshalb der Entwurf – in Übereinstimmung mit der Bundesrechtspflege (Art. 90 BGG) – von *Endentscheid* spricht (*Art. 232 Abs. 1*). Die kantonalen Bezeichnung dafür sind vielfältig (z.B. Urteil, Entscheid, Verfügung usw.). Künftig wird es genügen, einfach und verkürzend von «Entscheid» zu sprechen.

Ein Kollegialgericht urteilt – nach öffentlicher Urteilsberatung (Art. 52) – durch Mehrheitsentscheid (*Art. 232 Abs. 2*). Jedes Mitglied hat dabei seine Stimme abzugeben; Stimmhaltung ist ausgeschlossen.

In seinem Entscheid kann das Gericht zugleich *Vollstreckungsmassnahmen* anordnen (*Art. 232 Abs. 3*). Zu denken ist z.B. an die Ansetzung einer Frist zur Herausgabe einer widerrechtlich vorenthaltenen Sache, verbunden mit dem Auftrag an die Polizei zur zwangsweisen Wegnahme, falls die beklagte Partei dem Urteil nicht nachlebt. Dadurch kann der Entscheid vollstreckt werden, ohne dass die obsiegende Partei zuvor noch ein separates Vollstreckungsgesuch stellen müsste (*direkte Vollstreckung* nach Art. 335).

Der Endentscheid beantwortet ein hängiges Rechtsbegehren vollständig und abschliessend. Ausnahmsweise kann es jedoch sinnvoll sein, in Form eines sog. *Zwischenentscheid*s zunächst nur auf einen Teilaspekt des Rechtsbegehrens einzutreten (z.B. auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit für die Klage oder der Verjährung des geltend gemachten Anspruchs; *Art. 233 Abs. 1*). Voraussetzung ist jedoch, dass der Prozess dadurch vereinfacht wird (vgl. auch Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG). So kann das erstinstanzliche Gericht z.B. in einem komplizierten Haftpflichtprozess durch Zwischenentscheid seine örtliche Zuständigkeit bejahen. Wird dieser Entscheid angefochten und ist die Rechtsmittelinstanz anderer Meinung (Verneinung der Zuständigkeit), kann sie den Prozess durch Nichteintreten (Endentscheid) abschliessen, ohne dass in der Sache selbst ein ausgedehnter Schriftenwechsel oder gar ein aufwändiges Beweisverfahren hätte stattfinden müssen (Art. 219 Abs. 3). Gleiches gilt, wenn die erste Instanz den Prozess zunächst auf die Frage der Verjährung des Anspruchs beschränkt und diese durch Zwischenentscheid verneint. Auch hier führt eine abweichende Beurteilung durch die zweite Instanz zu einem Endentscheid (Abweisung der Klage). Wird der Zwischenentscheid nicht angefochten, so darf die betreffende Frage bei einer späteren Anfechtung des Endentscheids nicht mehr aufgeworfen werden (*Art. 233 Abs. 2*).

Von einem Zwischenentscheid ist der *Teilentscheid* zu unterscheiden. Ein solcher liegt vor, wenn – bei objektiver Klagenhäufung – das Gericht zunächst nur einen Teil der mehreren Rechtsbegehren beantwortet (Art. 123) oder – bei subjektiver Klagenhäufung (Streitgenossenschaft) – den Prozess zunächst in Bezug auf nur einen oder einzelne der Streitgenossen entscheidet (vgl. auch Art. 91 BGG). Solche Teilentscheide sind zugleich Endentscheide, denn sie schliessen die Instanz für das betreffende Rechtsbegehren bzw. für den betreffenden Streitgenossen ab. Deswegen brauchen sie im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt zu werden. Von den Zwischenentscheiden abzugrenzen sind schliesslich die *prozessleitenden Verfügungen* und andere *Inzidenzentscheide* des Gerichts: Diese betreffen nicht den Streitgegenstand an sich, sondern die formelle Gestaltung und den Ablauf des Prozesses (vgl. die Erläuterungen zu Art. 316).

Die Vorgaben des Entwurfs in Bezug auf *Inhalt und Aufbau eines Entscheides* entsprechen gängigem Prozessrecht (Art. 234). Von grösster praktischer Bedeutung ist dabei die Frage, ob der Entscheid *schriftlich begründet* werden muss. Der Vorentwurf schrieb dies grundsätzlich vor. Nur bei Verzicht der Parteien auf das Rechtsmittel war eine schriftliche Begründung entbehrlich (Art. 231 f. VE). Dieser Vorschlag stiess in der Vernehmlassung auf starke Kritik: Aus reinem Stillschweigen (Passivität) der Parteien dürfe den Gerichten kein derartiger Aufwand entstehen. Der Entwurf trägt diesen Einwänden Rechnung:

- Grundsätzlich darf das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen (Art. 235 Abs. 1). Es kann sich darauf beschränken, den Parteien das *schriftliche Entscheiddispositiv* auszuhändigen, und zwar unmittelbar an der Hauptverhandlung selbst (wenn der Entscheid mündlich eröffnet und auch kurz mündlich begründet wird) oder nachträglich durch formelle Zustellung (Art. 136 f.).
- Eine schriftliche Begründung ist aber unter gewissen Voraussetzungen nachzuliefern (Art. 235 Abs. 2): Zum einen, wenn es eine Partei innert zehn Tagen nach der Eröffnung verlangt (etwa zwecks internationaler Vollstreckung oder zwecks Rückgriffs auf eine Drittperson). Zudem wird ein schriftliches Entscheidungsmotiv unerlässlich, wenn eine Partei Berufung oder Beschwerde erhebt.
- Unterliegt der Entscheid einer *Beschwerde an das Bundesgericht*, bleiben die besonderen Anforderungen des Bundesgerichtsgesetzes vorbehalten (Art. 235 Abs. 3; vgl. Art. 112 BGG). Dieser Vorbehalt richtet sich an die Gerichte, welche als einzige kantonale Instanzen entscheiden (Art. 5–7; für die Entscheide der Rechtsmittelinstanzen vgl. Art. 315 Abs. 2 und 325 Abs. 5).

Doch kann es indessen effizienter sein, wenn das Gericht von allem Anfang an eine schriftliche Begründung liefert. Zu denken ist an Entscheide des *summarischen Verfahrens*: Dort darf die Begründung sehr knapp gehalten werden, weshalb den Gerichten kein grosser Aufwand entsteht (vgl. die Erläuterungen zu Art. 252). Zudem wird dadurch das Rechtsmittelverfahren vereinfacht und abgekürzt (vgl. die Erläuterungen zu 308 und 319).

Der Vorentwurf hatte eine Reduktion der Entscheidgebühr um mindestens einen Drittel vorgesehen, wenn die Parteien auf eine schriftliche Begründung verzichten (Art. 231 VE). Eine solche Bestimmung ist problematisch: Indirekt bestraft sie die (unterlegene) Partei dafür, dass sie wissen will, weshalb sie den Prozess verloren

hat. Zudem würde ein solcher Rabatt in die Tarifhoheit der Kantone eingreifen (Art. 94).

In der Regel werden die Entscheide nur den Parteien (und Nebenparteien) zugestellt. Der Entwurf behält die Mitteilung an Behörden und Dritte sowie die Veröffentlichung vor, sofern das Gesetz es bestimmt oder es der Vollstreckung dient (Art. 236; vgl. z.B. Art. 28a Abs. 2 ZGB, 40 und 42 ZStV¹⁸⁸, 60 Abs. 3 PatG oder 176 SchKG).

Der Vorentwurf hielt überdies fest, wann ein Entscheid *formell rechtskräftig* wird (vgl. Art. 234 VE). Der Entwurf verzichtet darauf, denn die formelle Rechtskraft ergibt sich ohne weiteres aus dem System der Rechtsmittel. Die Definition der materiellen Rechtskraft kann – wie bisher – Lehre und Rechtsprechung überlassen werden.

Art. 237 und 238 Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid

Ein Prozess wird nicht immer durch Entscheid beendet. Vielmehr können sich die Parteien auch noch im Erkenntnisverfahren einigen (Art. 122). Ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug beenden den Prozess unmittelbar (Art. 237). Er wird gegenstandslos und der guten Ordnung halber abgeschrieben. Die genannten Dispositionsakte der Parteien haben – als sog. *Urteilssurrogate* – Rechtskraftwirkung und sind wie Entscheide vollstreckbar (vgl. auch Art. 205 Abs. 2 für das Schlichtungsverfahren und Art. 214 für die Mediation). Davon ausgenommen ist nur ein Klagerückzug, wenn er mit Zustimmung der Gegenpartei geschieht (vgl. Art. 63).

Doch nicht nur Parteidispositionen, sondern auch andere Gründe können den Prozess gegenstandslos werden lassen (Art. 238). Zu denken ist beispielsweise an beidseitige Säumnis der Parteien an der Hauptverhandlung, an den Tod einer Partei während eines Scheidungsverfahrens, an den Untergang des Streitobjekts, an die Aufhebung der Betreibung während eines Widerspruchsprozesses usw. Auch in solchen Fällen wird das Verfahren abgeschrieben – freilich ohne Rechtskraftwirkung für die betroffenen Ansprüche.

5.16 Das vereinfachte Verfahren

Während der ordentliche Prozess grösseren Fällen vorbehalten ist, wird das vereinfachte Verfahren – neben dem summarischen – den *Gerichtsallday* bestimmen (vgl. Ziff. 2.2 und 3.2.2). Wie dem ordentlichen Verfahren geht ihm grundsätzlich ein Schlichtungsversuch voraus (Art. 194); und wie das ordentliche ist es ein *einlässliches* Verfahren, denn es kennt weder Beweis- noch Kognitionsbeschränkungen. Seine Merkmale sind vielmehr: Vereinfachte Formen (Art. 240), vorherrschende Mündlichkeit (Art. 241), verstärkte Mitwirkung des Gerichts (Art. 243), Beschleunigung (Art. 242), offenes Novenrecht (Art. 243 i.V.m. 225) sowie teilweise auch Kostenerleichterungen (Art. 111 f.). Das vereinfachte Verfahren ist ökonomisch und sozial zugleich: Es spielt in Angelegenheiten, für die der ordentliche Prozess zu schwer wäre, wobei die besonderen Eigenschaften vor allem der sozial schwächeren

¹⁸⁸ Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2).

Partei zu Gute kommen sollen («sozialer Zivilprozess»). Ausserdem machen sie den Prozess laienfreundlich.

Das vereinfachte Verfahren lehnt sich an entsprechende kantonale Regelungen an. Es ist der Nachfolger des sog. *einfachen und raschen Verfahrens*, das der Bund den Kantonen bereits heute punktuell vorschreibt (z.B. im Unterhalts-, Arbeits-, Miet- und Konsumentenrecht). Die vielen verstreuten Bestimmungen im materiellen Bundesprivatrecht können daher bereinigt werden (vgl. im Anhang Ziff. 1 [Art. 12 GlG], Ziff. 5 [Art. 274–274g, 301 und 343 OR], Ziff. 7 [Art. 47 und 48 LPG], Ziff. 14 [Art. 15 Abs. 4 DSG], Ziff. 15 [Art. 13 UWG], Ziff. 26 [Art. 15 Abs. 3 Mitwirkungsgesetz], Ziff. 27 [Art. 10 und 23 AVG], Ziff. 30 [Art. 85 Abs. 2 VAG]).

Art. 239 Geltungsbereich

Zunächst fallen *sämtliche vermögensrechtlichen Streitigkeiten* darunter, solange sie einen bestimmten Streitwert nicht überschreiten (*Abs. 1*). Der Vorentwurf hatte die Grenze bei 20 000 Franken gezogen (Art. 237 Bst. g VE), was in der Vernehmlassung als zu tief kritisiert wurde. Daher wird sie erhöht und – nach dem geltenden arbeitsrechtlichen Vorbild (Art. 343 OR) – einheitlich auf *30 000 Franken* festgesetzt. Bis zu diesem Wert gilt der einfache Prozess somit beispielsweise für:

- sachen- und erbrechtliche Angelegenheiten;
- gewöhnliche Forderungsstreitigkeiten aus OR;
- arbeitsrechtliche Ansprüche (entspricht dem geltenden Recht);
- miet- und pachtrechtliche Streitigkeiten. Diese werden somit gleich wie das Arbeitsrecht behandelt – im Unterschied zum geltenden Recht, das Miete und Pacht streitwertunabhängig privilegiert (Art. 274d Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 237 Bst. a VE). Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wie in der Vernehmlassung geltend gemacht wurde;
- konsumentenrechtliche Streitigkeiten (vgl. Art. 31). Nach geltendem Recht spielt das einfache und rasche Verfahren dort nur bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken¹⁸⁹;
- Streitigkeiten aus dem SchKG (z.B. Aberkennungs-, Widerspruchs-, Kollokations- und Arrestprosequierungsklagen).

Besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts werden dem vereinfachten Verfahren hingegen auch künftig *ohne Rücksicht auf den Streitwert* zugewiesen (*Abs. 2*). Der Entwurf nennt die privilegierten Materien abschliessend:

- Hinsichtlich der Angelegenheiten nach dem Gleichstellungs-, Datenschutz-, Mitwirkungs- und Krankenversicherungsgesetz (*Bst. a, d, e und f*) wird geltendes Recht übernommen.

¹⁸⁹ Vgl. Verordnung vom 7. März 2003 über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs (SR 944.8).

- *Buchstabe b* entspricht einer kürzlichen Revision des ZGB (Gewalt, Drohung oder Nachstellung im Familienkreis und in der Partnerschaft)¹⁹⁰.
- Für das Miet- und Pachtrecht spielt zwar grundsätzlich die Streitwertgrenze nach Absatz 1; im Kernbereich des Mieterschutzes (Kündigungsschutz und Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen) soll aber weiterhin eine Ausnahme gelten (*Bst. c*).
- Streitwertunabhängig gilt das vereinfachte Verfahren schliesslich für die selbstständigen Klagen in Kinderbelangen (Art. 290), insbesondere also für eine Unterhaltsklage des Kindes gegen seine Eltern sowie für Klagen aus der Unterstützungspflicht der Verwandten (vgl. Art. 329 Absatz 3 ZGB). Auch dies entspricht geltendem Recht.

Das vereinfachte Verfahren ist eine typische Prozessform für untere kantonale Gerichte. Gerade ein Einzelrichter oder eine Einzelrichterin vermag die erweiterten Kompetenzen in der (materiellen) Prozessleitung am besten zu nutzen. Nicht zur Anwendung kommt es vor der einzigen kantonalen Instanz oder vor dem Handelsgesicht (*Abs. 3*): Die dortigen Streitigkeiten und Verfahren sind meist ohnehin zu komplex.

Art. 240 und 241 Vereinfachte Klage und Stellungnahme der Gegenpartei

Anders als im ordentlichen Verfahren wird als Klage keine Rechtsschrift im eigentlichen Sinne verlangt. Wie schon zuvor beim Schlichtungsgesuch (Art. 199 Abs. 2) genügt es, dass der Streit definiert werden kann (*Art. 240 Abs. 1*). Anzugeben sind die Parteien, das Rechtsbegehren bzw. der Streitgegenstand sowie der Streitwert. Nicht erforderlich ist dagegen eine Substantiierung der Klage (*Art. 240 Abs. 2*): Die Klage braucht weder tatsächliche noch rechtliche Ausführungen zu enthalten, ebenso wenig muss die klagende Partei eine Zuordnung der beantragten Beweismittel zu den jeweiligen Behauptungen vornehmen (vgl. demgegenüber Art. 218 Abs. 1).

Doch nicht nur inhaltlich, auch in der Form ist die Klage vereinfacht: Sie darf dem Gericht sogar *mündlich* eingereicht werden (Vorsprache auf der Gerichtskanzlei; *Art. 240 Abs. 1 Satz 1*). Diese Möglichkeit kennt das kantonale Prozessrecht teilweise bereits heute. Ausserdem wird der Bundesrat ein laientaugliches Formular zur Verfügung stellen (Art. 398 Abs. 2). In der Vernehmlassung wurde eine solche «Formularklage» begrüsst, doch wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass sie eine mündliche Klageerhebung nicht ersetzen kann.

Die Klage wird der beklagten Partei zugestellt – aber nicht zur Beantwortung, sondern nur zur Kenntnis (*Art. 241 Abs. 1*). Die Parteien werden unmittelbar zu einer Verhandlung vorgeladen, an der sie Klage und Klageantwort mündlich substantiieren können. Auf diese Weise kann das Behauptungsstadium des Prozesses vollständig mündlich ablaufen.

Die genannten Vereinfachungen sind jedoch nur *Optionen* für die klagende Partei. Es steht ihr frei, stattdessen eine vollständige und begründete Klageschrift (Art. 218) einzureichen. Dann beginnt das vereinfachte Verfahren gleich wie das ordentliche:

¹⁹⁰ Vgl. den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 18. August 2005 betreffend die Parlamentarische Initiative, Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, BBl 2005 6871 ff. sowie den Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohung oder Nachstellung), BBl 2005 6895 f.

Der beklagten Partei wird Frist zur schriftlichen (und substantiierten) Klageantwort gesetzt (*Art. 241 Abs. 2*). Eine vollständige Klageschrift ist in rechtlich oder tatsächlich schwierigen Fällen sinnvoll, die im vereinfachten Verfahren durchaus auftreten können.

Art. 242 und 243

Prozessleitende Verfügungen und Feststellung des Sachverhalts

Formerleichterungen und Mündlichkeit sollen das Verfahren auch beschleunigen: Idealerweise ist der Prozess am ersten Termin abzuschliessen (*Art. 242 Abs. 1*). Dem Bundesrat ist bewusst, dass dies ein hochgestecktes Ziel ist. Es kann nur eingehalten werden, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse einfach sind. Oft jedoch – namentlich wenn sich ein Beweisverfahren abzeichnet, das die Prüfung der verfügbaren Urkunden sprengt – wird ein weiterer Termin abzuhalten sein. Wenn es die Verhältnisse erfordern, kann das Gericht auch einen förmlichen Schriftenwechsel anordnen (*Art. 242 Abs. 2*). Der Prozessablauf kann so auf die Bedürfnisse des Einzelfalles zugeschnitten werden – eine mit Blick auf das weite Anwendungsfeld unerlässliche Flexibilität.

Ein Kernmerkmal des vereinfachten Verfahrens ist die *Untersuchungsmaxime* (*Art. 243 Abs. 1*). Der Vorentwurf hatte sie auf die klassischen Materien des Sozialprozesses beschränkt (*Art. 240 VE*). Hier jedoch wird sie allgemein vorgesehen, denn für ein laienfreundliches Verfahren ist sie unabdingbar. Doch ist zu beachten, dass sie nur in einer *abgeschwächten* Form gilt:

- Dem Gericht obliegt einzig eine verstärkte Fragepflicht. Wie im ordentlichen Prozess haben die Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes aktiv mitzuwirken (die Leistung der entsprechenden Vorschüsse für die Beweisabnahme inbegriffen; vgl. die Erläuterungen zu *Art. 151*). Doch hilft ihnen das Gericht durch geeignete Fragen auf die Sprünge, damit die nötigen Angaben gemacht und die entsprechenden Beweismittel auch wirklich bezeichnet werden. Somit sammeln die Parteien den Prozessstoff auch hier selber – wenn auch unter Anleitung des Gerichts. Dieses stellt aber keine eigenen Ermittlungen an. Insofern unterscheidet sich die zivilprozessuale Untersuchungsmaxime ganz erheblich von jener des Strafprozesses (*Art. 6* sowie *305 ff. E-StPO*; vgl. auch die Erläuterungen zu *Art. 291*).
- Zudem hängt das Ausmass richterlicher Hilfe im Einzelfall auch davon ab, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert ist und ob sie anwaltlich vertreten wird. Lehre und Praxis sprechen hier von «sozialer Untersuchungsmaxime»¹⁹¹: Sie greift nur, soweit es wirklich geboten ist: vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien (z.B. Arbeitgeber gegen Arbeitnehmer) oder bei ungleichem Know how (Laie gegen anwaltlich vertretene Partei). Wenn sich jedoch zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber stehen, darf und soll sich das Gericht wie im ordentlichen Prozess zurückhalten.

Ein Nebeneffekt der Untersuchungsmaxime ist ein *offenes Novenrecht*. Neue Tatsachen und Beweismittel können die Parteien bis zur Urteilsberatung einbringen (*Art. 243 Abs. 2*). Das ist jedoch kein Freipass für dilatorisches Verhalten: Bei

¹⁹¹ Bundesgerichtsentscheid 4C.211/2004 betr. Mietrecht; 4C.340/2004 betr. Arbeitsrecht.

verspätetem Vorbringen können der betreffenden Partei die damit verbundenen Mehrkosten auferlegt werden (Art. 106).

Im Übrigen verläuft das vereinfachte Verfahren wie das ordentliche (Art. 216): So erfolgt die *Beweisabnahme* in denselben Formen (Art. 227), die Parteien haben das Recht auf *Schlussplädoyers* (Art. 228) und auch der Entscheid wird in gleicher Art gefällt und eröffnet (Art. 232 ff.).

5.17 Das summarische Verfahren

Das summarische Verfahren spielt in der Praxis eine herausragende Rolle. Seine typischen Merkmale sind Flexibilität und Schnelligkeit. Flexibel ist es in der Form, denn es kann mündlich oder schriftlich sein. Schnell ist es dank seiner Beweismittelbeschränkung (zugelassen sind grundsätzlich nur liquide Beweismittel) sowie der Beschränkung der gerichtlichen Kognition auf Evidenz (z.B. beim Rechtsschutz in klaren Fällen) oder auf blosser Glaubhaftigkeit (z.B. beim vorsorglichen Rechtsschutz). Allerdings gibt es auch untypische Summarverfahren, bei denen diese Beschränkungen nicht gelten (so bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder im gerichtlichen Nachlassverfahren des SchKG, Art. 251).

Art. 244–247 Geltungsbereich

Der Geltungsbereich ist ausserordentlich weit, was die praktische Bedeutung dieses Verfahrens noch unterstreicht. Der Entwurf bestimmt ihn im Wesentlichen selber (*Art. 244*), doch kann sich die Anwendbarkeit auch aus einem anderen Bundesgesetz ergeben.

Die *Artikel 245 und 246* sind *Kataloge* der wichtigsten Summarsachen aus *ZGB* und *OR*. Die Aufzählungen sind klassisch und gehen auf entsprechende Regelungen kantonaler Einführungsgesetze zurück. Vielfach handelt es sich dabei um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z.B. Kraftloserklärung eines Wertpapiers), doch fällt auch Streitiges darunter (z.B. das Gegendarstellungsrecht). Die Kataloge sind nicht abschliessend. Auf eine Zusammenstellung der Summarsachen aus den Spezialgesetzen des Bundesprivatrechts wird hingegen – wie schon im Vorentwurf – verzichtet. Die Aufzählungen beschränken sich somit traditionsgemäss auf den Kernbereich des materiellen Privatrechts. Die summarischen Angelegenheiten des *Familienrechts* sind nicht mehr unter diesem Titel aufgeführt, sondern im Sachzusammenhang bei den entsprechenden Verfahren (6., 7. und 8. Titel des zweiten Teils).

Zusätzlich aufgelistet werden die Summarsachen des *Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* (*Art. 247*), was einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer entgegenkommt. Inhaltlich entspricht die Regelung Artikel 25 Ziffer 2 SchKG, der somit aufgehoben werden kann (Ziff. 17 des Anhangs; in Bezug auf das sog. beschleunigte Verfahren des SchKG vgl. die Erläuterungen zu Art. 195).

Diese Bestimmungen gelten grundsätzlich für alle Summarsachen. Ergänzend spielen die Regeln des ordentlichen Prozesses (Art. 216), dies allerdings nur soweit sie mit dem Wesen des Summariums vereinbar sind. Ausgeschlossen ist beispielsweise die Streitverkündungsklage (Art. 79 Abs. 3), zulässig hingegen die Widerklage (Art. 221), sofern sie das Verfahren nicht wesentlich verzögert (zu denken ist etwa an Gegenanträge beim Eheschutz). Demgegenüber hatte der Vorentwurf die Widerklage ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 263 VE), was in der Vernehmlassung kritisiert wurde.

Das summarische Verfahren wird direkt durch ein *Gesuch* eingeleitet (Art. 248 Abs. 1; vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 195). Der Entwurf bezeichnet diese Eingabe somit nicht als *Klage*, was geltendem Recht und der Praxis entspricht. Ausserdem wird präzisiert, dass das Gesuch auch mündlich gestellt werden darf. Mündlichkeit macht das Verfahren laienfreundlicher und kann es zusätzlich beschleunigen (Abs. 2). Damit wird einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer Rechnung getragen. Einreichen des Gesuchs bewirkt Rechtshängigkeit (Art. 60). Nicht ausdrücklich erwähnt zu werden braucht, dass allfällige Urkunden beizulegen sind, denn dies ergibt sich bereits aus Artikel 218 Absatz 2.

Das Gericht gibt der Gegenpartei Gelegenheit zur *Stellungnahme* (Art. 249). Ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel findet nicht statt, denn breite Schriftlichkeit läuft dem Wesen dieses Verfahrens zuwider. Ausnahmsweise kann sich das Einholen einer Stellungnahme sogar erübrigen: So wenn das Gesuch *offensichtlich unzulässig* ist, etwa weil eine Prozessvoraussetzung klar fehlt, oder wenn die Sache gar nicht in das summarische Verfahren gehört. Auch zu einem *offensichtlich unbegründeten* Gesuch braucht keine Stellungnahme eingeholt zu werden.

Grundsätzlich sind im summarischen Verfahren nur sofort greifbare (d.h. liquide) *Beweismittel* zulässig, denn nur sie können ohne Verzug abgenommen werden. Dieser Anforderung am besten entspricht die Urkunde (Art. 250 Abs. 1). Doch gibt es zur Beweismittelbeschränkung Ausnahmen: Sofern keine wesentliche Verzögerung zu befürchten ist, können auch die übrigen Beweismittel abgenommen werden (Abs. 2 Bst. a)¹⁹². Das kann der Fall sein, wenn das Gericht eine mündliche Verhandlung anordnet: Sie mag für eine Partei- oder Zeugenbefragung oder für einen Augenschein durchaus Raum bieten. Auch der Verfahrenszweck selber kann nach weiteren Beweismitteln rufen (z.B. Zeugeneinvernahmen bei der Absetzung des Verwalters bei Stockwerkeigentum; Abs. 2 Bst. b). Schliesslich gilt in gewissen Verfahren sogar die Untersuchungsmaxime (Art. 251), die keine Beschränkung der Beweismittel duldet (Abs. 2 Bst. c). Diese Differenzierungen entsprechen einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer.

Die *Untersuchungsmaxime* ist eigentlich untypisch für das summarische Verfahren. Trotzdem spielt sie eine wichtige Rolle, denn sie kommt – schon nach geltendem Recht – in praktisch bedeutsamen Angelegenheiten zum Tragen (Art. 251): Zum einen, wenn das Gericht als *Konkurs- oder Nachlassgericht* zu entscheiden hat (Bst. a), und zum andern in der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Bst. b). Das Gericht kann von Amtes wegen alle Anordnungen treffen, die zur Abklärung des Sachverhaltes notwendig sind. Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleicht die Untersu-

¹⁹² Vgl. z.B. § 239 f. ZPO/SO; § 170 ZPO/SZ; § 234 ZPO/LU; Art. 138 Ziff. 4 ZPO/GR; aber auch Art. 81 SchKG.

chungsmaxime das Fehlen einer Gegenpartei aus (vgl. zur freiwilligen Gerichtsbarkeit auch die Erläuterungen zu Art. 1).

Ob das Verfahren *schriftlich oder mündlich* durchgeführt wird, liegt im richterlichen Ermessen (Art. 252 Abs. 1). Damit kann dem Einzelfall Rechnung getragen werden. Ein reiner «Aktenprozess» ist die Regel etwa bei der Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG), eine mündliche Verhandlung dagegen beim Eheschutz (Art. 269).

Für die *Eröffnung des Entscheides* gelten die Regeln des ordentlichen Prozesses. Das Gericht kann seinen Entscheid somit mündlich oder schriftlich eröffnen. Demgegenüber hatte der Vorentwurf durchwegs die schriftliche Eröffnung eines begründeten Entscheides verlangt (Art. 265 Abs. VE), was in der Vernehmlassung jedoch kritisiert wurde. Eine schriftliche Begründung darf – dem summarischen Verfahren entsprechend – sehr knapp ausfallen (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 235).

Das *Rechtsmittel* – Berufung oder Beschwerde – gegen einen Summarentscheid wird nach den Regeln des 9. Titels des zweiten Teils bestimmt. Nur für die *freiwillige Gerichtsbarkeit* gilt Besonderes – in Anlehnung an das kantonale Prozessrecht (Art. 252 Abs. 2)¹⁹³: Wenn sich eine Anordnung im Nachhinein als unrichtig erweist, kann sie auch ausserhalb eines förmlichen Rechtsmittelverfahrens korrigiert werden, sofern die Rechtssicherheit es erlaubt und keine gesetzliche Vorschrift entgegensteht (vgl. auch Art. 269 VE). Diese erleichterte Korrekturmöglichkeit entspricht einem praktischen Bedürfnis (z.B. Korrektur eines fehlerhaften Erbscheins).

5.18 Besondere Summarverfahren

Art. 253 Rechtsschutz in klaren Fällen

Etliche Kantone kennen ein sog. *Befehlsverfahren*. Der «Rechtsschutz in klaren Fällen» ist der bundesrechtliche Nachfolger dieses effizienten kantonalen Instituts. Bei *eindeutiger Sach- und Rechtslage* wird der klagenden Partei erlaubt, rasch – d.h. ohne einlässlichen Prozess – zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist nicht mit den vorsorglichen Massnahmen (Art. 257 ff.) zu verwechseln: Diese greifen bereits bei Glaubhaftigkeit eines (gefährdeten) Anspruchs – sie vermögen jedoch keine volle materielle Rechtskraft zu schaffen.

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist eine *freie Option* der klagenden Partei. Sie darf stattdessen auch den Prozessweg beschreiten (ordentliches bzw. vereinfachtes Verfahren). Nur wenn die Streitsache dem *Offizialgrundsatz* unterliegt, ist dieses Verfahren unzulässig (Abs. 2), denn mit den betreffenden Angelegenheiten verträgt es sich naturgemäss nicht (vgl. Art. 291). Auch für die Ehescheidung ist es ausgeschlossen. Hingegen steht es – im Unterschied zu seinen kantonalrechtlichen Vorgängern – auch *Geldforderungen* offen, denn auch ein Geldgläubiger soll in liquiden Fällen rasch zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel kommen.

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist an folgende Voraussetzungen geknüpft (Abs. 1):

¹⁹³ Vgl. z.B. Art. 239 Abs. 4 ZPO/OW; § 175 Abs. 4 ZPO/SZ; § 212 ZPO/ZH.

- Der *Sachverhalt* muss *liquid*, d.h. die Tatsachen müssen unbestritten oder sofort beweisbar sein (*Bst. a*). Die Beschränkung der Beweismittel ist hier sehr ausgeprägt. Selbst bei einer mündlichen Verhandlung sollte sich das Gericht auf Urkunden beschränken, denn *im Zweifel ist die Angelegenheit in einem einlässlichen Prozess auszutragen*. Denkbar ist auch ein Augenschein an einem mitgebrachten Objekt. Expertisen, Zeugen- sowie auch Parteibefragungen fallen hingegen grundsätzlich ausser Betracht.
- Zudem muss die *Rechtslage* klar sein (*Bst. b*). Das ist nur der Fall, wenn sich die Rechtsfolge im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergibt.
- Die *Gegenpartei* ist anzuhören (Art. 249). Wenn sie die Tatsachen bestreitet oder dem geltend gemachten Anspruch Einreden entgegensetzt, kann der schnelle Rechtsschutz nicht gewährt werden. *Glaubhaftes* Vorbringen der Einwände genügt – haltlose Behauptungen hingegen vermögen dieses Verfahren nicht aufzuhalten.

Die *Gutheissung des Gesuchs* hat volle materielle Rechtskraft. Der geltend gemachte Anspruch gilt als materiell bejaht – nicht nur als vorläufig vollstreckbar. Auch ein späterer einlässlicher Prozess würde somit an der *res iudicata* scheitern. Dies entspricht der neueren Lehre und Praxis und bricht mit dem überlebten Grundsatz, dass einem Summarentscheid keine volle Rechtskraft zukommen kann.

Anders ist es, wenn der Rechtsschutz nicht gewährt werden kann, weil die Sach- und Rechtslage nicht *liquid* ist. In diesem Fall kommt es nicht etwa zu einer (materiellen) Abweisung des Gesuchs, sondern das Gericht *tritt* darauf *nicht ein* (*Abs. 3*). Der klagenden Partei bleibt in der Folge unbenommen, ihren Anspruch im einlässlichen Prozess geltend zu machen, wo nun ein umfassendes Beweisverfahren bei umfassender gerichtlicher Kognition stattfinden kann. Dabei ist Artikel 61 (Rückdatierung der Rechtshängigkeit) anwendbar. Eine Abweisung des Gesuchs mit materieller Rechtskraftwirkung wäre eine unbillige Konsequenz, worauf in der Vernehmlassung zu Recht hingewiesen wurde.

Funktionsgemäss ist der «Rechtsschutz in klaren Fällen» somit ein Instrument des *Gläubigerschutzes*. Wie heute das kantonale Befehlsverfahren wird er etwa für die *Ausweisung von Mieterinnen und Mietern sowie Pächterinnen und Pächtern* infolge *ausserordentlicher Kündigung* spielen, so bei Zahlungsverzug (Art. 257d OR) und Konkurs (Art. 266h OR) einer Mieterin oder eines Pächters. Die Sachlage lässt sich in diesen Fällen durch Urkunden liquide beweisen (Mahnungen, Fristansetzungen, Kündigungen); zudem ist die Erstreckung von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 272a OR).

Art. 254–256 Gerichtliches Verbot

Diese besondere Form des Schutzes von Grundeigentum lehnt sich an entsprechende kantonale Regelungen an. Doch ist zu beachten, dass der Entwurf nur das *allgemeine Verbot* übernimmt. Eine konkrete Besitzesstörung durch bestimmte Personen (z.B. nachbarliche Immissionen) ist in einem streitigen Verfahren zu klären, bei klaren Verhältnissen auch über den «Rechtsschutz in klaren Fällen» (Art. 253). Damit wird der Kritik der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer Rechnung getragen.

Legitimiert zum Antrag ist insbesondere der Eigentümer oder die Eigentümerin des betreffenden Grundstückes (Art. 254). Das Verbot kann *jede denkbare Störung* untersagen (z.B. «Betreten verboten», «Parkverbot», «Fussballspielen verboten»). Es darf auch abstrakt («jede Störung») formuliert sein. Der Höchstbetrag der *Busse* wird auf 2000 Franken herabgesetzt. Nur ein publiziertes und klar signalisiertes Verbot ist wirksam (Art. 255).

Das Verbot wird auf einseitigen Antrag – also ohne vorgängige Anhörung möglicher Betroffener – bewilligt. Doch kann dagegen *Einsprache* erhoben werden (Art. 256). Die Einsprache ist kein Rechtsmittel, sondern dem Rechtsvorschlag in einer Betreibung verwandt: Sie bedarf daher keiner Begründung und bewirkt ohne weiteres die Unwirksamkeit des Verbotes – allerdings nur gegenüber der einsprechenden Person. Der oder die Verbotsberechtigte hat alsdann den Prozessweg zu beschreiten, wenn er oder sie das Verbot gegenüber der einsprechenden Person durchsetzen will.

Dank dieser einfachen Einsprachemöglichkeit sind die Betroffenen – etwa die Nachbarinnen und Nachbarn des Grundstückes – nicht darauf beschränkt, ihr «besseres Recht» erst in einem gegen sie eröffneten Strafverfahren nachweisen zu können, oder – um eine Strafanzeige zu vermeiden – vorsorglich gar eine «Aberkennungsklage» führen zu müssen.

5.19 Vorsorgliche Massnahmen

Vorsorglicher Rechtsschutz ist ein unverzichtbares Instrument für eine zeitgerechte Rechtsverwirklichung: Er schützt die betreffende Partei vor Nachteilen, die einzutreten drohen, bevor das Gericht – nach einem möglicherweise langen Prozess – «endgültigen» Rechtsschutz gewähren kann. Die Frage, inwieweit er heute auf kantonalem oder auf Bundesrecht beruht, ist kontrovers. Die Lehre neigt dazu, ihn für die Ansprüche aus Bundesprivatrecht bundesrechtlich zu begründen, das Bundesgericht vertritt demgegenüber die Auffassung, dass zumindest die Massnahmen zur blossen Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes dem kantonalen Recht zuzuordnen sind¹⁹⁴. Auch dieser Diskussion setzt die Vereinheitlichung des Prozessrechts ein Ende.

Materiell lehnt sich der Entwurf an die einschlägigen Bestimmungen des Persönlichkeitsschutzes an (Art. 28c ff. ZGB; diese können somit aufgehoben werden, vgl. Ziff. 3 des Anhangs). Der vorsorgliche Persönlichkeitsschutz ist ein anerkanntes Modell für den vorsorglichen Rechtsschutz schlechthin. So verweist beispielsweise das Immaterialgüterrecht, bei dem die vorsorglichen Massnahmen von eminenter Bedeutung sind, explizit auf das ZGB. Die entsprechenden immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen sind daher ebenfalls zu bereinigen (vgl. Ziff. 9–13, 15 und 16 des Anhangs).

Der vorsorgliche Rechtsschutz ist im Titel über das summarische Verfahren geregelt. Anwendbar sind daher die Artikel 248–252, soweit im Kontext nichts Besonderes – wie z.B. die Möglichkeit des sog. Superprovisoriums (Art. 261) – vorgesehen ist. Sodann versteht sich von selbst, dass in Angelegenheiten, die dem Offizialgrundsatz unterliegen (Art. 291), die notwendigen Massnahmen von Amtes wegen anzuordnen sind.

¹⁹⁴ BGE 104 II 179.

Art. 257 Grundsatz

Damit das Gericht vorsorgliche Massnahmen anordnen darf, müssen gemeinhin folgende Voraussetzungen erfüllt sein (*Abs. 1*):

- Zum einen hat die gesuchstellende Person den sog. *Verfügungsgrund* glaubhaft zu machen. Gemeint ist eine *Gefährdung* oder eine bereits *bestehende Verletzung* eines materiellen Anspruchs, wodurch der gesuchstellenden Person ein nicht leicht wieder gutzumachender *Nachteil* droht (*Bst. a und b*). Damit verbunden ist *zeitliche Dringlichkeit*. Der befürchtete Nachteil muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre¹⁹⁵. Als Nachteil gilt beispielsweise eine Beeinträchtigung der Ausübung absoluter Rechte (z.B. Störung des Eigentums). Ob die Störung zuletzt mit Geld entschädigt werden kann, spielt keine Rolle. Auch ein drohender immaterieller, ein nur schwer beziffer- oder beweisbarer Schaden (etwa wegen Nachahmung geschützter Verfahren oder Erzeugnisse) oder die Erschwerung der Vollstreckung fällt darunter.
- Zum andern muss *der materielle Anspruch*, der angeblich gefährdet ist oder bereits verletzt wird, glaubhaft sein (sog. *Verfügungsanspruch*). Die gesuchstellende Person hat also die *Begründetheit ihres Hauptbegehrens* glaubhaft zu machen (z.B. ihren Anspruch auf Lieferung einer gekauften Sache, welche die beklagte Partei vertragswidrig einem Dritten im Ausland verschaffen will).

Nach *Absatz 2* kann die Gegenpartei eine vorsorgliche Massnahme abwenden, wenn sie angemessene *Sicherheit* leistet. Dies folgt aus dem *Verhältnismässigkeitsprinzip*, das beim vorsorglichen Rechtsschutz durchwegs zu beachten ist (Art. 258; vgl. auch Art. 277 SchKG). Wird die Sicherheit erst nachträglich geleistet, kann die vorsorgliche Massnahme aufgehoben werden (vgl. Art. 264).

Art. 258 Inhalt

Lehre und Praxis teilen die vorsorglichen Massnahmen ein in sog. *Regelungsmassnahmen* (z.B. Ordnung des Getrenntlebens für die Dauer einer Ehescheidung), *Leistungsmassnahmen* (z.B. der gerichtliche Befehl, eine bestimmte Störung sofort zu unterlassen) und *Sicherungsmassnahmen* (z.B. ein Verbot, das Streitobjekt zu verändern oder zu veräussern). Dieser Vielfalt trägt der Entwurf mit einer *General-klausel* Rechnung: Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Doch muss die Massnahme immer *verhältnismässig*, d.h. in zeitlicher und sachlicher Hinsicht geeignet und notwendig sein. Milderen (geeigneten) Alternativen ist der Vorzug zu geben. Die Anordnung darf nie weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des glaubhaften Anspruchs wirklich nötig ist¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Vgl. BGE 103 II 287, BGE 99 II 344.

¹⁹⁶ Vgl. BGE 94 I 10.

Der Entwurf zählt einzelne Massnahmen beispielartig auf (*Bst. a–e*):

- ein gerichtliches *Verbot*, z.B. eine bestimmte Firma weiterzubedenutzen oder eine Konkurrenztaetigkeit auszuueben;
- die *Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes*, z.B. Beschlagnahme von Plagiaten und Falsifikaten;
- die Anweisung an ein *Registeramt*, bestimmte Vorkehren zur treffen, z.B. im Grundbuch eine *Verfuugungsbeschraenkung* vor- bzw. eine sog. *Grundbuch-sperre* anzumerken, oder im Zivilstandsregister eine Sperrung der Bekanntgabe von Personendaten zu veranlassen (Art. 46 ZStV). Entsprechend einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer kann auch eine *private Drittperson* gerichtlich angewiesen werden (z.B. eine Bank, ein bestimmtes Konto zu sperren);
- eine *Sachleistung*, z.B. zur Wiedererlangung widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes;
- Zulassig ist auch die Anordnung *vorsorglicher Geldzahlungen* an die gesuchstellende Partei, dies jedoch nicht allgemein, sondern nur in den vom Gesetz bestimmten Faellen. Zu denken ist an einen Vaterschaftsprozess, der mit einer Unterhaltsklage kombiniert wird (Art. 299). Hier kann der Beklagte bereits fuur die Dauer des Prozesses zu vorlaeufigen Unterhaltszahlungen verpflichtet werden. Diese Regelung entspricht den Artikeln 282 ff. ZGB, die aufgehoben werden koennen (Ziff. 3 des Anhangs). Vorlaeufige Zahlungen an die (geschadigte) klagende Partei sind sodann in Streitigkeiten nach Kernenergiehaftpflichtgesetz moeglich (Art. 28 KHG). Eine allgemeine Einfuehrung solcher Akonto-Zahlungen waere hingegen problematisch. Zum einen setzen sie die beklagte Partei – sollte die Schuldpflicht letztlich verneint werden – fuur die Rueckforderung einem ungerechtfertigten Inkassorisiko aus. Zum aendern sind sie unnoetig, denn der Entwurf bietet einem angeblichen Geldglaebiger andere Moeglichkeiten, zeitgerecht Befriedigung zu erhalten (vgl. insb. Art. 253 und Ziff. 3.4.1). Von der vorlaeufigen Zahlung ist sodann die *Sicherung* von Geldforderungen klar zu unterscheiden: Diese bleibt durch das Arrestrecht des SchKG umfassend gewaerleistet (Art. 271 ff. SchKG).

Art. 259 Massnahmen vor Rechtshaengigkeit

Vorsorgliche Massnahmen koennen schon vor Rechtshaengigkeit des eigentlichen Prozesses notwendig sein, doch muessen sie dann durch rechtzeitige Klageanhebung *prosequiert* werden (vgl. auch Art. 279 SchKG). Die gesuchstellende Partei darf sich also mit der provisorischen Klaerung der Rechtslage nicht zufrieden geben, sondern muss den endgueltigen Rechtsschutz suchen. Das Gericht setzt ihr dazu eine Frist, verbunden mit der Androhung, dass die Massnahme sonst dahin faellt.

Nach dem Vorentwurf haette das Gericht bei immaterialgueder- und wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten von der Fristansetzung absehen koennen, sofern als vorsorgliche Massnahme eine sog. *Einziehung* angeordnet wird (Art. 277 Abs. 2 VE). Diese Bestimmung zielte im Wesentlichen auf die Beschlagnahme von Piratengut (Plagiate, Falsifikate). In solchen Faellen kann die Einleitung eines Prozesses ein sinnloser Aufwand sein, namentlich wenn davon auszugehen ist, dass sich die Gegenpartei gar nicht stellen wird. Die gesuchstellende Partei braucht jedoch nach

dem Entwurf kein ordentliches Verfahren anzustrengen, sondern kann mit dem «Rechtsschutz in klaren Fällen» (Art. 253) die endgültige Vernichtung der Imitate verlangen. Daher ist auf diese nicht unproblematische Sonderbestimmung für das Immaterialgüterrecht zu verzichten.

Art. 260 Sicherheitsleistung und Schadenersatz

Vorsorgliche Massnahmen können die Gegenpartei empfindlich treffen und schädigen. Diesem Risiko trägt der Entwurf in doppelter Weise Rechnung:

- Auf entsprechenden Antrag der Gegenpartei kann das Gericht die Massnahme von einer vorgängigen *Sicherheitsleistung* der gesuchstellenden Partei abhängig machen (*Abs. 1*); es kann – je nach Fall – die Sicherheit auch erst im Nachhinein anordnen, sie herabsetzen oder erhöhen.
- Die gesuchstellende Partei *haftet* der Gegenpartei (und allfälligen Dritten) sodann für den Schaden, der durch eine ungerechtfertigte Massnahme entsteht (*Abs. 2*). Dabei wird – in Übereinstimmung mit dem Vorentwurf – eine *gemilderte Kausalhaftung* statuiert (vgl. auch Art. 28f ZGB). Eine scharfe Kausalhaftung (Haftung ohne Exkulpationsmöglichkeit) hätte für den vorsorglichen Rechtsschutz prohibitive Folgen.

Der Schadenersatz gegen die gesuchstellende Partei ist in einem selbstständigen Forderungsprozess geltend zu machen. Eine allfällige Sicherheitsleistung wird erst freigegeben, wenn feststeht, dass die geschädigte Person keine Klage erhebt (*Abs. 3*).

Art. 261 Superprovisorische Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen werden in der Regel erst nach vorgängiger Anhörung der Gegenpartei angeordnet (Art. 249). Bei akuter Gefahr kann dies die Massnahme jedoch ins Leere laufen lassen, denn eine gewarnte Gegenpartei kann ihr zuvorkommen. Deshalb darf der vorsorgliche Rechtsschutz bei besonderer Dringlichkeit *überfallartig* angeordnet und vollzogen werden (*Abs. 1*). Schulbeispiel ist die «Ver-eitelungsgefahr», ein Begriff, der besonders im Immaterialgüterrecht verwendet wird.

Ein Gesuch um ein Superprovisorium hat das Gericht umsichtig zu prüfen: Es darf nicht leichthin auf Glaubhaftigkeit der (qualifizierten) Gefährdung schliessen, sondern muss – nebst einer plausiblen Darstellung der Fakten – auch Belege verlangen. Ausserdem hat das Gericht – ist eine Schädigung der Gegenpartei absehbar – den Vollzug der Massnahme *ex officio* von einer vorgängigen *Sicherheitsleistung* der gesuchstellenden Partei abhängig zu machen (*Abs. 3*). Die *Offizialmaxime* gleicht hier die fehlende vorgängige Anhörung der Gegenpartei aus (vgl. auch Art. 273 Abs. 1 SchKG).

Die superprovisorische Anordnung als solche unterliegt keinem Rechtsmittel. Vielmehr wird die Gegenpartei bei der Eröffnung bzw. beim Vollzug zur *Stellungnahme* aufgefordert (*Abs. 2*). Die Gegenpartei braucht somit kein Rechtsmittel zu ergreifen, um ihren Standpunkt vorzutragen, sondern kann sich – mündlich oder schriftlich – unmittelbar an die verfügende Instanz wenden. Das rechtliche Gehör wird ihr also nachträglich gewährt. Alsdann trifft das Gericht sofort eine *Entscheid* über die vorsorgliche Massnahme, der nun mit Berufung oder Beschwerde *anfechtbar* ist.

Art. 262 Massnahmen gegen Medien

Die Sonderregelung entspricht geltendem Recht (Art. 28c Abs. 3 ZGB; diese Bestimmung kann daher aufgehoben werden, vgl. Anhang Ziff. 3).

Art. 263 und 264 Vollstreckung; Änderung und Aufhebung der Massnahmen

Weil vorsorglicher Rechtsschutz unverzüglich greifen muss, trifft das Gericht zugleich die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen (Art. 263). Es bedarf keines separaten Vollstreckungsgesuchs der interessierten Partei.

Als nur vorläufige Regelungen müssen die Massnahmen – je nach Entwicklung der Sachlage während des Prozesses – geändert oder aufgehoben werden können (Art. 264 Abs. 1). Bei der rechtskräftigen Erledigung der Hauptsache fallen sie von Gesetzes wegen dahin, denn sie werden vom «endgültigen» Rechtsschutz abgelöst (Art. 264 Abs. 2). Das Gericht kann jedoch die Weitergeltung anordnen, vor allem wenn es der Vollstreckung dient. Zu denken ist an eine Verfügungsbeschränkung (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) oder eine Grundbuchsperre (Art. 178 Abs. 3 ZGB), die bis zur Anpassung des Grundbuchs an das Urteil fort dauern muss.

Art. 265 Vorbehalt

Für die Sicherung von *Geldforderungen* bleibt wie bis anhin das SchKG anwendbar (insbesondere also das Arrestrecht; *Bst. a*). Dies wird zur Präzisierung ausdrücklich festgehalten. Vorbehalten bleiben sodann die *erbrechtlichen Sicherungsmassregeln* (Art. 551 ff. ZGB): Sie sind zu eng mit dem materiellen Erbgang verbunden, um in die ZPO überführt zu werden (*Bst. b*). Ausserdem werden nicht alle erbrechtlichen Massnahmen von Gerichten getroffen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 1), wie in der Vernehmlassung geltend gemacht wurde. *Buchstabe c* schliesslich weist auf eine Spezialität des Patentrechts hin.

Art. 266 Schutzschrift

Wer befürchtet, dass gegen ihn demnächst eine superprovisorische Massnahme getroffen wird, braucht nicht tatenlos abzuwarten, ob sich die Drohung tatsächlich verwirklicht. Vielmehr kann er sich mit einer sog. Schutzschrift an das *zuständige Gericht* wenden und die Gründe darlegen, die gegen die Massnahme oder zumindest gegen eine überfallartige Anordnung sprechen (*Abs. 1*). Mit der Schutzschrift greift eine vorausschauende potentielle Gegenpartei ihrem rechtlichen Gehör vor. Andererseits steht das Gericht einem superprovisorischen Gesuch – wird es wirklich gestellt – auch nicht mehr ganz unvoreingenommen gegenüber¹⁹⁷. Namentlich in immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten ist die Schutzschrift von Bedeutung, denn sie kann grossen Schaden verhindern. Entsprechend wurde ihre allgemeine Einführung in der Vernehmlassung begrüsst.

Als modernes Verteidigungsmittel ist die Schutzschrift vielen europäischen Staaten bekannt. Auch in der Schweiz hat sie sich – als Institut des ungeschriebenen Prozessrechts – zu etablieren begonnen, vor allem in den vier Kantonen mit Handelsgerichten. Einsetzbar ist sie gegen sämtliche Massnahmen, die ohne vorgängige Anhörung verfügt werden können, auch gegen solche ausserhalb der ZPO. Zu denken ist

¹⁹⁷ Vgl. BGE 119 Ia 53.

insbesondere an den Arrest nach SchKG oder an das einseitige Exequaturverfahren nach dem Lugano-Übereinkommen. Der Entwurf nimmt – einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer folgend – auch zur kontroversen Frage Stellung, ob die Schutzschrift dem potentiellen gesuchstellenden Partei sofort zur Kenntnis zu bringen ist. Dies wird verneint (*Abs. 2*), denn sonst würde der Zweck der Schutzschrift vereitelt. Statt einer vorausschauenden *Stellungnahme* verkäme sie praktisch zu einem Hilfsmittel (Checkliste) der gesuchstellenden Partei: Diese könnte die Argumente Punkt für Punkt entkräften, ohne dass die bedrohte Partei nochmals Stellung nehmen dürfte. Da die Schutzschrift jedoch einem Verfahren vorgeht, muss ihre Wirksamkeit *zeitlich begrenzt* werden (*Abs. 3*). Nach sechs Monaten wird sie unbeachtlich und kann der betreffenden Partei ohne weiteres zurückgeschickt werden.

5.20 Besondere eherechtliche Verfahren

5.20.1 Angelegenheiten des summarischen Verfahrens

Art. 267–269 Geltungsbereich; Verfahren

Für viele eherechtliche Angelegenheiten geht heute das Bundesrecht davon aus, dass die Kantone ein summarisches Verfahren zur Verfügung stellen müssen. Dies gilt namentlich für den Eheschutz (*Art. 172 ff. ZGB*), bei dem die gesuchstellende Partei die Tatsachen, die ihr Gesuch begründen, von Bundesrechts wegen lediglich glaubhaft machen muss. Daran soll sich auch künftig nichts ändern (*Art. 267*).

Für das Verfahren gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über das summarische Verfahren (vgl. *Art. 248–252*) – mit folgenden Besonderheiten:

- Eine erste betrifft die *Ermittlung des Sachverhalts*. Während es heute – mit Ausnahme der Kinderbelange – Sache des kantonalen Rechts ist, die Art und Weise der Sachverhaltsermittlung zu bestimmen, ist der Entwurf hier dem *materiellen Wahrheitsprinzip* verpflichtet, indem allgemein die Untersuchungsmaxime vorgeschrieben wird (*Art. 268*).
- Sodann sind die Parteien grundsätzlich zu einer mündlichen Verhandlung vorzuladen (*Unmittelbarkeitsprinzip; Art. 269*). Nur wenn der Sachverhalt klar oder unbestritten ist, kann darauf verzichtet werden. Dementsprechend sieht der Entwurf eine Pflicht der Parteien vor, persönlich vor Gericht zu erscheinen, sofern nicht wichtige Gründe wie Alter oder Krankheit einen Dispens rechtfertigen.
- Schliesslich ist es wie in allen eherechtlichen Verfahren Aufgabe des Gerichts, zu versuchen, zwischen den Parteien eine *Einigung* herbeizuführen (*Art. 269 Abs. 3*).

5.20.2

Scheidungsverfahren

Ausgangslage

Das auf den 1. Januar 2000 in Kraft getretene Scheidungsrecht enthält in den Artikeln 135–149 ZGB eine Vielzahl zivilprozessualer Bestimmungen. Vor dem Hintergrund der teilweise sehr unterschiedlichen kantonalen Zivilprozessordnungen wollte der Bundesgesetzgeber die Grundlage für eine möglichst einheitliche Durchsetzung des materiellen Scheidungsrechts schaffen. Eine Vereinheitlichung des Scheidungsprozessrechts war damals noch ausgeschlossen, weil dem Bund für das Zivilprozessrecht eine umfassende Gesetzgebungskompetenz fehlte. Dies führte dazu, dass einzelne prozessuale Fragen heute abschliessend (z.B. Art. 139–145 ZGB), andere hingegen nur im Sinne von Rahmen- oder Mindestvorschriften im ZGB geregelt sind (z.B. Art. 138 Abs. 1 und 148 Abs. 2 ZGB). Wichtige Fragen wie die Sachverhaltsermittlung bezüglich Güterrecht oder nahehelichem Unterhalt richten sich – vorbehaltlich Artikel 140 Absatz 2 ZGB – allein nach kantonalem Recht. Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ermöglicht es nun, dieser Rechtszersplitterung ein Ende zu bereiten. Die bisherigen Artikel 136–149 ZGB können gestrichen werden (vgl. Ziff. 3 des Anhangs.).

Das Vernehmlassungsverfahren hat gezeigt, dass die Bestimmungen des Vorentwurfs zum Scheidungsverfahren (Art. 242–251 VE) zu rudimentär waren. Die Praxis wünscht eine etwas ausführlichere Regelung insbesondere des Verfahrens bei Teilereinigung der Ehegatten (vgl. Art. 112 ZGB und Ziff. 3.4). Dabei müssen nicht alle Fragen im Kapitel über das Scheidungsverfahren geregelt werden, weil sich Vieles bereits aus den allgemeinen Bestimmungen ergibt, so etwa die freie Beweiswürdigung (vgl. Art. 154) oder die Teilrechtskraft im Zusammenhang mit ordentlichen Rechtsmitteln (312 Abs. 1).

Das Kapitel über das Scheidungsverfahren ist in vier Abschnitte gegliedert:

- Die *allgemeinen Bestimmungen* des ersten Abschnittes (Art. 270–279) gelten für alle Scheidungsverfahren.
- Der zweite Abschnitt regelt das Verfahren bei Scheidung auf *gemeinsames Begehren* (Art. 280–284).
- Der dritte Abschnitt normiert das *streitige Verfahren* (Scheidungsklage, Art. 285–288).
- Der vierte Abschnitt betrifft die Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklage (Art. 289).

Das Scheidungsverfahren ist eine eigenständige Prozessart; die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren finden jedoch ergänzend Anwendung (vgl. auch Art. 216).

Art. 270 und 271 Einleitung des Verfahrens und vorsorgliche Massnahmen

Bei der Ehescheidung findet kein vorgängiger separater Schlichtungsversuch statt (*Art. 270*; vgl. auch Art. 195 Bst. c) – weder bei *Scheidung auf gemeinsames Begehren* noch bei der streitigen Scheidung (*Scheidungsklage*). In Bezug auf die Scheidung auf gemeinsames Begehren entspricht dies dem geltenden Recht (Art. 136 Abs. 1 ZGB); für die Scheidungsklage konnten die Kantone eine andere Lösung vorsehen. Nach der neuen ZPO ist ein allfälliger Einigungsversuch Sache des direkt angerufenen Gerichts (vgl. Art. 122 Abs. 3 und 285 Abs. 2).

Die Regelung der *vorsorglichen Massnahmen* (Art. 271) entspricht inhaltlich Artikel 137 Absatz 2 ZGB. Wie bis anhin begründet die Rechtshängigkeit den Übergang der sachlichen Zuständigkeit vom Eheschutz- zum Scheidungsgericht. Bereits angeordnete Eheschutzmassnahmen dauern jedoch bis zu einer allfälligen Änderung oder Aufhebung durch das Scheidungsgericht weiter. Wie bisher besteht für die vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess *kein numerus clausus* – im Gegensatz zu den Eheschutzmassnahmen (vgl. Art. 172 Abs. 3 ZGB). Alle vorsorglichen Massnahmen, die während des Scheidungsverfahrens nötig, geeignet und verhältnismässig sind, können angeordnet werden. Vorsorgliche Massnahmen für vermögensrechtliche Belange der Ehegatten setzen ein entsprechendes Gesuch voraus (vgl. Dispositionsmaxime; Art. 56); vorsorgliche Massnahmen in Kinderbelangen können dagegen von Amtes wegen angeordnet werden (Art. 291 Abs. 3).

Art. 272 und 273 Feststellung des Sachverhalts und persönliches Erscheinen

Die Bestimmung über die *Feststellung des Sachverhalts* betrifft nur Angelegenheiten der Ehegatten untereinander. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten herrscht die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 291 Abs. 1).

- Für die *güterrechtliche Auseinandersetzung* (Art. 204 ff., 236 ff., 250 f. ZGB) und den *nachehelichen Unterhalt* (Art. 125 ff. ZGB) gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime (*Art. 272 Abs. 1*; Art. 53 Abs. 1). Dies entspricht der Regelung, welche die meisten Kantone heute kennen.
- Der Verhandlungsgrundsatz wird allerdings in verschiedener Hinsicht abgeschwächt: Zusätzlich zu der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht (Art. 54) wird eine besondere gerichtliche Hinweispflicht statuiert, wenn für die Beurteilung vermögensrechtlicher Scheidungsfolgen notwendige Urkunden fehlen (*Art. 272 Abs. 2*). Eine besondere gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht gilt zudem bei der Indexierung nachehelicher Unterhaltsrenten (vgl. Art. 277 Abs. 1 Bst. d). Schliesslich ergeben sich im Zusammenhang mit dem Güterrecht und dem nachehelichen Unterhalt Prüfungspflichten des Gerichts bei der Genehmigung einer Vereinbarung (vgl. Art. 274 Abs. 1).
- Im Übrigen hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (*Art. 272 Abs. 3*). Dies gilt insbesondere für alle Fragen der beruflichen Vorsorge (Art. 122 ff. ZGB), aber auch für das Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen (insb. Art. 114 f. ZGB). Eine Sonderbestimmung im Sinne des bisherigen Artikels 139 Absatz 2 ZGB wird damit entbehrlich.

Die Eigenart des Scheidungsprozesses verlangt die persönliche Anwesenheit der Parteien (*Art. 273*).

Art. 274 Genehmigung der Vereinbarung

Die Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 140 ZGB). Wegen des logischen zeitlichen Ablaufs – zunächst erfolgt die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen und erst danach die Genehmigung und die Aufnahme in das Urteilsdispositiv – wurden die Absätze umgestellt. Die spezielle Erwähnung der beruflichen Vorsorge dient der Klarheit, weil hier strengere Genehmigungsvoraussetzungen gelten (vgl. Art. 275 Abs. 1 und 3).

Die Artikel 141 und 142 ZGB betreffen die berufliche Vorsorge und unterscheiden aus zivilprozessrechtlicher Sicht zwei Grundsituationen:

- Haben die Ehegatten eine *Vereinbarung* geschlossen, die den gesetzlichen Vorgaben entspricht und durchführbar ist, so kann über die berufliche Vorsorge nach Massgabe der materiellen Bestimmungen (Art. 122 ff. ZGB sowie Art. 22 FZG¹⁹⁸) direkt im Scheidungsprozess entschieden werden (vgl. Art. 141 ZGB).
- Bei *Uneinigkeit* der Ehegatten hingegen muss das Scheidungsgericht die Frage der beruflichen Vorsorge an das am Ort der Scheidung zuständige *Sozialversicherungsgericht* überweisen (Art. 142 ZGB; Art. 25a FZG).

Der Entwurf übernimmt das Konzept von Artikel 141 ZGB (*Einigkeit der Ehegatten*) grundsätzlich unverändert (Art. 275). Einzig Absatz 1 ist neu gefasst, um die Genehmigungsvoraussetzungen klarer zum Ausdruck zu bringen:

- Erstens müssen sich die Ehegatten über die Teilung sowie deren Durchführung geeinigt haben (Art. 275 Abs. 1 Bst. a). Es geht um die Höhe des Betrags und die Frage der Erhaltung des Vorsorgeschutzes (vgl. Art. 122 ff. ZGB, Art. 22 Abs. 1 und 22b FZG).
- Zweitens müssen Bestätigungen der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen über die Höhe der Guthaben sowie über die Durchführbarkeit der getroffenen Regelung (sog. Durchführbarkeitserklärungen) vorliegen (Art. 275 Abs. 1 Bst. b).
- Drittens hat sich das Gericht davon zu überzeugen, dass die Vereinbarung dem Gesetz entspricht (Art. 275 Abs. 1 Bst. c). Diese Voraussetzung ist im geltenden Recht nicht explizit erwähnt. Sie stellt vor allem den Bezug zum materiellen Recht her (Art. 122 ff. ZGB). Zu betonen ist, dass sich die Überprüfungspflicht des Gerichts bei der beruflichen Vorsorge nicht auf offensichtliche Unangemessenheit beschränkt. Vielmehr gilt die Untersuchungsmaxime (vgl. demgegenüber Art. 274). Die Teilungsregelung von Artikel 122 ff. ZGB liegt somit nicht in der freien Disposition der Parteien. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Vereinbarung im Rahmen einer Scheidung auf gemeinsames Begehren oder einer Scheidung gestützt auf Artikel 114 oder 115 ZGB zustande gekommen ist. Selbstverständlich müssen auch die allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sein (vgl. Art. 274 Abs. 1).

Eine Änderung gegenüber dem bisherigen Recht (Art. 142 ZGB) bringt hingegen Artikel 276 Absatz 1 für die Fälle, in welchen die Ehegatten uneinig sind. Zu Recht wurde im Vernehmlassungsverfahren geltend gemacht, dass eine Prozessüberweisung an das zuständige Sozialversicherungsgericht wenig Sinn macht, wenn die massgeblichen *Austrittsleistungen feststehen*. Hier soll das Scheidungsgericht unmittelbar auch über die berufliche Vorsorge entscheiden können, selbst wenn die Ehegatten über den Teilungsmodus nicht einig sind. Ein zweiter Prozess vor dem Sozialversicherungsgericht wäre in solchen Fällen unökonomisch und der Sache nicht angemessen. Es muss jedoch sichergestellt sein, dass der Entscheid des Scheidungsgerichts auch gegenüber den beteiligten Vorsorgeeinrichtungen – diese sind ja nicht Prozessparteien – vollstreckbar ist. Daher sind entsprechende *Durchführbar-*

¹⁹⁸ Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42).

keitserklärungen einzuholen – hier allerdings von Amtes wegen (Art. 276 Abs. 1 und 2).

Sind die Voraussetzungen von Artikel 276 Absatz 1 nicht erfüllt, so kommt es wie bisher zu einer Prozessüberweisung an das zuständige Sozialversicherungsgericht (Art. 276 Absatz 3).

Art. 277 Unterhaltsbeiträge

Absatz 1 entspricht dem geltenden Artikel 143 ZGB. Er enthält Vorgaben für die *Dokumentation* wesentlicher Entscheidungsgrundlagen. Die verlangten Angaben sind im Hinblick auf einen Änderungsprozess von grosser praktischer Bedeutung, indem sie die Aufgabe des für die Änderung zuständigen Gerichts wesentlich erleichtern. Bei der *Vollstreckung* schaffen sie zudem Klarheit über die Gläubiger (geschiedener Ehegatte, Kinder) sowie über die Höhe der jeweiligen Unterhaltsansprüche (*Bst. b und d*). Schliesslich wird auch eine genaue Grundlage für die Bevorschussung der Kinderalimente geschaffen, welche heute alle Kantone in unterschiedlichem Ausmass vorsehen.

Absatz 2 entspricht ebenfalls dem geltenden Recht (Art. 148 Abs. 1 ZGB). Da der Entwurf die Teilrechtskraft ausdrücklich vorsieht (vgl. Art. 312 Abs. 1), geht es hier nur noch darum, der Rechtsmittelinstanz im Sinne einer Ausnahme eine Überprüfung und allenfalls *Korrektur der nicht angefochtenen Kinderalimente* zu gestatten. Von praktischer Bedeutung ist dies in erster Linie dann, wenn der angefochtene naheheliche Unterhalt tatsächlich herabzusetzen ist und sich gleichzeitig herausstellt, dass der nicht angefochtene Kinderunterhalt von der unteren Instanz zu tief angesetzt wurde. Ohne diese Ausnahmebestimmung wäre eine Korrektur des Kinderunterhalts ausgeschlossen. Es handelt sich indessen um eine Durchbrechung der Rechtskraft eigener Art, denn die nicht angefochtenen Kinderalimente bleiben bis zum Entscheid der Rechtsmittelinstanz vollstreckbar.

Art. 278 Einheit des Entscheids

Im Interesse der Rechtsklarheit hält der Entwurf ausdrücklich fest, dass das Scheidungsgericht entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Entscheid gleichzeitig über die Scheidung und deren Folgen befindet (*Abs. 1*)¹⁹⁹. Eine integrale Verweisung des Güterrechts in ein separates Verfahren bleibt jedoch namentlich bei komplexen Verhältnissen zulässig, damit sich die Beurteilung des (liquiden) Scheidungsanspruchs und der übrigen Scheidungsfolgen nicht übermässig verzögert (*Abs. 2*)²⁰⁰. Diese sog. *Verweisung ad separatum* wird in das pflichtgemässe Ermessen des Gerichts (Art. 4 ZGB) gestellt. Eine gesetzliche Durchbrechung der Einheit des Scheidungsurteils statuiert der Entwurf sodann in Artikel 276 Absatz 3.

Das in Teilrechtskraft (Scheidungs punkt) erwachsene Urteil ist den zuständigen Behörden mitzuteilen (Art. 236). Es gilt als Nachweis im Sinne von Artikel 96 ZGB und löst die Frist nach Artikel 119 ZGB aus.

¹⁹⁹ Vgl. BGE 127 III 433 ff., 435 E. 1; 113 II 98 f. E. 2.

²⁰⁰ Vgl. BGE 113 II 98 f. E.2, 105 II 223 f. E. 1c.

Art. 279 Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen

Absatz 1 ist eine reine Verweisnorm, denn die *Voraussetzungen* für eine *Änderung* des Scheidungsurteils bezüglich des nahehelichen Unterhalts und der Kinderbelange regelt das materielle Recht (Art. 129 ZGB und 134 ZGB). Mit «*sachlicher Zuständigkeit*» ist nicht diejenige nach dem kantonalen Gerichtsorganisationsrecht, sondern jene nach dem ZGB gemeint: Für die *Änderung* des Scheidungsurteils bezüglich der Kinderbelange kommt daher die differenzierte Regelung von Artikel 134 Absätze 3 und 4 ZGB zum Zug, die gewisse Kompetenzen der Vormundschaftsbehörde zuweist.

Für eine *einvernehmliche Änderung* des rechtskräftigen Scheidungsurteils bezüglich vermögensrechtlicher Belange zwischen den Ehegatten (insb. nahehelicher Unterhalt) findet Artikel 140 ZGB nach herrschender Lehre keine Anwendung. Davon geht auch *Absatz 2* aus. Ein entsprechender Vertrag muss jedoch um der Klarheit willen und als Schutz vor Übereilung in einfacher Schriftlichkeit vereinbart werden (Art. 11 ff. OR).

Bezüglich der Kinderbelange können dagegen Änderungen – mit Ausnahme des persönlichen Verkehrs – nur unter Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde rechtsültig vereinbart werden (vgl. im Einzelnen Art. 134 ZGB).

Für streitige Änderungsverfahren gelten die Vorschriften über die Scheidungsklage (Art. 285 ff.) sinngemäss (*Abs. 3*).

Art. 280–284 Scheidung auf gemeinsames Begehren

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ff. ZGB) kennzeichnet sich dadurch, dass nur der in einem bestimmten Verfahren geäusserte Scheidungswille den materiellen Scheidungsgrund bildet (insbesondere persönliche Anhörung und Bestätigung des Scheidungswillens nach einer zweimonatigen Bedenkfrist, vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZGB). Grundlegende materielle Änderungen der Scheidungsgründe – etwa die Streichung der zweimonatigen Bedenkfrist – sind daher nicht im Rahmen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts zu diskutieren, sondern im Zuge einer allfälligen Revision des Scheidungsrechts zu prüfen²⁰¹. Aufgabe des Entwurfs ist es, die verfahrensrechtlichen Abläufe einer Scheidung nach geltendem Recht klar zu regeln.

Artikel 280 bestimmt den Inhalt der *Eingabe bei umfassender Einigung*. Sie muss insbesondere die erforderlichen Belege enthalten (*Bst. e*). Dazu gehören Kopien von Familienausweis, Steuerklärung, Lohnabrechnungen (etwa der letzten drei Monate) und Bestätigungen der Pensionskassen über vorhandene Austrittsleistungen. Wie heute bereits an vielen Gerichten üblich, werden sich die Parteien für ihre Eingabe auf Merkblätter abstützen können²⁰².

Artikel 281 betrifft die *Eingabe bei Teileinigung*. Für die streitigen Scheidungsfolgen haben die Ehegatten die autoritative Entscheidung des Gerichts zu beantragen (*Abs. 1*). Fehlt dieser Antrag, so hat das Gericht die Parteien aufzufordern, ihn nachzureichen. Die Bestimmung ist das prozessuale Abbild der materiellerechtlichen Voraussetzung von Artikel 112 Absatz 1 ZGB. Aus verfahrensökonomischen Grün-

²⁰¹ 04.444 Pa.Iv. Jutzet Erwin, Obligatorische Bedenkfrist und Artikel 111 ZGB.

²⁰² Gemäss Artikel 398 Absatz 2 des Entwurfs ist zudem vorgesehen, dass für Parteieingaben vom Bund Formulare zur Verfügung gestellt werden.

den haben die Parteien das Recht, bereits bei der Verfahrenseinleitung – also nicht erst im Annexverfahren nach Artikel 283 Absatz 2 – begründete Anträge bezüglich der streitigen Scheidungsfolgen zu stellen (*Abs. 2*). Für den nichtstreitigen Teil verweist der Entwurf auf die Eingabe bei umfassender Einigung (*Abs. 3*).

Artikel 283 regelt die *Fortsetzung des Verfahrens und den Entscheid*. Dabei sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

- *Absatz 1* nimmt den Fall auf, dass die Sache bereits *spruchreif* ist. Gedacht wird an die *umfassender Einigung*. Möglich ist aber auch, dass bei anfänglicher Teileinigung die Parteien während des Verfahrens – mit oder ohne Hilfe des Gerichts – *nachträglich* doch noch eine *vollständige Vereinbarung* zustande bringen. Solche inzidente Vereinbarungen sollen *keine* neue zweimonatige Bedenkfrist auslösen. Die Scheidung kann daher auch in solchen Fällen ohne weiteres ausgesprochen werden, sofern die Vereinbarung genehmigungsfähig und die Bedenkfrist von zwei Monaten abgelaufen ist.
- Bleiben einzelne oder alle *Scheidungsfolgen streitig* – z.B. weil eine Partei zwar den Scheidungswillen, nicht aber die Vereinbarung bestätigt, was als implizite Erklärung im Sinne von Artikel 281 Absatz 1 gilt –, so kommt es zum sog. *Annexverfahren* (*Abs. 2*). Damit kann Artikel 112 Absatz 3 ZGB aufgehoben werden.
- Das Gericht setzt den Parteien eine Frist zur Einreichung begründeter Rechtsbegehren zu den streitigen Scheidungsfolgen. Um das Annexverfahren zu strukturieren, kann es die Parteirollen explizit verteilen (*Abs. 2 Satz 2*). Für den weiteren Verfahrensablauf sind keine besonderen Vorschriften nötig (vgl. Art. 216). Je nach Komplexität des Falles kann ein einfacher oder doppelter Schriftenwechsel angeordnet werden (Art. 222). Das Scheidungsgericht kann auch jederzeit eine Instruktionsverhandlung durchführen (Art. 223).
- *Absatz 3* betrifft die Frage, wie das Gericht vorzugehen hat, wenn die Parteien aus irgendeinem Grund ihren *Scheidungswillen nicht bestätigen*. In diesem Fall ist das gemeinsame Scheidungsbegehren abzuweisen und gleichzeitig jedem Ehegatten eine Frist anzusetzen, um eine Scheidungsklage einzureichen. Die verfahrensrechtliche Bestimmung in Artikel 113 ZGB wird damit überflüssig und kann gestrichen werden. Bei fristgerechter Einreichung der Scheidungsklage bleiben die Rechtshängigkeit (vgl. Art. 57 Abs. 2 Bst. d)²⁰³ und allfällige vorsorgliche Massnahmen (Art. 271) bestehen.

Die Scheidung als solche unterliegt der Berufung (*Art. 284*), doch kann sie nur noch wegen Willensmängeln angefochten werden. Im Vergleich zum geltenden Recht (Art. 149 ZGB) bringt die neue Bestimmung damit eine Vereinfachung. Eine Anfechtung des Urteilsbezüglich der Scheidungsfolgen richtet sich hingegen nicht nach Artikel 284. Vielmehr gilt für sie das allgemeine Rechtsmittelsystem.

²⁰³ Der Fortbestand der Rechtshängigkeit ist für den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstands wesentlich, vgl. Art. 204 Abs. 2 und 236 Abs. 2 ZGB.

Für die Scheidungsklage sieht der Entwurf insofern eine wesentliche Vereinfachung vor, als sie – wie die Klage bei vereinfachten Verfahren (vgl. Art. 240) – ohne schriftliche Begründung eingereicht werden kann (Art. 285 Abs. 1). Eine begründete Klage zum Scheidungspunkt und zu den Scheidungsfolgen ist zwar möglich, aber nicht obligatorisch. Der Entwurf führt die einzelnen Elemente auf, welche eine Scheidungsklage mindestens enthalten muss. Dazu gehören neben den Rechtsbegehren zu den Scheidungsfolgen auch die Angabe des Scheidungsgrunds (Art. 114 oder 115 ZGB), auf die sich die klagende Partei beruft. Damit ist beim Gericht eine erste Triage in einfachere und schwierigere Fälle möglich und eine allfällige Einigungsverhandlung kann sinnvoll vorbereitet werden. Eine Partei kann in der Klage verlangen, dass das Gericht über die Scheidungsfolgen eine *Einigungsverhandlung* durchführt (Art. 285 Abs. 2). Eine Einigungsverhandlung kann vom Gericht aber auch von Amtes wegen angeordnet werden, insbesondere wenn die klagende Partei eine schriftlich begründete Scheidungsklage eingereicht hat.

- In der Einigungsverhandlung prüft das Gericht zunächst, ob ein *Scheidungsgrund feststeht* (Art. 286 Abs. 1). Dies ist praktisch nur beim Scheidungsgrund des Getrenntlebens (Art. 114 ZGB) möglich, da in diesen Fällen die Sachverhaltsermittlung relativ einfach ist.
- Liegt der Scheidungsgrund vor, so versucht das Gericht zwischen den Ehegatten eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen (Art. 286 Abs. 2). Eine solche Einigung ist für die Parteien wie im geltenden Recht bindend und kann nicht einseitig widerrufen werden. Bei erfolgreicher Einigung kann das Gericht in einfachen Fällen allenfalls im gleichen Termin die Vereinbarung genehmigen (Art. 274) und die Scheidung aussprechen. Zu beachten ist, dass nach dem Entwurf in den Fällen, in welchen der Scheidungsgrund gegeben ist, nicht etwa ein Verfahrenswechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren stattfindet, wenn die Parteien über den Scheidungspunkt einig sind (Art. 287 Abs. 2). Haben die Parteien bereits seit zwei oder mehr Jahren getrennt gelebt, so macht die zweimonatige Bedenkfrist keinen Sinn mehr und würde nur das Verfahren unnötig erschweren.
- Liegt zwar der Scheidungsgrund vor, misslingt jedoch die Einigung über die Scheidungsfolgen, so ist darüber ein kontradiktorisches Verfahren durchzuführen, das mit dem entsprechenden Scheidungsurteil beendet wird (Art. 286 Abs. 3).

Steht der *Scheidungsgrund* bei der Einigungsverhandlung dagegen *nicht fest* – was vor allem bei Klagen gestützt auf Artikel 115 ZGB zutreffen wird –, so ist für den weiteren Gang des Verfahrens entscheidend, ob zwischen den Parteien Einigkeit über die Scheidung als solche besteht oder nicht.

- Bei fehlender Einigkeit setzt das Gericht der klagenden Partei eine Frist zur schriftlichen Klagebegründung. Bei Nichteinhaltung der Frist wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 286 Abs. 3).
- Bei Einigkeit über den Scheidungspunkt wird das Verfahren nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt (Art. 287 Abs. 1). Artikel 116 ZGB kann gestrichen werden.

Artikel 288 enthält eine Sonderbestimmung für die Umwandlung einer Scheidung in eine Trennungsklage (Art. 138 Abs. 2 ZGB; für den umgekehrten Fall vgl. Art. 289 Abs. 2). Für die übrigen Fälle von Klageänderungen, welche die Scheidungsfolgen betreffen, gelten – unter Vorbehalt der Kinderbelange (vgl. Art. 291) – die allgemeinen Bestimmungen (vgl. Art. 226).

Art. 289 Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen

Diese Bestimmung ersetzt Artikel 110 ZGB, der somit gestrichen werden kann. Auf eine explizite Verfahrensbestimmung betreffend die Ehetrennung auf gemeinsames Begehren wird verzichtet. Es versteht sich von selbst, dass auch hier die Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren analog Anwendung finden. Artikel 117 Absatz 2 ZGB kann deshalb ebenfalls gestrichen werden.

5.21 Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten

Der siebte Titel des zweiten Teils vereinigt die zivilprozessualen Bestimmungen über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. Die entsprechenden Vorschriften des ZGB (Art. 144–147, 254, 280–284 ZGB) können damit aufgehoben werden (vgl. Ziff. 3 des Anhangs).

Art. 290 und 291 Allgemeine Bestimmungen

Das erste Kapitel enthält *Bestimmungen*, die dem Kindeswohl dienen:

- Artikel 290 schreibt für *selbstständige Klagen* – streitwertunabhängig – das vereinfachte Verfahren vor (vgl. Art. 240 ff.). Solche Klagen sind namentlich selbstständige Unterhaltsklagen (vgl. Art. 276 ff. ZGB), aber auch Klagen betreffend Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses. Für die Vaterschaftsklage sind zusätzlich besondere Bestimmungen zu beachten (Art. 299).
- Sodann gelten für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten die uneingeschränkte *Untersuchungsmaxime* und die *Offizialmaxime* (Art. 291). Dies entspricht dem geltenden Recht (vgl. insb. Art. 133 und 145 ZGB) und der ständigen Bundesgerichtspraxis²⁰⁴. Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime bedeutet, dass das Gericht auch ohne Parteiantrag von sich aus jede Abklärung zu treffen hat, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln. Der Entwurf spricht denn auch klar von *Erforschung* – nicht bloss von *Feststellung* (vgl. demgegenüber die abgeschwächte Untersuchungsmaxime nach Art. 243 Abs. 1). Weiter bewirkt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime eine Durchbrechung des Numerus clausus der Beweismittel (vgl. Art. 165 Abs. 2). Es gilt der sog. *Freibeweis*²⁰⁵. Auch die Nichtleistung des Kostenvorschusses für die Beweissmassnahmen entbindet das Gericht nicht von der Erforschung des Sachverhalts²⁰⁶. Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime derogiert zudem die

²⁰⁴ BGE 128 III 412 f. E. 3.

²⁰⁵ Vgl. insbes. BGE 122 I 55 E. 4, 111 II 229 E. 4.

²⁰⁶ Vgl. aber auch vorne Fussnote 132.

Eventualmaxime. Neue Tatsachen und Beweismittel, d.h. echte wie unechte Noven, müssen bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden. Die Untersuchungsmaxime gilt auch für Sachverhaltsfragen prozessualer Natur wie die Anordnung der Vertretung des Kindes (Art. 294).

- Im Einklang mit der Untersuchungsmaxime wird für *Statusprozesse* – entsprechend dem geltenden Recht (Art. 254 Ziff. 2 ZGB) – präzisiert, dass die Parteien und Dritte an allen Untersuchungen mitzuwirken haben, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind (Art. 291 Abs. 2). Dementsprechend gelten hier die allgemeinen Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten nicht (Art. 291 Abs. 2; Art. 160 ff.).
- Das Gericht ist wie bis anhin infolge der Offizialmaxime nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 291 Abs. 3).

Art. 292–296 Eherechtliche Verfahren

Die Vorschriften des zweiten Kapitels über die *Kinderbelange in eherechtlichen Verfahren* entsprechen zum grössten Teil dem geltenden Recht (vgl. Art. 144 ff. ZGB). Das Bundesgericht und die Lehre wenden diese Bestimmungen bereits heute nicht nur auf die Ehescheidung, sondern auch auf den Eheschutz an²⁰⁷. Der Entwurf bringt jedoch auch einige Neuerungen und Präzisierungen.

- Wegen der besonderen Bedeutung der (Familien-) Mediation im Zusammenhang mit Kinderbelangen sieht der Entwurf vor, dass das Gericht die Parteien zu einem *Mediationsversuch auffordern* kann (Art. 292 Abs. 2). Diese Mediation kann sogar unentgeltlich sein (Art. 215).
- In der Praxis hat der Umfang der Protokollierung von *Kinderanhörungen* bzw. die Information der Eltern Fragen aufgeworfen, die in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung geklärt werden (Art. 293 Abs. 2)²⁰⁸.
- Geregelt wird neu auch das *Beschwerderecht* des urteilsfähigen Kindes im Zusammenhang mit der Anhörung (Art. 293 Abs. 3) und der Nichtanordnung der Vertretung (Art. 294 Abs. 4).
- Die Voraussetzungen einer *Vertretung des Kindes* und die *Kompetenzen des Beistands oder der Beiständin* sind weitgehend entsprechend dem bisherigen Recht geregelt (294 und 295; vgl. Art. 146 f. ZGB). Aus der systematischen Stellung der Bestimmungen ergibt sich klar, dass sie inskünftig auf alle eherechtlichen Verfahren Anwendung finden sollen. Präzisiert wird überdies, wem der Entscheid zu eröffnen ist (Art. 296). Neu soll das Gericht selber und nicht mehr die Vormundschaftsbehörde den Beistand oder die Beiständin ernennen (vgl. Art. 147 ZGB).

²⁰⁷ Vgl. z.B. BGE 131 III 553 E. 1.1. betreffend die Anhörung des Kindes nach Art. 144 ZGB im Eheschutzverfahren.

²⁰⁸ Vgl. dazu insbesondere BGE 122 I 53 ff.

Das dritte Kapitel bestimmt, welche Angelegenheiten wegen ihrer Natur bzw. zeitlichen Dringlichkeit im summarischen Verfahren abzuwickeln sind.

Im Vordergrund stehen internationale *Kindesenführungen* (Art. 297 Bst. a). Für sie gelten folgende Besonderheiten (Art. 298):

- Die gerichtlichen Anordnungen sind immer mit den erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden, um die *direkte Vollstreckung* zu ermöglichen (Abs. 1; vgl. auch Art. 335).
- Zum Zwecke der Deeskalation misst der Entwurf dem Dialog zwischen den Eltern hohe Bedeutung zu: Das Gericht hat von Amtes wegen eine Einigung der Parteien zu versuchen oder sie zu einer Mediation aufzufordern (Abs. 2); auch diese Mediation kann unentgeltlich sein (Art. 215).
- Die Eltern sind – soweit erreichbar – persönlich anzuhören; für die *Anhörung* des betroffenen Kindes gilt die besondere Bestimmung von Artikel 293 (Abs. 3).
- Bei Kindesenführungen ist immer eine *Vertretung des Kindes* anzuordnen (Abs. 4). Diese hat den gleichen Status und die gleichen Kompetenzen wie die Vertretung in den eherechtlichen Verfahren.
- Im Übrigen ist das kantonale Gericht (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. h) auch für *Kindesschutzmassnahmen* und für die Regelung des *persönlichen Verkehrs* zuständig (Abs. 5).

Mit diesen Vorschriften nimmt der Entwurf Vorschläge der Eidgenössischen Expertenkommission über den Kindesschutz bei Kindesenführungen auf²⁰⁹. Darüber hinaus beabsichtigt der Bundesrat, das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern zu ratifizieren. Noch dieses Jahr soll über einen Entwurf für ein Bundesgesetz über internationale Kindesenführungen und die Haager-Übereinkommen zum Schutze von Kindern und Erwachsenen das Vernehmlassungsverfahren eröffnet werden.

Das vierte Kapitel schliesslich enthält ergänzende Bestimmungen zur *Vaterschaftsklage*. Die Artikel 299 (*vorsorgliche Massnahmen*) und Artikel 300 (*Zuständigkeit*) des Entwurfs entsprechen den Bestimmungen des geltenden Rechts (Art. 280 Abs. 3, 282–284 ZGB); diese können demnach aufgehoben werden. Gleiches gilt von den Artikeln 280 und 281 ZGB über das Verfahren und die vorsorglichen Massnahmen, die ebenfalls nicht mehr notwendig sind (vgl. Art. 290, 291 Abs. 1).

²⁰⁹ Vgl. den Schlussbericht dieser Experten-Kommission vom 6. Dezember 2005.

5.22 Verfahren bei eingetragener Partnerschaft

Der achte Titel des zweiten Teils sieht drei Bestimmungen zum Verfahren bei eingetragener Partnerschaft²¹⁰ vor.

- *Artikel 301* zählt die Fälle auf, in denen das *summarische Verfahren* zur Anwendung gelangt. Der Geltungsbereich dieser Bestimmung entspricht im Wesentlichen den Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (*Art. 302*; vgl. die Erläuterungen zu *Art. 267 ff.*).
- Für die Auflösung und die Ungültigerklärung der eingetragenen Partnerschaft²¹¹ gelten – wie bisher – die Bestimmungen über das Scheidungsverfahren (*Art. 303*). Artikel 35 des Partnerschaftsgesetzes kann aufgehoben werden (vgl. *Ziff. 4 des Anhangs*).

5.23 Die Rechtsmittel

Das Rechtsmittelsystem des Entwurfs

Die Rechtsmittel bewegen sich in einem Spannungsfeld entgegen gesetzter Interessen des Rechtsstaates. So verlangt das Ziel eines möglichst *richtigen und gerechten Urteils* ein ausgebautes Rechtsmittelsystem; andererseits ruft das Anliegen einer *zeitgerechten und kostengünstigen* Justiz nach einer Beschränkung – ein zentrales Thema auch bei ausländischen Justizreformen. In diesem unauflösbaren Interessenkonflikt beschreitet der Entwurf einen *Mittelweg*.

Anknüpfend an die kantonalen Systeme wird auf eine sog. *Einheitsbeschwerde* verzichtet, wie sie das Bundesgerichtsgesetz neu für die Bundesrechtspflege vorsieht. Vielmehr übernimmt der Entwurf das klassische Modell des *Rechtsmittelpluralismus*. Dies wurde in der Vernehmlassung grossmehrheitlich begrüsst, zumal die Einheitsbeschwerde in der Bundesrechtspflege ohnehin nicht rein durchgeführt werden konnte²¹².

Der Vorentwurf hatte drei *Hauptrechtsmittel* vorgesehen: die Appellation (*Art. 290 ff. VE*), den Rekurs (*Art. 299 ff. VE*) und die Beschwerde (*Art. 310 ff. VE*), wobei der Rekurs als Spielart der Appellation ausgestaltet war (*appel simplifié*)²¹³. In der Vernehmlassung wurde angeregt, den Rekurs zur Vereinfachung in die Appellation einzubauen. Der Entwurf nimmt diese Kritik auf. Vorgeschlagen werden somit folgende Rechtsmittel:

- die *Berufung* als primäres, vollkommenes und ordentliches Rechtsmittel (*Art. 304–315*);

²¹⁰ Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004 (PartG; SR **211.231**).

²¹¹ Vgl. *Art. 9 ff. PartG* (Ungültigkeit) und *Art. 29 f. PartG* (Auflösung).

²¹² Das Bundesgerichtsgesetz kennt drei Einheitsbeschwerden: eine in Zivilsachen (*Art. 72 ff.*), eine zweite in Strafsachen (*Art. 78 ff.*) und eine dritte in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (*Art. 82 ff.*). Ausserdem sieht es – neben der Revision und der Erläuterung (*Art. 121 ff.*) – eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde vor (*Art. 113 ff.*).

²¹³ Dem Rekurs unterlagen im Wesentlichen die Entscheide des Summarverfahrens, wogegen die Appellation gegen die Entscheide des ordentlichen und vereinfachten Verfahrens zulässig war.

- die *Beschwerde* als grundsätzlich subsidiäres, beschränktes und ausserordentliches Rechtsmittel (Art. 316–325);
- die *Revision* sowie die *Erläuterung* und *Berichtigung* als ausserordentliche Rechtsmittel (Art. 326–332).

Dilatorische Rechtsmittel dürfen das Verfahren nicht verlängern und die Vollstreckung nicht hinauszögern. Der Entwurf sieht daher vor, dass jedes Rechtsmittel – Berufung, Beschwerde und Revision – sofort und ohne Stellungnahme der Gegenpartei erledigt werden kann, wenn es offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erscheint (*Vorprüfung*, vgl. Art. 309, 320 und 328). Zudem kann die zweite Instanz den Aussichten eines Rechtsmittels durch *Entzug bzw. Gewährung der aufschiebenden Wirkung* Rechnung tragen.

Vorgaben der Bundesrechtspflege

Für den kantonalen Instanzenzug sind gewisse Vorgaben des neuen Bundesgerichtsgesetzes zu beachten, um einen reibungslosen Anschluss an den Rechtsweg zum Bundesgericht zu gewährleisten:

- Es gilt das Prinzip der sog. *double instance* (Art. 75 BGG). Danach muss ein erstinstanzlicher kantonalen Entscheid zunächst an ein oberes kantonales Gericht weiter gezogen werden, bevor er mit Beschwerde an das Bundesgericht getragen werden darf.
- Der letzten kantonalen Instanz darf nicht weniger *Kognition* zukommen als dem Bundesgericht (Art. 111 Abs. 3 BGG).
- In vermögensrechtlichen Streitigkeiten können *Rechtsfragen grundlegender Bedeutung* dem Bundesgericht auch dann vorgelegt werden, wenn sie die Streitwertgrenzen des Bundesgerichtsgesetzes nicht erreichen (Art. 74 BGG). Solche Streitigkeiten müssen daher auch innerkantonal weiterziehbar sein, um dem Gebot der *double instance* nachzuleben.

Diesen Vorgaben trägt der Entwurf vollumfänglich Rechnung. Danach unterliegt prinzipiell *jeder erstinstanzliche Entscheid* einem innerkantonalen Rechtsmittel²¹⁴. Wo die Berufung mangels Streitwertes (Art. 304) oder wegen eines Ausschlussgrundes (Art. 305) versagt, greift immerhin die Beschwerde (Art. 316 ff.). Sie stimmt hinsichtlich der möglichen Rügen mit der Beschwerde in Zivilsachen überein (Art. 95 ff. BGG). Wenn das Bundesgerichtsgesetz hingegen ausnahmsweise Spielraum für eine *direkte Beschwerde an das Bundesgericht* gewährt (Art. 75 Abs. 2 und Art. 77 BGG), wird dieser vom Entwurf voll ausgenutzt: So kann der Entscheid der einzigen kantonalen Instanz (Art. 5), des Handelsgerichts (Art. 6), des prorogierten oberen Gerichts (Art. 7) sowie eines Schiedsgerichts (Art. 387) direkt beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Ziff. 2 des Anhangs).

²¹⁴ Eine Ausnahme bleibt freilich – wie im geltenden Recht – der Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages bei neuem Vermögen (Art. 265a Abs. 1 E-SchKG; vgl. Ziff. 17 des Anhangs). Diese Ausnahme ist nach wie vor gerechtfertigt, da der Entscheid im Wesentlichen nur die Parteirollen für den späteren Prozess bestimmt.

5.23.1

Die Berufung

Art. 304 und 305

Anfechtbare Entscheide

Grundsätzlich ist jeder erstinstanzliche Entscheid der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit (Sach- oder Nichteintretensentscheid) berufungsfähig (Art. 304 Abs. 1). Dabei spielt keine Rolle, ob der Entscheid im ordentlichen, vereinfachten, summarischen oder in einem familienrechtlichen Verfahren ergangen ist. Gleichgültig ist auch, ob es sich um einen End- oder Zwischenentscheid handelt (Art. 232 f.). Nur die prozessleitenden Verfügungen sind von vorneherein nicht berufungsfähig: Für sie kann aber – unter gewissen Voraussetzungen – die Beschwerde in Frage kommen (Art. 316 Bst. b). Berufungsfähig sind insbesondere auch die Entscheide über vorsorgliche Massnahmen.

Doch kennt die Berufung wesentliche *Ausnahmen*:

- Sie ist unzulässig gegen Entscheide *einzigster kantonaler Instanzen* (Art. 5–7) sowie eines *Schiedsgerichts* (Art. 354).
- *Vermögensrechtliche Zivilsachen* sind nur berufungsfähig, wenn ihr *Streitwert mindestens 10 000 Franken* beträgt (Art. 304 Abs. 2). Andernfalls kommt nur die Beschwerde in Frage (Art. 316 ff.). Der Mindeststreitwert wird im Vergleich zum geltenden kantonalen Recht etwas erhöht (die meisten Kantone gehen von 8000 Franken aus). Doch ist er – anders als nach Vorentwurf (Art. 290 Abs. 2 VE) – nicht nach dem sog. Gravamen²¹⁵ zu berechnen, sondern es gilt der Betrag, der im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war. Das Gravamensystem blieb in der Vernehmlassung sehr umstritten, denn es beschränkt den Zugang zum Rechtsmittel zusätzlich. Auch in der parlamentarischen Beratung des Bundesgerichtsgesetzes hat es sich nicht durchsetzen können. Da es widersprüchlich wäre, den Streitwert für das kantonale Rechtsmittel anders zu berechnen als für die Beschwerde an das Bundesgericht, ist auf dieses System zu verzichten. Immer berufungsfähig sind dagegen die *nichtvermögensrechtlichen Zivilsachen* (z.B. Statussachen).
- Die Streitwertgrenze gilt auch für die Anfechtung *vorsorglicher Massnahmen*, die in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit verfügt werden, und für den *Arrest* nach SchKG: So ist der Einspracheentscheid mit Berufung anfechtbar, wenn der Wert des Arrestobjekts mindestens 10 000 Franken beträgt (Art. 278 Abs. 3 E-SchKG; Ziff. 17 des Anhangs); andernfalls greift die Beschwerde (Art. 316 ff.).
- Nicht berufungsfähig sind sodann eine Reihe Entscheide, die im *summarischen Verfahren* ergangen sind (Art. 305), nämlich jene des *Vollstreckungsgerichts* (Bst. a) und bestimmte *betriebsrechtliche Angelegenheiten* (Bst. b). Diese Fälle drängen auf rasche Erledigung. Bei einer definitiven Rechtsöffnung beispielsweise liegt in der Regel bereits ein rechtskräftiger Entscheid vor, und bei der provisorischen kann der Schuldner oder die Schuldnerin alle Einwände mit der Aberkennungsklage vortragen. Ein voll-

²¹⁵ Danach wird der Streitwert nach der Differenz zwischen den zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und dem erstinstanzlichen Urteil bestimmt. Nach dieser Methode verfahren die Kantone BL und BS.

kommenes Rechtsmittel ist daher nicht notwendig. Doch unterliegen diese Entscheide der Beschwerde (Art. 316 ff.; vgl. Ziff. 17 des Anhangs).

- Schliesslich kann die Berufung auch aufgrund einer *besonderen Vorschrift* des Entwurfs entfallen: so etwa für die selbstständige Anfechtung des Kostenentscheids – selbst wenn die Hauptsache berufungsfähig wäre (Art. 108).

Art. 306 Berufungsgründe

Aufgrund ihres Charakters als *vollkommenes Rechtsmittel* kann mit der Berufung der gesamte Prozessstoff des erstinstanzlichen Verfahrens (Rechtsanwendung und Feststellung des Sachverhaltes) überprüft werden. Das obere Gericht – durch das kantonale Recht zu bezeichnen (Art. 4 Abs. 1) – hat für alle Rügen freie Kognition.

Unrichtige Rechtsanwendung (Bst. a) ist umfassend zu verstehen. Es spielt keine Rolle, ob *Bundesrecht* oder *kantonales Recht* falsch angewendet wurde, auch nicht, ob es sich dabei um einen verfahrens- oder materiellrechtlichen Fehler der ersten Instanz handelt. Unrichtige Rechtsanwendung kann also insbesondere sein:

- Fehlerhafte Anwendung der Zivilprozessordnung selbst und ihrer Ausführungsbestimmungen;
- falsche Anwendung des materiellen Bundesprivatrechts (ZGB, OR, Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht, Internationales Privatrecht usw.) und seiner Ausführungsverordnungen;
- fehlerhafte Anwendung kantonalen Privatrechts;
- unrichtige Anwendung öffentlichen Rechts (Verfassungs- und Verwaltungsrecht), soweit es für die Beurteilung der Zivilsache heranzuziehen war;
- falsche Anwendung oder Nichtanwendung ausländischen Rechts (vgl. dazu auch Art. 148 Abs. 3 sowie Art. 96 BGG).

Art. 307, 308 und 311 Erklärung und Begründung der Berufung

Die Einlegung der Berufung geschieht in zwei Schritten: Zuerst erfolgt eine einfache Berufungserklärung (Art. 307); alsdann setzt die Rechtsmittelinstanz eine angemessene Frist zur nachträglichen Begründung des Rechtsmittels (Art. 308).

Dieses Modell knüpft an die zweite Variante des Vorentwurfs an (Art. 292 f. VE). Es ist nicht zuletzt die Konsequenz des Verzichts auf eine generelle Pflicht zur schriftlichen Urteilsbegründung (Art. 235): Bei Unkenntnis der gerichtlichen Erwägungen darf von den Parteien keine begründete Rechtschrift verlangt werden. Ausserdem ist diese Variante parteifreundlicher, denn durch eine flexible Begründungsfrist kann dem Einzelfall besser Rechnung getragen werden.

In der Vernehmlassung blieb kontrovers, ob die Berufung beim *iudex ad quem* (Rechtsmittelinstanz) oder beim *iudex a quo* (Gericht, von dem das Urteil stammt) einzulegen sei. Der Entwurf entscheidet sich – dem Vorentwurf folgend – für den *iudex ad quem*. Die Anfechtung eines Gerichtsentscheids will wohlüberlegt sein, weshalb die *funktionelle Schwelle* nicht zu tief sein darf. Ausserdem ist die Rechtsmittelinstanz für das *Prozessmanagement* besser positioniert, so dass die sofortige Überwälzung des Verfahrens (Devolutiveffekt) vorteilhaft ist: Das obere Gericht entscheidet, ob der Berufung die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist, ob die Berufungsklägerin weiterhin unentgeltliche Rechtspflege geniessen soll, ob

bestimmte prozessleitende Verfügungen oder gar vorsorgliche Anordnungen zu treffen sind. Würde die erste Instanz vorderhand zuständig bleiben, so könnten die betreffenden Verfügungen wiederum mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden – eine unnötige Komplikation.

In der *Berufungserklärung* (Art. 307) müssen noch keine Rechtsbegehren gestellt oder gar eine Begründung des Rechtsmittels geliefert werden. Entsprechend kurz – zehn Tage ab Eröffnung des Entscheides – ist die Frist für diese Eingabe. Sie gilt für alle Berufungsverfahren gleich. Damit herrscht rasch Klarheit, ob gegen den Entscheid überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen wird, denn diese Frist ist nicht erstreckbar (Art. 142 Abs. 1). Immerhin besteht die Möglichkeit einer Wiederherstellung (Art. 146).

Nach Eingang der Berufungserklärung gestaltet sich das Verfahren unterschiedlich, je nachdem ob der angefochtene Entscheid bereits schriftlich begründet ist oder nicht:

- Liegt schon eine *schriftliche Entscheidungsbegründung* vor, so setzt die Rechtsmittelinstanz der Berufungsklägerin eine angemessene Frist, um das Rechtsmittel zu *begründen* und die *Rechtsbegehren* zu stellen (Art. 308 Abs. 1).
- Ist der angefochtene *Entscheid* hingegen *noch nicht schriftlich begründet*, hat die Vorinstanz dies noch nachzuholen (Art. 308 Abs. 3). Erst danach darf der Berufungsklägerin Frist angesetzt werden.

Bei der Bemessung der Begründungsfrist ist dem Umfang und der Komplexität der Streitsache Rechnung zu tragen. Nur wenn ein Entscheid des summarischen Verfahrens angefochten wird, besteht kein gerichtlicher Spielraum, denn diese Verfahren sind auch vor der oberen Instanz rasch abzuwickeln (Art. 311): Die Begründungsfrist beträgt dort nur zehn Tage. Bei verpasster Frist wird – auch dies zur Beschleunigung des Verfahrens – keine Nachfrist eingeräumt, sondern es erfolgt sogleich ein Nichteintretensentscheid (Art. 308 Abs. 2). Als gerichtliche Frist ist die Begründungsfrist aber erstreckbar, wobei das entsprechende Gesuch rechtzeitig zu stellen ist (Art. 142); auch Wiederherstellung ist möglich (Art. 146).

Die substantiellen *Anforderungen* an die Begründung sind nicht immer gleich, sondern abhängig von der Verfahrensart, auf welcher der angefochtene Entscheid beruht. So darf sie in den Angelegenheiten des *vereinfachten Verfahrens* kurz und einfach sein (laienfreundliches Verfahren)²¹⁶. Ein blosser Hinweis auf die Vorakten genügt freilich nicht. Umgekehrt hat sich die Berufungsklägerin weitschweifiger Ausführungen zu enthalten (Art. 130). Im *ordentlichen Verfahren* hingegen darf als Berufungsbegründung eine vollständige und sorgfältige Rechtsschrift erwartet werden (Art. 218).

Art. 309 und 310

Berufungsantwort und Anschlussberufung

Die Gegenpartei nimmt in der *Berufungsantwort* (Art. 309) zum Rechtsmittel Stellung. In Bezug auf die Anforderungen an diese Eingabe gilt das zur Berufungsbegründung Gesagte. Die Stellungnahme entfällt jedoch, wenn die Vorprüfung ergibt, dass die Berufung offensichtlich unzulässig (z.B. infolge Verspätung) oder offensichtlich unbegründet ist.

²¹⁶ Die Untersuchungsmaxime (Art. 243) befreit nicht von der Begründung eines Rechtsmittels (Bundesgerichtsentscheid 5C.14/2005 betr. die bundesrechtliche Berufung).

Die *Anschlussberufung* (Art. 310) ist eine Option zum Gegenangriff der berufungsbeklagten Partei: Der angefochtene Entscheid kann dann noch weiter zu Ungunsten der Berufungsklägerin abgeändert werden (*reformatio in peius*). Dieses zusätzliche Risiko bewegt die Berufungsklägerin oft zum Rückzug des Rechtsmittels. Die Anschlussberufung ist nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt und auch lediglich im Kostenpunkt zulässig.

Wie die Berufung wird auch das Anschlussrechtsmittel in zwei Schritten eingelegt: zunächst durch die *Anschlussklärung* (Art. 310 Abs. 1), sodann durch Nachlieferung der *Begründung* (Abs. 2). Für die Formalitäten gilt ebenfalls das zur Berufung Gesagte. Die Rechtsmittelinstanz hat die Begründung der Anschlussberufung der Berufungsklägerin zur Stellungnahme zuzustellen (rechtliches Gehör). Die Anschlussberufung ist abhängig von der Berufung, was der Entwurf präzisiert (Abs. 3).

Art. 312 Aufschiebende Wirkung

Weil die Berufung ein ordentliches Rechtsmittel ist, kommt ihr grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu (Abs. 1). Solange die Berufungsklägerin lediglich Berufung erklärt hat (Art. 307), gilt der Suspensiveffekt umfassend. Je nach Anträgen kann er sich nach Eingang der Berufungsbegründung reduzieren, sodass der unangefochtene Teil des Entscheids in Rechtskraft erwächst und vollstreckt werden kann. Diese *Teilrechtskraft* entspricht modernem Prozessrecht.

Der Suspensiveffekt schiebt sowohl die *Rechtskraft* wie auch die *Vollstreckbarkeit* auf. Doch kann die Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckung bewilligen, so dass auch ein formell noch nicht rechtskräftiger Entscheid vollstreckt werden darf (Abs. 2). Die sofortige Vollstreckung kann etwa beim Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 253) angebracht sein. Auch für ein *Geldurteil* ist sie zulässig, wodurch der Entscheid trotz fehlender Rechtskraft zur definitiven Rechtsöffnung führt (vgl. Art. 79 E-SchKG, Ziff. 17 des Anhangs). Die damit verbundene Erleichterung der Vollstreckung liegt im Interesse eines zeitgerechten Rechtsschutzes. Entsprechend der Forderung einzelner Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer kann die Rechtsmittelinstanz zu Gunsten der Gegenpartei sichernde Massnahmen oder eine Sicherheitsleistung anordnen. Nur bei Gestaltungsurteilen entfällt die Möglichkeit vorzeitiger Vollstreckung (Abs. 3; vgl. auch Art. 103 Abs. 2 Bst. a BGG).

Ausnahmsweise kommt der Berufung von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu (Abs. 4), so bei Anordnungen betreffend das *Gegendarstellungsrecht* sowie bei der Anfechtung *vorsorglicher Massnahmen*. Solche Entscheide müssen sofort vollzogen werden können. Bezüglich des Gegendarstellungsrechts entspricht die Regelung geltendem Bundesrecht (Art. 281 Abs. 4 ZGB; diese Bestimmung kann somit aufgehoben werden; Ziff. 3 des Anhangs). Die Vollstreckung einer vorsorglichen Massnahme kann indessen aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Abs. 5).

Art. 313 Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz

In der Vernehmlassung wurde das Anliegen geäussert, das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz zu präzisieren. Dem wird Rechnung getragen: Die Berufung ist ein *eigenständiges* Verfahren, wobei dem oberen Gericht ein grosser Gestaltungs-

spielraum zukommt. Je nachdem wird es den Akzent mehr auf Mündlichkeit oder auf Schriftlichkeit legen.

- Nach der *Vorprüfung* (offensichtlich aussichtsloses Rechtsmittel) und der Durchführung des *Schriftenwechsels* (Berufungsbegründung und Berufungsantwort) kann eine mündliche Verhandlung stattfinden oder sogleich aufgrund der Akten entschieden werden (*Abs. 1*). Die Rechtsmittelinstanz kann aber auch einen weiteren Schriftenwechsel anordnen (*Abs. 2*).
- Eine *Berufungsverhandlung* (Instruktions- oder Hauptverhandlung) wird geboten sein, wenn – insbesondere wegen zulässiger Noven (Art. 314) – Beweise abzunehmen sind (*Abs. 3*), oder wenn – gerade bei der Anfechtung eines Entscheides des vereinfachten Verfahrens – die schriftlichen Eingaben der Parteien zuwenig Aufschluss geben. Die Beurteilung von *Summarentscheidungen* wird dagegen meist im schriftlichen Verfahren erfolgen können.
- Zu beachten ist, dass die *Verfahrensmaximen*, die den erstinstanzlichen Prozess beherrscht haben, in zweiter Instanz weiter gelten, so die Verhandlungsmaxime des *ordentlichen Prozesses* (Art. 53 Abs. 1) und die abgeschwächte Untersuchungsmaxime des vereinfachten oder einzelner summarischer Verfahren (Art. 243, 251). Gleiches gilt für allfällige *Beweismittelbeschränkungen* (Art. 250 und 253) und *Kognitionsbeschränkungen* (z.B. Prüfung auf Evidenz nach Art. 253 oder blosses Glaubhaftmachen nach Art. 257).

Art. 314 Neue Tatsachen, neue Beweismittel und Klageänderung

Die *Zulässigkeit von Noven* im Berufungsverfahren ist in den kantonalen Zivilprozessordnungen unterschiedlich geregelt. Wenige Kantone schliessen jegliche Noven aus, andere lassen sie unbeschränkt zu. Die meisten Kantone hingegen beschreiten einen *Mittelweg*, dem der Entwurf – wie schon der Vorentwurf – im Wesentlichen folgt (*Abs. 1*): Nur *echte Noven* (Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind) können ohne weiteres vorgebracht werden. *Unechte* hingegen (Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheides vorhanden waren) sind grundsätzlich ausgeschlossen.

Besonderes gilt für Prozesse, die der *Untersuchungsmaxime* unterliegen. Auch in zweiter Instanz sind hier Noven bis zur Urteilsberatung möglich. Zu denken ist an Entscheide des vereinfachten und der eherechtlichen Verfahren sowie an Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit dem offenen Novenrecht wird auch dem laienfreundlichen Charakter dieser Verfahren Rechnung getragen. Hätten die Tatsachen und Beweismittel jedoch bereits bei der Vorinstanz eingebracht werden können, sind einer unsorgfältigen Partei die entstehenden Mehrkosten aufzuerlegen (Art. 106).

Novenrechtlich setzt das Berufungsverfahren somit dort ein, wo das erstinstanzliche Verfahren aufgehört hat – insofern ist es die Fortsetzung des erstinstanzlichen Prozesses. Für die *Klageänderung* gilt Entsprechendes, was in *Absatz 2* präzisiert wird.

Das obere Gericht kann den erstinstanzlichen Entscheid bestätigen (*Abs. 1 Bst. a*), ändern (*Bst. b*) oder aufheben und die Angelegenheit an die erste Instanz zurückweisen (*Bst. c*). Je nachdem hat die Berufung somit reformatorische oder kassatorische Wirkung.

Eine Zurückweisung hat jedoch die Ausnahme zu bleiben (*Bst. c Ziff. 1 und 2*), sonst wird der Prozess unnötig verlängert. Die erste Instanz ist an die Erwägungen des oberen Gerichts gebunden; gegen ihren neuen Entscheid ist grundsätzlich wiederum die Berufung zulässig.

Im Unterschied zum erstinstanzlichen Verfahren (vgl. Art. 235) hat die Rechtsmittelinstanz ihren Entscheid immer mit einer *schriftlichen Begründung* zu eröffnen (*Abs. 2*), dies im Hinblick auf eine mögliche Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 112 BGG). Die Begründung kann sehr knapp ausfallen, wenn der angefochtene Entscheid lediglich bestätigt wird. *Absatz 3* schliesslich dient der Klarstellung.

5.23.2 Beschwerde

Im Verhältnis zur Berufung ist die Beschwerde *subsidiär* (*Bst. a*):

- Ihr unterliegen jene Entscheide in *vermögensrechtlichen Angelegenheiten*, die mangels Streitwertes nicht berufungsfähig sind (beispielsweise der Entscheid eines Friedensrichters oder einer Friedensrichterin nach Art. 209). Wiederum spielt es keine Rolle, ob die Angelegenheit der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzurechnen ist.
- Sodann ist die Beschwerde gegeben für Angelegenheiten, bei denen die *Berufung gesetzlich ausgeschlossen* ist (Art. 305).

In zwei Richtungen jedoch ist die Beschwerde das *primäre Rechtsmittel*: Für die Anfechtung der sog. Inzidenzentscheide (*Bst. b*) und bei Rechtsverzögerung (*Bst. c*).

Inzidenzentscheide sind besondere Anordnungen des Gerichts, die im Laufe eines Prozesses zu treffen sind. Im Wesentlichen bestimmen sie den formellen Ablauf und die konkrete Gestaltung des Verfahrens (*prozessleitende Verfügungen*). Es können jedoch auch *andere Entscheide* über rein verfahrensrechtliche Zwischenfragen sein.

- Für einige dieser Anordnungen sieht der Entwurf die Beschwerde jeweils im Sachzusammenhang *ausdrücklich* vor (*Bst. b Ziff. 1*). Beispiele: Ausstand (Art. 48), Nebenintervention (Art. 73 Abs. 2), Streitverkündungsklage (Art. 80 Abs. 4), Festlegung von Vorschüssen und Sicherheitsleistungen (Art. 101), Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 119), Sistierung eines Verfahrens (Art. 124 Abs. 2), Klageüberweisung bei Konnexität (Art. 125 Abs. 2), Verhängung einer Ordnungsbusse (Art. 126 Abs. 4), Durchsetzung der Mitwirkungspflicht Dritter (Art. 164 Abs. 3), Entschädigung einer sachverständigen Person (Art. 181 Abs. 3). Weil diese Anordnungen von besonderer Tragweite sind, sollen die Betroffenen sofort Beschwerde führen dürfen, um den angeblichen Verfahrensfehler zur rügen. Sie brauchen nicht den Endentscheid in der Sache abzuwarten.

- Die selbstständige Anfechtung aller anderen Inzidenzentscheide hingegen ist erschwert, denn der Gang des Prozesses soll nicht unnötig verzögert werden (*Bst. b Ziff. 2*). Zu denken ist an prozessleitende Verfügungen wie Vorladungen (Art. 131), Terminverschiebungen (Art. 133), Fristerstreckungen (Art. 142 Abs. 2) oder Beweisaneinanderordnungen (Art. 227). Solche gerichtlichen Verfügungen können separat nur angefochten werden, wenn die betroffene Person einen *nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil* dartut. Wenn also eine Partei beispielsweise eine unrichtige Beweisverfügung oder die Ablehnung einer Zeugin oder eines Zeugen kritisieren will, kann sie das grundsätzlich erst im Rahmen des Hauptrechtsmittels gegen den Endentscheid tun.

Primär ist die Beschwerde – wie gesagt – auch bei *Rechtsverzögerung* (*Bst. c*). Darunter fällt auch die qualifizierte Form der *Rechtsverweigerung* (Art. 29 Abs. 1 BV). Auch Verfehlungen der Schlichtungsbehörde sind hier zu subsumieren, z.B. wenn die Parteien nicht innert zwei Monaten zur Verhandlung vorgeladen werden (Art. 200 Abs. 1).

Zu beachten ist, dass Inzidenzentscheide und Rechtsverzögerung der *Rechtsmittelinstanz* selber (z.B. eine prozessleitende Verfügung im Rahmen eines Berufungsverfahrens) oder *einziges kantonales Gericht* (Art. 5–7) innerkantonale nicht anfechtbar sind, sondern – bei gegebenen Voraussetzungen – einer Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen.

Art. 317 Beschwerdegründe

Hinsichtlich der *unrichtigen Rechtsanwendung* (*Bst. a*) gilt das zur Berufung Gesagte (vgl. die Erläuterungen zu Art. 306). Für Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz somit die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Diesbezüglich geht die Beschwerde weiter als die herkömmlichen «Nichtigkeitbeschwerden» oder «Nichtigkeitssklagen» des kantonalen Rechts.

Im Verhältnis zur Berufung enger gefasst sind dagegen die möglichen Rügen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts (*Bst. b*): Wie bei den heutigen kantonalen Beschwerden kann hier nur *Willkür* geltend gemacht werden (d.h. ein Verstoß gegen Art. 9 BV). Zu denken ist beispielsweise an aktenwidrige Feststellungen. Wo jedoch eine tatsächliche Feststellung auf falscher Rechtsanwendung beruht (z.B. falsche Verteilung der Beweislast, Anwendung des falschen Beweismasses, Verletzung des rechtlichen Gehörs, Verletzung der Dispositions- oder Untersuchungsmaxime), greift der umfassende Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung. Reine Willkürerügen werden daher die Ausnahme sein. Inhaltlich stimmt dieser Beschwerdegrund mit jenem des Bundesgerichtsgesetzes überein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Art. 318 und 319 Einreichen der Beschwerde

Je nachdem, ob der anfechtbare Entscheid bereits eine schriftliche Begründung enthält (Art. 235), gestaltet sich das Einreichen der Beschwerde anders.

- Sie ist schriftlich und begründet (Rechtsschrift) einzureichen, wenn ein schriftlich begründeter Entscheid vorliegt (*Art. 318*). Die Frist beträgt grundsätzlich zwanzig Tage (*Abs. 1*), für Entscheide des summarischen Verfahrens und gegen prozessleitende Verfügungen indessen nur zehn Tage (*Abs. 2*). Das Gesetz kann sogar noch kürzere Fristen vorsehen (z.B.

Art. 185 SchKG für die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung).

- Ist der angefochtene Entscheid noch nicht schriftlich begründet, so erfolgt das Einreichen der Beschwerde zweistufig wie bei der Berufung. Zunächst ist also eine *Beschwerdeerklärung* abzugeben (*Art. 319 Abs. 1*), sodann innert bestimmter Frist eine Beschwerdebegründung nachzuliefern (*Abs. 3 und 4*). Anders als bei der Berufung sind die Begründungsfristen jedoch keine variierbaren gerichtlichen, sondern fixe gesetzliche Fristen. Sie werden durch die Beschwerdeinstanz auch nicht eigens in Gang gesetzt, sondern beginnen nach der Zustellung der nachträglichen Entscheidungsbegründung automatisch zu laufen. Dieses strengere Regime dient der Verfahrensbeschleunigung, zumal die Beschwerde ein ausserordentliches Rechtsmittel ist.

Zu beachten ist, dass die Beschwerde gegen *prozessleitende Verfügungen* stets nach Artikel 318 (d.h. als Rechtsschrift) zu erheben ist, denn solche Verfügungen brauchen – weil keine eigentlichen Entscheide – auch nachträglich nicht schriftlich begründet zu werden. Nur die *Rechtsverzögerungsbeschwerde* ist nicht fristgebunden: Sie kann – ebenfalls als Rechtsschrift – eingereicht werden, solange ein aktuelles Rechtsschutzinteresse besteht (*Art. 318 Abs. 4*).

Für die Anforderungen an die *Beschwerdebegründung* gilt das zur Berufung Gesagte (vgl. die Erläuterungen zu Art. 308).

Art. 320 und 321 Beschwerdeantwort und Anschlussbeschwerde

Wie bei der Berufung prüft die Beschwerdeinstanz in einem ersten Schritt, ob das Rechtsmittel offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist (*Art. 320*). Gegebenenfalls kann somit auch die Beschwerde ohne kontradiktorisches Verfahren erledigt werden. Bei der Bemessung der Antwortfrist hat die Rechtsmittelinstanz den Grundsatz der *Waffengleichheit* zu beachten: Der Gegenpartei ist ebenso viel Zeit einzuräumen, wie der Beschwerde führenden Partei für die Begründung der Beschwerde zur Verfügung stand.

Entsprechend der heutigen Regelung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden ist eine *Anschlussbeschwerde* ausgeschlossen (*Art. 321*).

Art. 322 Stellungnahme der Vorinstanz

Vor allem bei Beschwerden gegen *prozessleitende Verfügungen* (bei diesen gibt es keine schriftliche Begründung) wird die Beschwerdeinstanz eine Stellungnahme der Vorinstanz einholen: Sie sollte deren Haltung kennen, bevor sie entscheidet. Bei *Rechtsverzögerungsbeschwerden* drängt sich eine Stellungnahme geradezu auf, denn hier liegt – infolge Untätigkeit des «inkriminierten» Gerichts – regelmässig nicht einmal ein förmlicher Entscheid vor. Von selbst versteht sich, dass die Stellungnahme der Beschwerde führenden Partei wiederum mitzuteilen ist (*Art. 51*).

Art. 323 Aufschiebende Wirkung

Als ausserordentliches Rechtsmittel hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung (*Abs. 1*). Die angefochtenen Entscheide wurden daher unmittelbar mit der erstinstanzlichen Eröffnung *rechtskräftig*. Doch kann die Rechtsmittelinstanz die

Vollstreckung aufschieben, nötigenfalls bei gleichzeitiger Anordnung sichernder Massnahmen (*Abs. 2*).

Art. 324 Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel

Anders als bei der Berufung können im Beschwerdeverfahren weder Noven (neue Tatsachen oder Beweismittel) vorgebracht noch neue Anträge gestellt werden. Auch dies entspricht dem ausserordentlichen Charakter der Beschwerde. Sie dient grundsätzlich nur der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Der Novenausschluss gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen. Der Vorbehalt in *Absatz 2* bezieht sich z.B. auf die Weiterziehung des Konkursdekrets (Art. 174 SchKG) oder der Arresteinsprache (Art. 278 Abs. 3 SchKG).

Art. 325 Verfahren und Entscheid

Der Ausschluss einer Parteiverhandlung, wie er im Vorentwurf vorgesehen war (Art. 318 Abs. 1 VE), wurde in der Vernehmlassung kritisiert. In der Regel wird das Beschwerdeverfahren zwar rein schriftlich ablaufen (*Abs. 1 und 2*), doch soll es der Rechtsmittelinstanz freistehen, bei Zweckmässigkeit auch eine Parteiverhandlung durchzuführen.

Die Beschwerde wirkt grundsätzlich *kassatorisch* (*Abs. 3 Bst. a*): Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Bei Spruchreife kann die Rechtsmittelinstanz jedoch auch einen Sachentscheid treffen (*Abs. 3 Bst. b*; reformatorische Wirkung). Dies wird etwa der Fall sein in betriebsrechtlichen Summarsachen (z.B. Rechtsöffnung, Konkursöffnung, Gewährung einer Nachlassstundung) oder bei der Anfechtung eines Kostenentseides (Art. 108). Eine *Änderung* zu Ungunsten der Beschwerde führenden Partei (*reformatio in peius*) ist dabei nicht zulässig. Bei Kassation hingegen hat die Vorinstanz aufgrund der ursprünglichen Parteibegehren zu urteilen und kann der Beschwerde führenden Partei auch weniger als im aufgehobenen Entscheid zusprechen.

Die Gutheissung einer *Rechtsverzögerungsbeschwerde* wird mit konkreten Weisungen an die erste Instanz verbunden (*Abs. 4*). Für die *Begründung* des Beschwerdeentseides (*Abs. 5*) gilt das in den Erläuterungen zu Artikel 315 Absatz 2 Gesagte.

5.23.3 **Revision**

Art. 326 Revisionsgründe

Die Revision ist allen kantonalen Zivilprozessordnungen bekannt. Sie dient der materiellen Wahrheit, indem sie aus bestimmten Gründen einen rechtskräftigen Fehlentscheid zu korrigieren erlaubt. In Bezug auf diese sog. Revisionsgründe bestehen im kantonalen Recht Unterschiede. Neben den beiden *klassischen* Gründen (Einwirkung auf das Urteil durch eine strafbare Handlung, nachträgliche Entdeckung neuer Tatsachen und Beweismittel) unterstellen einige kantonale Ordnungen auch schwere *Verfahrensfehler* sowie die Anfechtung von *Vergleichen* der Revision. Diese erweiterte Revision spielt auch in der Bundesrechtspflege (Art. 136 OG bzw. 122 f. BGG).

Wie der Vorentwurf beschränkt sich der Entwurf grundsätzlich auf die klassische Revision (so auch Art. 417 E-StPO), denn Verfahrensfehler sind mit den Hauptrechtsmitteln (Berufung oder Beschwerde) geltend zu machen. Neu hinzugekommen ist hingegen die Revision wegen Verletzung der EMRK.

Im Einzelnen nennt der Entwurf – *abschliessend* – folgende Revisionsgründe:

- *Revision wegen Noven (Abs. 1 Bst. a)*, wobei es sich um *unechte* handeln muss (Tatsachen und Beweismittel, welche zurzeit des damaligen Prozesses bereits vorhanden waren, die aber aus entschuldbaren Gründen nicht vorgebracht werden konnten). Unsorgfältige Prozessführung wird nicht mit Revision belohnt²¹⁷.
- *Revision wegen einer strafbaren Handlung (Verbrechen oder Vergehen; Abs. 1 Bst. b)*: Dieser Grund ist beispielsweise gegeben, wenn durch falsches Zeugnis, falsches Gutachten, falsche Übersetzung, Gebrauch gefälschter Urkunden oder Bestechung auf den Entscheid eingewirkt wurde. Das Verbrechen oder Vergehen muss somit *kausal* für den Fehlentscheid sein.
- *Anfechtung bestimmter Dispositionsakte einer Partei (Abs. 1 Bst. c)*: Mangels Entscheidqualität können ein Vergleich, ein Klagerückzug oder eine Klageanerkennung weder mit Berufung noch mit Beschwerde angefochten werden. Die Anfechtungsmöglichkeit mit Revision hingegen entspricht einer modernen Tendenz im Prozessrecht. Als Revisionsgrund kommen vorab Willensmängel in Frage (Art. 21 ff. OR).
- *Revision wegen Verletzung der EMRK (Abs. 2)*: Dieser Revisionsgrund ist der Bundesrechtspflege bereits bekannt (Art. 139a OG, nun Art. 122 BGG; vgl. auch Art. 417 Abs. 2 E-StPO). Kantonal allerdings ist er nur vereinzelt anzutreffen. Dem Revisionsgesuch ist jedoch nur stattzugeben, wenn die konkrete EMRK-Widrigkeit nicht anders – insbesondere durch Entschädigung – ausgeglichen oder beseitigt werden kann.

Örtlich und sachlich zuständig für die Revision ist das Gericht, welches zuletzt in der Sache geurteilt hat (*Einleitungssatz Abs. 1*).

Art. 327 und 328

Revisionsgesuch, Fristen und Stellungnahme
der Gegenpartei

Im *Revisionsgesuch* ist der geltend gemachte Grund darzutun (*Art. 327 Abs. 1*). Zeitlich unterliegt es einer doppelten Verwirkung: Zum einen ist es innert neunzig Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes einzureichen. Diese *relative Frist* entspricht der Regelung vieler kantonaler Zivilprozessordnungen sowie dem Entwurf StPO (Art. 418 E-StPO) und der Bundesrechtspflege (Art. 124 BGG). Mit «Entdeckung» ist sichere Kenntnis gemeint. Hat ein Strafverfahren stattgefunden, so beginnt die relative Frist erst mit dessen Abschluss (Urteil oder Verfahrenseinstellung). Auch für die Anfechtung der Dispositionsakte (Art. 326 Abs. 1 Bst. c) gilt diese Frist und nicht etwa die längere obligationenrechtliche Anfechtungsfrist (Art. 31 OR).

²¹⁷ BGE 105 II 271

Zudem ist die Revision aus Gründen der Rechtssicherheit an eine *absolute* Frist geknüpft (*Art. 327 Abs. 2*): Sie beträgt – analog zur Regelung in der Bundesrechtspflege (*Art. 124 Abs. 2 BGG*) – zehn Jahre ab Eintritt der Rechtskraft des angeblichen Fehlentscheids. Nur die Revision wegen einer strafbaren Handlung unterliegt dieser Beschränkung nicht.

Die Gegenpartei hat das Recht, zum Revisionsgesuch Stellung zu nehmen (*Art. 328*). Dies wird auf entsprechende Anregung in der Vernehmlassung präzisiert.

Art. 329 Aufschiebende Wirkung

Als ausserordentliches Rechtsmittel hat die Revision keine aufschiebende Wirkung (*Abs. 1*): Der Entscheid bleibt rechtskräftig und vollstreckbar. Ausnahmsweise kann das Gericht jedoch die Vollstreckung aufschieben, sollte sie noch nicht stattgefunden haben (*Abs. 2*). Zu berücksichtigen sind dabei die Erfolgsaussichten der Revision sowie die Schwere des Nachteils, der bei Verweigerung des Aufschubs droht²¹⁸. Nötigenfalls sind zum Schutz der Gegenpartei sichernde Massnahmen zu treffen.

Art. 330 und 331 Entscheid

Ein Revisionsverfahren kann verschiedene Phasen durchlaufen:

- Zunächst hat das Gericht über das Revisionsgesuch zu entscheiden (*Art. 330*). Ist es verspätet oder unzulässig, wird darauf nicht eingetreten; ist es unbegründet, wird es abgewiesen. In diesen Fällen bleibt der rechtskräftige Entscheid bestehen und der Revisionskläger oder die Revisionsklägerin hat die Kosten- und Parteientschädigung des Revisionsverfahrens zu übernehmen.
- Wird das Gesuch hingegen *gutgeheissen*, so hebt das Gericht seinen früheren Entscheid auf. Damit wird der Weg frei zur Neubeurteilung der Sache (*Art. 331 Abs. 1 und 2*). Der neue Entscheid ist immer schriftlich zu begründen (*Art. 331 Abs. 3*).

5.23.4 Erläuterung und Berichtigung

Art. 332

Erläuterung und Berichtigung sind keine eigentlichen Rechtsmittel, sondern nur sog. Rechtsbehelfe: Sie bezwecken keine *Änderung*, sondern die Klarstellung eines Entscheides. Diese Rechtsbehelfe sind auch in der Bundesrechtspflege (*Art. 129 BGG*) sowie einigen kantonalen Zivilprozessordnungen bekannt²¹⁹.

Grundsätzlich unterliegen ihnen alle Sach- und Prozessentscheide, unabhängig davon, ob sie bereits in Rechtskraft erwachsen sind. Auch Entscheide über vorsorgliche Massnahmen können erläutert und berichtigt werden. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird – entsprechend einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehme-

²¹⁸ Vgl. ZR 97 Nr. 2.

²¹⁹ So in Zürich (§ 162 ff. und § 166 GVG); Bern hingegen kennt nur die Berichtigung (*Art. 334 Abs. 2 ZPO/BE*); im Kanton Waadt sind nur Endentscheide erläuterungsfähig (*Art. 482 ZPO/VD*).

rinnen und -teilnehmer – nicht vorausgesetzt, dass der Entscheid noch nicht vollstreckt ist. So können beispielsweise falsch berechnete Unterhaltsbeiträge oder Forderungen auch noch nach ihrer Vollstreckung berichtigt werden.

Örtlich und sachlich zuständig ist das Gericht, welches den betreffenden Entscheid gefällt hat (*Abs. 1*). Widersprüchlichkeit und Unklarheit müssen auf mangelhafte Formulierungen zurückzuführen sein. Materielle Fehler (falsche Rechtsanwendung) sind rechtzeitig mit den Hauptrechtsmitteln zu rügen. Erläuterung und Berichtigung können auch von Amtes wegen vorgenommen werden. Dies entspricht einem praktischen Bedürfnis, auf das in der Vernehmlassung hingewiesen wurde.

Verlangt eine Partei eine Erläuterung oder Berichtigung, so kann die Gegenpartei dazu Stellung nehmen (*Abs. 2*). Dass das Gesuch keine aufschiebende Wirkung hat, wird ebenfalls präzisiert. Der Entscheid über das Berichtigungs- oder Erläuterungsgesuch unterliegt der Beschwerde (*Abs. 3*). Ein erläuteter oder berichtigter Entscheid wird den Parteien neu eröffnet (*Abs. 4*). Damit beginnt die Frist für das zutreffende Hauptrechtsmittel (Berufung bzw. Beschwerde) neu zu laufen.

5.24 Vollstreckung

5.24.1 Vollstreckung von Entscheiden

Art. 333 Geltungsbereich

Die Bestimmungen des ersten Kapitels dieses Titels regeln primär die sog. *Realvollstreckung* (Vollstreckung von Entscheiden, die nicht auf Geld lauten; *Abs. 1*). Für die Geldleistungen bleibt wie bisher das SchKG anwendbar (*Abs. 2*).

Absatz 3 ist internationales Zivilprozessrecht: Er bestimmt das Verfahren für das sog. *Exequatur* (Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheide, vgl. etwa Art. 25 ff. IPRG und 31 ff. LugÜ). Zugleich präzisiert er den allgemeinen Vorbehalt nach Artikel 2.

Art. 334 Vollstreckbarkeit

Anders als der Vorentwurf wird die Vollstreckbarkeit definiert. Sie tritt regelmässig mit der formellen Rechtskraft des Entscheids ein (*Abs. 1 Bst. a*). Formelle Rechtskraft bedeutet, dass der Entscheid nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Doch gibt es Fälle, in denen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit zeitlich auseinander fallen:

- Bei der Berufung kann die Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckung des noch nicht rechtskräftigen Entscheids bewilligen (*Abs. 1 Bst. b*; vgl. Art. 312 Abs. 2).
- Bei einem ausserordentlichen Rechtsmittel (Beschwerde und Revision) hat die Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit, die Vollstreckung aufzuschieben, obwohl der Entscheid bereits rechtskräftig ist (Art. 323 Abs. 2 und Art. 329 Abs. 2).

Eine Bescheinigung der Vollstreckbarkeit nach *Absatz 2* ist insbesondere im Hinblick auf die direkte Vollstreckung (Art. 335) unerlässlich. Auch das Betreibungsamt kann eine solche Bescheinigung verlangen, wenn der Gläubiger nach erteilter

definitiver Rechtsöffnung das Fortsetzungsbegehren stellt. Die Bescheinigung ist vom Gericht auszustellen, das den zu vollstreckenden Entscheid getroffen hat²²⁰.

Art. 335 Direkte Vollstreckung

Herkömmlicherweise geht der Realvollstreckung ein Vollstreckungsgesuch voraus (Art. 336–339). In diesem Fall prüft das Vollstreckungsgericht die Vollstreckbarkeit und ordnet die entsprechenden Massnahmen an (Art. 341). Die klassische Realvollstreckung ist somit «indirekt» – es bedarf zuvor einer «Bewilligung» des Vollstreckungsgerichts.

Zur Beschleunigung und Erleichterung sieht der Entwurf eine Alternative vor: Bereits das urteilende Gericht darf die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen (vgl. Art. 232 Abs. 3), so dass sich ein späterer Gang zum Vollstreckungsgericht erübrigt (*Abs. 1*). Beispielsweise kann der Entscheid der verpflichteten Partei eine Frist für die Herausgabe des Streitobjekts setzen und zugleich die Polizei mit der Wegnahme oder Räumung beauftragen, falls diese Frist nicht eingehalten wird. Die Vollstreckbarkeitsbescheinigung wird allfällige Zweifel der Polizei an der Vollstreckbarkeit beseitigen.

Die direkte Vollstreckung gilt auch *interkantonal*. Stammt der Entscheid z.B. von einem Waadtländer Gericht und liegt die wegzunehmende Sache im Kanton Solothurn, so kann sich die obsiegende Partei direkt an die Solothurner Polizei wenden, ohne zuvor noch bei einem Solothurner Gericht ein Vollstreckungs- oder Exequaturgesuch stellen zu müssen. Damit wird die Schweiz zu einem *einheitlichen Vollstreckungsraum*.

Auch bei der direkten Vollstreckung hat die unterlegene Partei jedoch die Möglichkeit, *Einwendungen* vorzubringen und um Einstellung des Verfahrens nachzusuchen (*Abs. 2*). Diese Notbremse ist Artikel 85 SchKG nachgebildet.

Art. 336–339 Vollstreckungsverfahren

Ist die direkte Vollstreckung nicht möglich, muss sich die obsiegende Partei zunächst an das Vollstreckungsgericht wenden.

- Im *Vollstreckungsgesuch* sind die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit darzulegen und die erforderlichen Urkunden (Entscheid, Entscheidsurrogat wie z.B. ein gerichtlicher Vergleich, Vollstreckbarkeitsbescheinigung) beizulegen (*Art. 336*). Die gesuchstellende Partei trägt die Beweislast für die Vollstreckbarkeit.
- Für die örtliche Zuständigkeit sieht der Entwurf drei alternative Gerichtsstände vor (*Art. 337 Abs. 1*). Traditions- und naturgemäss handelt es sich beim Vollstreckungsverfahren um ein summarisches Verfahren (*Abs. 2*).
- Bei Bedarf kann das Vollstreckungsgericht sichernde Massnahmen anordnen, nötigenfalls auch überfallartig, d.h. ohne vorgängige Stellungnahme der unterlegenen Partei (*Art. 338*). Dies gilt insbesondere für sichernde Massnahmen im Anschluss an ein erstinstanzliches Exequaturverfahren nach dem Lugano-Übereinkommen (vgl. Art. 39 LugÜ). Im Bereich der Vollstreckung

²²⁰ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 2A.69/2003.

von Geldforderungen bleibt diesbezüglich der Arrest vorbehalten (Art. 271 SchKG).

- Das Vollstreckungsgericht prüft die Vollstreckbarkeit von Amtes wegen (Art. 339 Abs. 1). Somit hat es auch ohne entsprechende Einwendung der verpflichteten Partei abzuklären, ob der Entscheid gehörig eröffnet wurde, ob er formell rechtskräftig ist oder ob gegebenenfalls die vorzeitige Vollstreckung bewilligt wurde. Materiellrechtliche Einreden gegen die Vollstreckung hingegen muss die verpflichtete Partei selber ins Spiel bringen (Verhandlungsmaxime). Entsprechend ist das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht *kontradiktorisch* (Art. 339 Abs. 2).
- Zudem sind die *materiellrechtlichen Einwendungen* beschränkt (Art. 339 Abs. 3): Grundsätzlich dürfen nur echte Noven wie seitherige Tilgung, Stundung, Verjährung oder Verwirkung angerufen werden – ähnlich wie bei der definitiven Rechtsöffnung des Betreibungsrechts (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Wie dort sind Tilgung und Stundung mit Urkunden zu beweisen (Abs. 3). Nicht gerügt werden können somit Verfahrensfehler des Gerichts, das den zu vollstreckenden Entscheid gefällt hat (z.B. fehlende Zuständigkeit, fehlende gesetzliche Vertretung der verpflichteten Partei usw.) – auch nicht bei der *interkantonalen Vollstreckung*. Solche Mängel sind mit den Hauptrechtsmitteln gegen das Sachurteil zu rügen. Inner- und ausserkantonale Entscheide werden somit vollständig gleichgestellt²²¹ – neu auch für die Vollstreckung in Geld (vgl. Art. 81 E-SchKG, Ziff. 17 des Anhangs²²²).

Eine Gleichstellung der inner- und ausserkantonalen Titel erfolgt zudem für die Geldvollstreckung schweizerischer *Verwaltungsverfügungen*, d.h. für Verfügungen von Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden (Art. 80 Abs. 2 E-SchKG, Ziff. 17 des Anhangs). Das betreffende kantonale Konkordat²²³ wird daher ebenfalls obsolet. Um jedoch als definitive Rechtsöffnungstitel zu gelten, müssen diese Verfügungen – wie die Gerichtsurteile – gewissen Anforderungen genügen: Dazu gehören ein klares Dispositiv, die Wahrung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren, eine Rechtsmittelbelehrung, der Nachweis der Verfügungsbefugnis der Behörde, eine gehörige Eröffnung sowie eine Bescheinigung der Vollstreckbarkeit.

Art. 340 Vollstreckung einer bedingten oder von einer Gegenleistung abhängigen Leistung

Die Bestimmung übernimmt geltendes Prozessrecht. Dabei ist die Feststellung des Bedingungseintritts unmittelbar durch das Vollstreckungsgericht nicht auf liquide Fälle beschränkt (vgl. demgegenüber Art. 331 Abs. 2 VE). Das Verfahren würde erheblich verzögert, wenn über diese Frage erneut ein (einlässlicher) Prozess beim zuständigen Sachgericht geführt werden müsste. Das summarische Vollstreckungsverfahren bietet genug Raum, denn die Beschränkung der Beweismittel auf Liquides gilt nicht ausnahmslos (vgl. Art. 250).

²²¹ Damit wird das Konkordat vom 10. März 1977 über die Vollstreckung von Zivilurteilen obsolet.

²²² Die sog. «Mini-Rechtsöffnung» bezüglich ausserkantonalen Entscheide (Art. 81 Abs. 2 SchKG) wird abgeschafft.

²²³ Konkordat vom 28. Oktober 1971 über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche.

Art. 341 Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden

Die Bestimmung führt mögliche Massnahmen der Realvollstreckung auf, wobei der Katalog nicht abschliessend ist (*Abs. 1*). Mehrere Massnahmen können miteinander verbunden werden.

- Die *Strafandrohung* nach Artikel 292 StGB (*Bst. a*) soll – als sog. mittelbarer Zwang – die verpflichtete Partei zur Realerfüllung anhalten.
- Auch die *Ordnungsbusse* (*Bst. b*) ist nur ein indirektes Zwangsmittel. Für jeden Tag der Nichterfüllung hat die unterlegene Partei eine Tagesbusse zu bezahlen. Dabei handelt es sich um einen staatlichen Anspruch – das Geld kommt also nicht der obsiegenden Partei zu Gute. Die Tagesbusse kann ein wirksames Mittel sein, um die Vollstreckung zu beschleunigen.
- Direkter Zwang (*manus militaris*; *Bst. c*) kommt namentlich für die Wegnahme beweglicher Sachen oder die Räumung von Grundstücken in Betracht, die sog. *Ersatzvornahme* (*Bst. d*) für vertretbare Leistungen (z.B. Reparatur einer Mietsache, Nachbesserung eines Werkmangels).
- Nach dem Vorentwurf hätte das Gericht zudem ein angemessenes *Zwangsgeld* an die berechnete Partei für jeden Tag der Nichterfüllung anordnen können (vgl. Art. 332 Abs. 1 *Bst. c* VE). Diese sog. *astreinte* – ein Institut des französischen Rechts – ist in der Schweiz unbekannt. Von der Ordnungsbusse unterscheidet sie sich insofern, als das Geld direkt dem Gläubiger – nicht dem Staat – zukommt. Ausserdem ist der Betrag nicht begrenzt, sondern wird grundsätzlich durch gerichtliches Ermessen bestimmt. Obwohl es durchaus effizient erscheinen mag, ist das Zwangsgeld ein problematisches Institut. Aufaddieren der Tagessummen kann die Passiven der verpflichteten Partei nämlich innert kurzer Zeit erheblich anwachsen lassen und – gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen – zu Überschuldung oder mindestens zu Liquiditätsengpässen führen. Bei Insolvenz der verpflichteten Partei werden die übrigen Gläubiger sodann benachteiligt: Deren Dividenderwartung kann markant sinken. Daher verzichtet der Entwurf auf das Zwangsgeld, zumal es auch im europäischen Umfeld umstritten ist.

Absatz 2 statuiert – ähnlich wie die Artikel 91 und 222 SchKG – Auskunft- und Duldungspflichten der unterlegenen Partei sowie auch Dritter (z.B. einer Bank). *Absatz 3* schliesslich hält fest, dass polizeiliche Hilfe in Anspruch genommen werden kann.

Artikel 335 VE sah bei immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zudem die *Einziehung* widerrechtlich hergestellter, verwendeter oder gekennzeichnete Gegenstände vor (vgl. Art. 69 PatG, Art. 63 URG, Art. 36 DesG, Art. 10 ToG²²⁴, Art. 57 MSchG). Da die Einziehung jedoch keine blosse Vollstreckungsmassnahme sondern ein selbstständiger Klageanspruch ist, belässt sie der Entwurf in den Spezialgesetzen.

²²⁴ Topographengesetz vom 9. Oktober 1992 (SR 231.2).

Art. 342 Abgabe einer Willenserklärung

Wird die beklagte Partei zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt (z.B. zur grundbuchlichen Anmeldung eines Veräusserungsgeschäfts oder zu einer Zessionserklärung), so übernimmt das vollstreckbare Urteil diese Funktion (*Abs. 1*). Um den Vollzug zu erleichtern, erteilt das urteilende Gericht den registerführenden Personen die notwendigen Anweisungen, wenn der Entscheid ein Register betrifft (*Abs. 2*).

Art. 343 Schadenersatz und Umwandlung in Geld

Die Realvollstreckung kann sich für die berechtigte Partei als Sackgasse erweisen:

- So vor allem bei Misserfolg, wenn die verpflichtete Partei die gerichtlichen Anordnungen ignoriert (*Abs. 1 Bst. a*). Dann kann es zur sog. *Taxation* kommen – ein bewährtes Institut des kantonalen Prozessrechts, das der Entwurf übernimmt. Es dient dazu, der berechtigten Partei umgehend *Werter-satz* in Geld für die ausgebliebene Realleistung zu verschaffen (z.B. Geldwert eines Bildes, das bei der verurteilten Partei nicht mehr auffindbar war). Weiterer Schaden kann in diesem Summarverfahren nicht geltend gemacht werden, doch bleibt es der obsiegenden Partei unbenommen, diesbezüglich einen einlässlichen Prozess anzustrengen.
- Die berechtigte Partei muss jedoch nicht zunächst einen (mutmasslich erfolglosen) Realvollstreckungsversuch unternehmen. Vielmehr kann sie dem Vollstreckungsgericht die Umrechnung in Geld von allem Anfang an beantragen (*Abs. 1 Bst. b*). Jeder Realanspruch kann so auf einfache Art und Weise in eine Geldforderung umgewandelt und unmittelbar auf dem vielleicht erfolgreicherem Betreibungsweg vollstreckt werden (die *Taxation* ist ein definitiver Rechtsöffnungstitel). Es ist sogar möglich, dass schon das urteilende Gericht den Ersatzwert festsetzt. Anders als im kantonalen Prozessrecht ist die *Taxation* somit nicht subsidiär, denn der obsiegenden Partei sollen ineffiziente Wege erspart bleiben.

Art. 344 Rechtsmittel von dritten Personen

Nicht nur die Parteien, sondern auch Dritte können von Vollstreckungsmassnahmen betroffen sein (z.B. bei Durchsuchungen oder bei Auskunftserteilung). Sie sind daher ebenfalls zur Beschwerde befugt, was diese Bestimmung klarstellt.

5.24.2 Vollstreckung öffentlicher Urkunden

Mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde führt der Entwurf ein neues Institut in die schweizerische Rechtsordnung ein. Im europäischen Rechtsraum ist sie weit verbreitet (so in unseren Nachbarländern, aber auch in Schottland, Spanien, Portugal, Griechenland, Belgien, Luxemburg und in den Niederlanden). Allerdings besteht kein einheitlicher (europäischer) Typus, denn die einzelnen Staaten gestalten die vollstreckbare Urkunde unterschiedlich aus. Entsprechend gross ist Spielraum auch für den schweizerischen Gesetzgeber: Das Institut kann auf die jeweilige Rechtsordnung zugeschnitten werden.

Vereinfacht ausgedrückt berechtigt diese Urkunde eine Partei, die Vollstreckung für den beurkundeten Anspruch *direkt* einzuleiten – ohne zuvor einen Zivilprozess führen zu müssen. Die Urkunde ist somit *aus sich selbst* vollstreckbar, obwohl ihr die Autorität der Rechtskraft fehlt. Der verpflichteten Partei bleibt es daher unbenommen, den Anspruch trotz laufender Vollstreckung gerichtlich beurteilen zu lassen. Doch kommt ihr dabei die oft schwierigere Klägerrolle zu. Und die Vollstreckung wird durch den inzidenten Zivilprozess nicht automatisch aufgehoben.

In der Vernehmlassung blieb das neue Institut umstritten.

- So wurde bereits der *Bedarf* bezweifelt, denn Urkunden – öffentliche und private – können schon heute Vollstreckungstitel sein (als Schuldanerkenntnisse bei der provisorischen Rechtsöffnung nach Art. 82 SchKG).
- Allgemein befürchtet wurde eine *Privilegierung marktmächtiger Gläubiger* (z.B. Kreditgeber), insbesondere gegenüber kleineren und mittleren Unternehmen sowie Konsumentinnen und Konsumenten.
- Kritisiert wurde sodann die Besserstellung der Urkunde gegenüber Gerichtsurteilen bei der *Vollstreckung in Geld*. Nach dem Vorentwurf hätte die Vollstreckbarerklärung den Gläubiger nämlich direkt zum Fortsetzungsbegehren ermächtigt (Art. 88 SchKG) – ohne vorgängige Betreuung (vgl. Art. 341 VE). Dies hätte den Urkundengläubiger nicht nur verfahrensrechtlich, sondern auch zeitlich bevorteilt (vgl. Art. 110 SchKG).
- Abgelehnt wurde das «Vorverfahren» auf Erteilung der sog. *Vollstreckungsklausel* durch die Urkundsperson (Art. 339 VE): Zum einen wurde es als zu schwerfällig empfunden, zum andern erschien die (beschränkte) Kognition der Urkundsperson systemfremd und unklar.

Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung (vgl. die Erläuterungen bei den einzelnen Artikeln), hält aber an der vollstreckbaren Urkunde fest – und zwar aus folgenden Gründen:

- Zunächst kann dadurch die *Diskriminierung* der Schweiz gegenüber jenen Staaten beseitigt werden, die dem Lugano-Übereinkommen beigetreten sind. Schon heute sind deren öffentliche Urkunden in der Schweiz in den gleichen Verfahren wie Urteile zu vollstrecken (Art. 50 LugÜ), während die schweizerischen Urkunden – mangels klarer gesetzlicher Regelung – im Ausland nicht dieselbe Garantie geniessen.
- Sodann kann die vollstreckbare Urkunde auch dem innerstaatlichen Rechtsverkehr erhebliche Vorteile bringen – durch Erleichterung der Vollstreckung (Gläubigerschutz) und Entlastung der Gerichte.

Art. 345 Vollstreckbarkeit

Die vollstreckbare Urkunde kann grundsätzlich jede Art von Leistungen zum Gegenstand haben (*Einleitungssatz*; für die Ausnahmen vgl. Art. 346): So z.B. einmalige oder wiederkehrende Geldleistungen (z.B. Rückzahlung und Verzinsung eines Darlehens, Ausrichtung einer Rente), Sachleistungen (z.B. Lieferung einer beweglichen Sache, Bauleistungen), Abgabe einer Willenserklärung (z.B. einer Grundbuchanmeldung zur Übertragung von Grundeigentum oder zwecks Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstück). Je nachdem, ob

die Urkunde eine Geldleistung oder eine andere Leistung (Realleistung) verbrieft, verläuft die Vollstreckung aber anders:

- Eine *Geldleistung* wird wie bisher durch Betreuung vollstreckt, wobei die besondere Urkunde neu einen *definitiven* Rechtsöffnungstitel abgibt (Art. 347).
- Die Urkunde über eine *Realleistung* wird im besonderen Verfahren nach den Artikeln 348 und 349 des Entwurfs vollstreckt.

Um jedoch in diesem Sinne vollstreckbar zu sein, hat die Urkunde – formal und inhaltlich – bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen:

1. Sie muss nach den einschlägigen kantonalen *Beurkundungsvorschriften* hergestellt worden sein (Art. 55 SchlT ZGB).
2. Sie hat eine so genannte *Unterwerfungserklärung* der verpflichteten Partei zu enthalten (*Bst. a*)²²⁵. Die Unterwerfung unter die direkte Vollstreckung erfolgt durch diese Partei persönlich; Stellvertretung ist jedoch – bei ausdrücklicher Vollmacht – zulässig. Die Urkundsperson trifft eine besondere *Rechtsbelehrungspflicht*: Sie hat die verpflichtete Partei über die Konsequenzen aufzuklären.
3. Der *Rechtsgrund* der versprochenen Leistung ist in der Urkunde zu *erwähnen* (*Bst. b*). Doch ist nicht nötig, das ganze Verpflichtungsgeschäft öffentlich zu beurkunden. Somit kann eine vollstreckbare Urkunde auch nachträglich ausgefertigt werden, auch für Leistungen, die ursprünglich mündlich, elektronisch oder in einfacher Schriftlichkeit vereinbart wurden. Ein abstraktes Schuldversprechen genügt hingegen nicht.
4. Die geschuldete Leistung ist in der Urkunde *genügend zu bestimmen* (*Bst. c, Ziff. 1*). So muss eine Geldleistung ziffermässig festgestellt oder zweifelsfrei berechnet werden können. Es gelten die gleichen Kriterien wie für die Schuldanererkennung nach SchKG.
5. Die verpflichtete Partei muss die geschuldete Leistung in der Urkunde anerkannt haben (*Bst. c Ziff. 2*).
6. Schliesslich muss die geschuldete Leistung *fällig* sein (*Bst. c. Ziff. 3*), eine Geldleistung spätestens im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 71 f. SchKG), eine andere Leistung im Zeitpunkt der Zustellung der Urkunde an die verpflichtete Partei (Art. 348 Abs. 1).

Die direkte Vollstreckung der Urkunde ist eine freie Option der berechtigten Partei. Sie kann stattdessen zunächst den Prozessweg beschreiten, um den Anspruch gerichtlich beurteilen zu lassen, und alsdann den Gerichtsentscheid auf normalem Weg vollstrecken.

Art. 346 Ausnahmen

Die vollstreckbare Urkunde darf nicht dazu dienen, den sozialen Zivilprozess und die besonderen Schutzgedanken des sozialen Privatrechts zu unterlaufen. Für bestimmte Leistungen kann sich die verpflichtete Partei deshalb nicht der direkten Vollstreckung unterwerfen – und zwar auch dann nicht, wenn der Streitwert den

²²⁵ Für Beispiele vgl. den Bericht zum VE, S. 158.

Rahmen des vereinfachten Verfahrens sprengen würde (Art. 239). Das ist vor allem für arbeits-, miet- und konsumentenrechtliche Ansprüche bedeutsam. Der Entwurf trägt damit auch der Kritik jener Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer Rechnung, die einen Missbrauch von Marktmacht befürchtet hatten.

Art. 347 Urkunde über eine Geldleistung

Die aus der Urkunde berechtigte Person hat – wie jeder andere Gläubiger – Betreuung einzuleiten, um den Anspruch zu vollstrecken. Sie darf also das SchKG-Einleitungsverfahren nicht überspringen, wie das der (diesbezüglich stark kritisierte) Vorentwurf vorgesehen hatte. Bei der Rechtsöffnung hingegen kommt sie in den Genuss erheblicher Erleichterungen: Wenn die Urkunde die Voraussetzungen nach Art. 345 erfüllt, stellt sie nicht nur einen provisorischen, sondern einen *definitiven Rechtsöffnungstitel* dar. Entsprechend wird das SchKG angepasst (Art. 80 und 81 E-SchKG, Ziff. 17 des Anhangs).

Dieser definitive Rechtsöffnungstitel hat indessen nicht die gleiche Durchschlagskraft wie ein Gerichtsentscheid: Materiell ist die verpflichtete Partei in ihren Einreden nämlich nicht beschränkt (Art. 81 Abs. 2 SchKG) – insofern bleibt die Situation dieselbe wie bei der provisorischen Rechtsöffnung. Doch liegt das *Beweismass* für die Befreiung höher: Es genügt nicht, dass die verpflichtete Partei ihre Einreden glaubhaft macht, sondern sie muss sie *sofort beweisen* können. Das verlangt in der Regel den Urkundenbeweis. Gelingt der Beweis, so kann die berechtigte Partei noch immer den *Anerkennungsprozess* führen (Art. 79 SchKG), denn der Urkunde fehlt die Rechtskraft und auch das Rechtsöffnungsverfahren spricht sich zur Begründetheit des Anspruchs nicht aus.

Andererseits kann die verpflichtete Partei auf «*Aberkennung*» klagen, wenn die definitive Rechtsöffnung erteilt wird. Allerdings kommt nicht die (aufschiebende) Aberkennungsklage nach Artikel 83 Absatz 2 SchKG zum Zuge, sondern nur ein ausserordentlicher Behelf. Im Vordergrund steht eine negative Feststellungsklage nach Artikel 85a SchKG. Auch eine Rückforderungsklage ist natürlich denkbar (Art. 86 SchKG). Erfüllt die öffentliche Urkunde die besonderen Voraussetzungen nach Artikel 345 nicht, kann sie immerhin – wie bisher – zur provisorischen Rechtsöffnung führen.

Art. 348–349 Urkunde über eine andere Leistung

Das Verfahren zur Vollstreckung einer Realleistung ist einer Betreuung nachgebildet:

- Die berechtigte Partei stellt – dem Betreibungsbegehren vergleichbar – einen entsprechenden *Antrag* bei der Urkundsperson (Art. 348 Abs. 1). Deren Zuständigkeit wird durch das kantonale Recht bestimmt. Am ehesten wird es jene Person sein, welche die Urkunde aufgenommen hat und das Original aufbewahrt.
- Die Urkundsperson stellt der verpflichteten Partei – dem Zahlungsbefehl vergleichbar – eine beglaubigte *Kopie der Urkunde* zu und setzt ihr eine 20-tägige Erfüllungsfrist. Für die Zustellung gelten die Artikel 134 ff. Die Urkundsperson hat dabei keinerlei Kognition bezüglich der Forderung – genauso wenig wie ein Betreibungsamt. Die verpflichtete Partei kann ihre

Einwände vor dem Vollstreckungsgericht geltend machen; dazu gehört auch die Rüge von Zustellungsfehlern.

- Verweigert die Urkundsperson die Zustellung, so steht der berechtigten Partei kein Rechtsmittel der ZPO zur Verfügung, denn diese Weigerung ist kein gerichtlicher Entscheid. Denkbar ist bloss eine notariatsrechtliche (kantonalrechtliche) Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Abgesehen davon bleibt der berechtigten Partei nichts anderes übrig, als die Leistung gerichtlich einzuklagen.
- Nach unbenutztem Ablauf der Erfüllungsfrist ist die berechnigte Person legitimiert, beim Vollstreckungsgericht ein *Vollstreckungsgesuch* zu stellen (Art. 348 Abs. 2).

Das anschliessende Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht verläuft gleich wie bei der Vollstreckung eines Entscheides:

- Es gilt dieselbe *örtliche Zuständigkeit* (Art. 337 Abs. 1 Bst. a und b).
- Das Vollstreckungsgericht entscheidet im *summarischen* Verfahren (Art. 337 Abs. 2). Dabei prüft es die Vollstreckbarkeit der Urkunde *von Amtes wegen* (Art. 339 Abs. 1): Auch ohne entsprechende Einwände der verpflichteten Partei hat es somit abzuklären, ob die besonderen Voraussetzungen nach Artikel 345 gegeben sind. Die gehörige Zustellung der Urkunde sowie der Ablauf der Erfüllungsfrist sind ebenfalls von Amtes wegen zu prüfen.
- Die verpflichtete Partei ist *anzuhören* (Art. 339 Abs. 2). Neben formellen Einwänden (z.B. Unzuständigkeit des Vollstreckungsgerichts, Nichteinhaltung der Erfüllungsfrist oder Mängel der öffentlichen Urkunde) kann sie auch alle *materiellen Einreden* gegen den geltend gemachten Anspruch vorbringen, sofern sie sofort beweisbar sind (Art. 349 Abs. 1). Das Beweismass für die Befreiung ist somit dasselbe wie bei der Geldurkunde (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Fehlen ihr die erforderlichen Beweismittel, so kann die verpflichtete Partei über die Forderung noch immer einen einlässlichen Zivilprozess führen (Art. 350), denn auch bei der Realvollstreckung äussern sich weder die Urkunde noch das Vollstreckungsverfahren zur Begründetheit des Anspruchs.
- Bei Bedarf sind *sichernde Massnahmen* möglich (Art. 338).
- Betrifft die öffentliche Urkunde eine *Willenserklärung*, so wird diese durch den Entscheid des Vollstreckungsgerichts ersetzt (Art. 349 Abs. 2; z.B. eine Grundbuchanmeldung). Das Vollstreckungsgericht kann daher auch die erforderlichen Anweisungen treffen.
- Der Entscheid des Vollstreckungsgerichts unterliegt der *Beschwerde* (Art. 316 ff.).

Art. 350 Gerichtliche Beurteilung

Weder die öffentliche Urkunde selbst noch der Entscheid des Vollstreckungsgerichts haben Rechtskraftwirkung in Bezug auf die geschuldete Leistung. Daher steht der verpflichteten Partei eine *Gegenklage* zur Beurteilung des Anspruchs offen, sollte sich die berechnigte Partei für die direkte Vollstreckung entschliessen.

In Betracht fällt zunächst eine negative *Feststellungsklage* der verpflichteten Partei – bei der Geldvollstreckung nach Artikel 85a SchKG (vgl. die Erläuterungen zu Art. 347), bei der Realvollstreckung nach Artikel 86 des Entwurfs. Das Feststellungsinteresse ist durch die laufende Vollstreckung bzw. Betreuung ohne weiteres gegeben. Auch eine Klage auf *Rückleistung* ist denkbar, wenn die berechtigte Partei zu Unrecht Erfüllung erhalten hat. Der Weg des Zivilprozesses steht natürlich auch der *berechtigten Partei* offen, wenn das Vollstreckungsgericht das Vollstreckungsgesuch abweist: Ihr steht primär eine Leistungsklage zur Verfügung (Art. 82).

5.25 Schiedsgerichtsbarkeit

5.25.1 Vorbemerkungen

Ausgangslage

Heute wird die nationale Schiedsgerichtsbarkeit in sämtlichen Kantonen durch das Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit²²⁶ (KSG) geregelt, während für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit das IPRG (12. Kapitel, Art. 176–194) zur Anwendung kommt.

Bei der seinerzeitigen Ausarbeitung des IPRG hatte der Bund eine Ordnung für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit geschaffen, die sich durch Flexibilität und grösstmögliche Parteiautonomie auszeichnet²²⁷. Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts bietet nun dieselbe Gelegenheit für die nationale Schiedsgerichtsbarkeit.

Steigerung der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz

Die nationale Schiedsgerichtsbarkeit soll an die Erfolge der internationalen anknüpfen (vgl. auch Ziff. 3.2.1). Der Entwurf sieht konkrete Massnahmen vor, die diesem Zweck dienen, zum Beispiel:

- Möglichkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch das Schiedsgericht selbst (Art. 372);
- Erleichterung der Verrechnungseinrede (Art. 375);
- Möglichkeit einer direkten Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 387) gegen den Schiedsspruch.

Gleichzeitig werden Mängel des geltenden Rechts beseitigt.

Beibehaltung des Dualismus nationale Schiedsgerichtsbarkeit einerseits, internationale Schiedsgerichtsbarkeit andererseits

Wie schon der Vorentwurf regelt auch der Entwurf nur die nationale Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schaffung eines *code unique* – gleiche Regeln für das nationale und das internationale Schiedswesen – fand in der Vernehmlassung keine Mehrheit. In der Tat gibt es keinen Grund, etwas an den bewährten Bestimmungen des IPRG (internationale Schiedsgerichtsbarkeit) zu ändern. Andererseits darf die nationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht einfach dem IPRG unterworfen werden, denn sonst würde ihren Besonderheiten – niedergelegt in anerkannten Regeln des Konkordates

²²⁶ KSG.

²²⁷ Botschaft des Bundesrates vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl 1983 293.

– zu wenig Rechnung getragen. Aus denselben Gründen konnte auch das UNCITRAL-Modellgesetz nicht als Vorlage dienen, denn es ist in erster Linie für internationale Schiedsverfahren konzipiert. Der heutige Dualismus wird somit beibehalten: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bleibt Gegenstand des IPRG, die nationale hingegen wird in die Schweizerische Zivilprozessordnung integriert.

Doch können die Parteien das anwendbare Schiedsrecht frei wählen, um den Nachteilen dieser Lösung zu begegnen. Auch in einer nationalen Schiedssache dürfen sie die Anwendung des IPRG vereinbaren. Dadurch können Streitigkeiten internationalen Charakters dem IPRG unterstellt werden, selbst wenn sich der Wohnsitz beider Parteien und der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz befinden (Art. 351 Abs. 2). Umgekehrt dürfen die Parteien für eine internationale Schiedssache die Anwendung des 3. Teils der ZPO vereinbaren (Art. 176 Abs. 2 E-IPRG, Ziff. 18 des Anhangs).

Grundlagen des Entwurfs

Das grundsätzlich bewährte Konkordat ist die Grundlage des Entwurfs; das IPRG und das UNCITRAL-Modellgesetz wurden für gebotene Ergänzungen und Modernisierungen zu Rate gezogen. So wird die Praxis weitgehend auf die bisherige Lehre und Rechtsprechung abstellen können.

Im Gegensatz zum Konkordat (Art. 1 Abs. 3 KSG) werden die zwingenden Bestimmungen nicht explizit aufgezählt. Ein zumal grösserer Katalog kann nur eine Fehlerquelle sein – zu Lasten der Rechtssicherheit. Der Entwurf hält daher an der Lösung des Vorentwurfes fest. Die zwingende Natur einer Regel ist jeweils durch Auslegung zu bestimmen. Aus den gleichen Überlegungen wurde auch darauf verzichtet, eine dispositive Bestimmung durch einen ausdrücklichen Hinweis auf die Zulässigkeit einer abweichenden Parteivereinbarung zu bezeichnen.

Verhältnis zum übrigen Teil der Schweizerischen Zivilprozessordnung

Die Schiedsgerichtsbarkeit stellt bewusst einen eigenständigen Teil der Zivilprozessordnung dar. Aus den Regeln, die für staatliche Gerichte gelten, sollen grundsätzlich keine Rückschlüsse für das Schiedsverfahren gezogen werden. Deshalb wird im Prinzip auch auf Querverweise auf andere Bestimmungen des Entwurfes verzichtet: Der 3. Teil der Zivilprozessordnung soll von der Praxis wie ein selbstständiges Gesetz gehandhabt und aus sich selbst heraus verstanden werden.

Die Parteien und die Schiedsrichter und -richterinnen können sich natürlich bei der Festlegung des Verfahrens durch die übrige Zivilprozessordnung inspirieren lassen oder einzelne Titel als anwendbar erklären (z.B. die Bestimmungen über den Beweis).

Wie schon das Konkordat, das IPRG und auch viele ausländische Vorbilder (weitgehend auch das UNCITRAL-Modellgesetz), regelt der Entwurf das Schiedsverfahren nicht im Einzelnen, sondern überlässt es der Vereinbarung der Parteien bzw. dem Schiedsgericht. Diese Flexibilität ist notwendig, um es den Bedürfnissen des Einzelfalls anzupassen. Daher wurde die viel kritisierte subsidiäre Anwendbarkeit des «staatlichen Prozessrechts» nicht übernommen (vgl. Art. 24 Abs. 2 KSG).

Schiedsrichtervertrag

Der so genannte Schiedsrichtervertrag (d.h. der Vertrag zwischen den Parteien und den Mitgliedern des Schiedsgerichtes) ist nicht Gegenstand des Prozessrechts, sondern ein Vertrag des materiellen Rechts. Daher ist nach dem anwendbaren materiellen Recht (in der Regel nach schweizerischem Recht) zu beurteilen, ob der Schiedsrichtervertrag als Auftrag oder lediglich als auftragsähnlich zu qualifizieren ist (vgl. auch die Erläuterungen zu den Art. 361 und 362). Die Haftung eines Schiedsrichters oder einer Schiedsrichterin für Schlechterfüllung des Mandates richtet sich ebenfalls nach dem materiellen Recht.

5.25.2 Allgemeine Bestimmungen

Art. 351 Geltungsbereich

Absatz 1 ist komplementär zu Artikel 176 Absatz 1 IPRG, der den Begriff der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit formalen Kriterien definiert (Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz, kein schweizerischer Wohnsitz oder Aufenthalt mindestens einer Partei bei Abschluss der Schiedsvereinbarung). Somit ist der Geltungsbereich des 3. Teils im Verhältnis zu Artikel 176 Absatz 1 IPRG negativ definiert.

Absatz 2 trägt der Kritik in der Vernehmlassung Rechnung. Die rein formelle Unterscheidung zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit kann die unerwünschte Folge haben, dass ähnliche Streitsachen unterschiedlichen Regeln unterstehen, nur weil eine Partei Wohnsitz in der Schweiz oder im Ausland hat. Besonders im Sportrecht kann dies zu Ungleichbehandlungen führen. Absatz 2 ermöglicht deshalb, auch nationale Schiedssachen den Artikeln 176 ff. IPRG zu unterstellen. Von dieser Möglichkeit können etwa auch die Sportverbände Gebrauch machen.

Art. 352 Schiedsfähigkeit

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem ersten Satzteil von Artikel 5 KSG. Nicht übernommen wurde Artikel 177 Absatz 1 IPRG, wonach nur vermögensrechtliche Ansprüche schiedsfähig sind.

Die Frage, ob und inwieweit ein Anspruch frei *verfügbar* ist, beurteilt sich nach dem materiellen Recht, bei nationalen Schiedssachen somit grundsätzlich nach schweizerischem Recht. Streitigkeiten über nicht verfügbare Rechte können der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht entzogen werden.

Der Begriff «freie Verfügbarkeit» geht einerseits weiter als der Terminus «vermögensrechtlicher Anspruch»: Grundsätzlich werden *auch nicht vermögensrechtliche* Streitigkeiten erfasst, wie beispielsweise der Ausschluss aus einem kulturellen Verein oder die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, wenn gleichzeitig keine geldwerten Reparationsansprüche geltend gemacht werden. Andererseits muss jeweils die freie Disponibilität des eingeklagten Anspruchs geprüft werden, was bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht erforderlich ist²²⁸.

²²⁸ Vgl. BGE 118 II 353 ff.

Keinen Einfluss auf die Schiedsfähigkeit hat hingegen der zwingende Charakter eines Gerichtsstandes. Diese Frage hat der Gesetzgeber bereits bei der Beratung des GestG entschieden²²⁹.

Art. 353 Sitz des Schiedsgerichts

Die *Absätze 1 bis 4* entsprechen inhaltlich Artikel 2 KSG, wurden aber redaktionell überarbeitet. *Absatz 5* betreffend Tagungsort ist neu und bestätigt eine sowohl in der internationalen als auch in der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit lang geübte Praxis.

Art. 354 Zuständige staatliche Gerichte

Diese Regelung weicht von Artikel 3 KSG ab, indem sie die für Rechtsmittel und Vollstreckungshilfe zuständige staatliche Instanz (oberes Gericht) bewusst von der lediglich das Verfahren unterstützenden Instanz trennt. Damit wird zum Beispiel vermieden, dass das gleiche staatliche Gericht den Entscheid einer Schiedsrichterin oder eines Schiedsrichters, die oder der von ihm ernannt worden ist, im Rechtsmittelverfahren überprüfen muss. Wie schon im Konkordat (Art. 3 KSG i.V.m. Art. 45 KSG) ist die Zuständigkeit der kantonalen staatlichen Gerichte abschliessend geregelt.

Für die in Artikel 372 geregelte alternative Kompetenz der staatlichen Gerichte zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen und deren Vollzug kommen die allgemeinen Regeln über die örtliche (Art. 12) und die sachliche Zuständigkeit (kantonaies Recht gemäss Art. 4) zur Anwendung. Der in Artikel 12 Buchstabe a vorgesehene Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, ist bei Schiedsverfahren der Sitzort des bereits konstituierten oder noch zu konstituierenden Schiedsgerichts.

5.25.3 Schiedsvereinbarung

Art. 355 Schiedsvereinbarung

Absatz 1 übernimmt Artikel 4 KSG. Der Begriff «Schiedsvereinbarung» umfasst sowohl den Schiedsvertrag, der über bereits bestehende Streitigkeiten abgeschlossen wird, als auch die Schiedsklausel, welche sich auf künftige Streitigkeiten bezieht. Der Entwurf folgt der Terminologie des IPRG (vgl. Art. 178 IRPG). Eine begriffliche Unterscheidung im Gesetz ist überflüssig.

Absatz 2 entspricht dem ersten Satzteil von Artikel 178 Absatz 3 IPRG; der zweite Satzteil dieser Bestimmung des IPRG ist bereits in Absatz 1 enthalten.

Abgelehnt wurde ein Artikel 178 Absatz 2 IRPG entsprechender Absatz über das auf eine Schiedsvereinbarung anwendbare Recht. Damit ist in der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung selbst dann ausschliesslich nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wenn auf das streitige Rechtsverhältnis ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Dies wird indessen nur selten der Fall sein.

²²⁹ AB 1999 S 892 f.

Art. 356 Form

Die Bestimmung entspricht Artikel 178 Absatz 1 IPRG. Die Schiedsvereinbarung kann daher ebenfalls mittels moderner Kommunikationsmittel (z.B. per E-Mail) abgeschlossen werden. Die Form beschränkt sich somit nicht mehr auf die Schriftlichkeit im Sinne von Artikel 13 ff. OR, wie es noch Artikel 6 KSG vorsieht. Die Bestimmung ist auch mit Artikel 2 Ziffer 2 der New Yorker Konvention²³⁰ vereinbar.

Keiner besonderen Erwähnung bedürfen statutarische oder reglementarische Schiedsklauseln (vgl. Art. 6 Abs. 2 KSG): Für sie gelten – wie für statutarische Gerichtsstandsklauseln (vgl. Art. 16 Abs. 2 des Entwurfs) – die allgemeinen Formvorschriften.

Art. 357 Bestreitung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Absatz 1 entspricht im Wesentlichen Artikel 8 KSG. Auch die richtige Konstituierung des Schiedsgerichts ist somit eine Frage der Zuständigkeit. Im geltenden Recht ist dies umstritten. Das Schiedsgericht muss seine Zuständigkeit nicht in einem anfechtbaren Zwischenentscheid bejahen.

Absatz 2 entspricht Artikel 8 Absatz 2 KSG und inhaltlich auch Artikel 186 Absatz 2 IPRG.

5.25.4 Bestellung des Schiedsgerichts

Art. 358 Anzahl der Mitglieder

Absatz 1 ist eine verkürzte Formulierung der Artikel 10 und 11 Absatz 1 KSG. Er erlaubt weiterhin die Bestellung eines Schiedsgerichts mit einer geraden Anzahl Mitglieder. Dies kommt zwar selten vor, ist aber zum Beispiel in Artikel 51 Absatz 2 der neuen Schiedsgerichtsordnung der italienischen Handelskammer für die Schweiz²³¹ für kleinere Streitwerte vorgesehen.

Absatz 2 lehnt sich an die Section 15 des englischen *Arbitration Acts* an. Es handelt sich um eine Vermutung, die sicherstellen will, dass ein Schiedsgericht nur dann mit einer geraden Anzahl Mitglieder bestellt wird, wenn dies dem effektiven Parteiwillen entspricht²³². Indessen wurde die Bestimmung von Artikel 11 Absatz 4 KSG nicht übernommen: Im Falle eines Schiedsgerichts mit einer geraden Anzahl Mitglieder liegt es daher an diesem oder an den Parteien, bei Stimmgleichheit eine Lösung zu finden.

Art. 359 Ernennung durch die Parteien

Absatz 1 entspricht Artikel 179 Absatz 1 IPRG, *Absatz 2* ist eine umformulierte Fassung von Artikel 11 Absatz 3 KSG und *Absatz 3* entspricht Artikel 11 Absatz 2 KSG. *Absatz 4* übernimmt den geltenden Artikel 274c OR.

²³⁰ Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, SR **0.277.12**.

²³¹ www.ccis.ch/pdf/Reglement_Deutsch.pdf

²³² Vgl. auch BGE **121 I** 81 ff.

Art. 360 Ernennung durch das staatliche Gericht

Absatz 1 übernimmt Artikel 12 KSG. Hinzugefügt wurde die Uneinigkeit der Parteien über die Ernennung des Präsidenten oder der Präsidentin. Entsprechend der Bundesgerichtspraxis²³³ werden auch die versäumte Ernennung durch die von den Parteien bezeichnete Stelle und die einzuhaltenden Fristen geregelt.

Absatz 2 ist neu. Er ermöglicht dem staatlichen Gericht, in einem Mehrparteienverfahren alle Mitglieder des Schiedsgerichts zu ernennen. Damit kann eine Blockierung des Verfahrens verhindert werden²³⁴. Dieses Problem besteht zum Beispiel in einem Verfahren mit vier Parteien und einem Gericht mit drei Richtern. Das staatliche Gericht hat in einem solchen Fall die Wahl, alle Richter zu ernennen oder eine andere, fallspezifische Lösung zu finden.

Absatz 3 entspricht Artikel 179 Absatz 3 IPRG.

Art. 361 Offenlegungspflicht

Diese Bestimmung ist neu. Sie entspricht nationalen und internationalen Gepflogenheiten und lehnt sich an die Formulierung von Artikel 12 Ziffer 1 des UNCITRAL-Modellgesetzes an. Wird das Schiedsrichtermandat als Auftrag qualifiziert, wie es die Lehre nahezu einhellig tut, so ergibt sich die Offenlegungspflicht ebenfalls aus den Pflichten der oder des Beauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR). Anders als im Vorentwurf wird auch die Unparteilichkeit ausdrücklich aufgeführt – zur Klarheit und Anpassung an das ausländische und internationale Recht.

Zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses und anderer Geheimhaltungspflichten wird die Offenbarungspflicht auf das *Vorliegen* von Umständen beschränkt: Die geheimnisrelevanten Umstände selbst müssen nicht offen gelegt werden.

Art. 362 Annahme des Amtes

Die *Absätze 1 und 2* entsprechen Artikel 14 KSG, ohne die Annahme auf «für die ihnen vorgelegte Streitsache» zu beschränken, wie es Artikel 14 Absatz 2 KSG vorsieht. Ob damit die Schiedsrichter und -richterinnen gehalten sind, auch bei einer erheblichen Erweiterung der Streitsache im Amt zu bleiben, wird die Praxis entscheiden. Weiter bringt Absatz 2 zum Ausdruck, dass niemand zur Übernahme eines Mandates gezwungen werden kann.

Art. 363 Sekretariat

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 15 KSG.

Art. 364 Amtsdauer

Diese Bestimmung entspricht Artikel 16 Absätze 1 und 2 KSG. Das Schiedsgericht hat innerhalb der festgelegten Frist seinen Schiedsspruch zu fällen und den Parteien zu eröffnen.

²³³ Vgl. BGE **110** Ia 59 ff.

²³⁴ Problematik dargestellt im Entscheid des französischen Kassationsgerichts vom 7. Januar 1992, Dutco, Bull.civ.I n°2.

Die Verlängerung der Frist nach *Absatz 2* ist ebenfalls anwendbar bei Ersetzung eines Mitgliedes (Art. 369) und bei Rückweisung (Art. 392 und 397), ohne dass dies ausdrücklich gesagt werden muss (vgl. demgegenüber Art. 43 Abs. 4 KSG).

Da die Regelung in Artikel 16 Absatz 3 KSG lediglich ein Anwendungsfall von Artikel 371 Absatz 4 ist, braucht sie nicht in den Entwurf übernommen zu werden.

5.25.5 Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts

Art. 365 Ablehnung eines Mitgliedes

Diese Bestimmung basiert auf Artikel 180 Absätze 1 und 2 IPRG. Wie in Artikel 361 wird die Unbefangenheit der Mitglieder des Schiedsgerichts ausdrücklich verlangt.

Art. 366 Ablehnung des Schiedsgerichts

Diese Bestimmung entspricht Artikel 19 KSG. Sie ist vor allem für Schiedsgerichte bedeutsam, bei denen ein Verband oder – bei statutarischen Schiedsklauseln – eine Gesellschaft die Bestellung des Schiedsgerichts beeinflusst²³⁵. Wie im Fall einer Ablehnung eines Mitgliedes wird auch hier eine unverzügliche Mitteilung an das Schiedsgericht und an die Gegenpartei vorgeschrieben (*Abs. 1 zweiter Satz*).

Art. 367 Ablehnungsverfahren

Die *Absätze 1 bis 3* entsprechen inhaltlich im Wesentlichen den Artikeln 20 und 21 KSG. Sie stellen klar, dass primär die von den Parteien bezeichnete Stelle anzurufen ist.

Absatz 4 ist neu und entspricht der Auffassung der Lehre.

Absatz 5 ist neu und lehnt sich an Artikel 180 Absatz 3 IPRG an. Er gilt für Ablehnungsentscheide, die von der von den Parteien bezeichneten Stelle oder vom staatlichen Gericht gefällt wurden. Um Missbräuche zu verhindern, ist ein selbstständiges Rechtsmittel – auch an das Bundesgericht – ausgeschlossen²³⁶. Der Wortlaut des Konkordats ist diesbezüglich unklar.

Art. 368 Abberufung

Absatz 1 entspricht Artikel 22 Absatz 1 KSG.

Absatz 2 fasst die Abberufung gemäss Artikel 22 Absatz 2 KSG und die Rechtsverzögerungsbeschwerde gemäss Artikel 17 KSG in eine Bestimmung zusammen. Entsprechend enthält dieser Absatz auch ein zeitliches Element («innert nützlicher Frist»).

Für die Anfechtung des Abberufungsentscheids (*Abs. 3*) gilt dieselbe Regelung wie beim Ablehnungsentscheid (Art. 367 Abs. 5).

²³⁵ Vgl. z.B. BGE 97 I 488 ff. und 76 I 87 ff.

²³⁶ Bezüglich IPRG vgl. BGE 122 I 370.

Art. 369 Ersetzung eines Mitglieds des Schiedsgerichts

Absatz 1 entspricht inhaltlich Artikel 23 Absatz 1 KSG. Er wird durch den Hinweis ergänzt, dass die Parteien etwas anderes vorsehen können – auch bereits zum Voraus in der Schiedsvereinbarung.

Absatz 2 entspricht inhaltlich Artikel 23 Absatz 2 KSG. Ausdrücklich aufgeführt werden die Fälle, in denen eine Schiedsvereinbarung als dahingefallen erachtet wird, nämlich wenn dies die Schiedsvereinbarung ausdrücklich vorsieht oder wenn die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung von der Person eines ernannten Schiedsrichters abhängt.

Absatz 3 weicht von Artikel 23 Absatz 3 KSG ab. Die Entscheidungsbefugnis über die weitere Geltung von Prozesshandlungen kommt nicht mehr dem staatlichen Gericht zu, sondern wird neu dem wiederbestellten Schiedsgericht übertragen. Das staatliche Gericht kann sich zu wenig in den Prozessstoff vertiefen, um einen sachgerechten Entscheid zu fällen. Der Entwurf trägt somit der Kritik am geltenden Rechtszustand Rechnung.

Absatz 4 entspricht Artikel 23 Absatz 4 KSG.

5.25.6 Schiedsverfahren

Art. 370 Rechtshängigkeit

Absatz 1 entspricht Artikel 181 IPRG, sieht indessen eine Neuerung vor: Die Rechtshängigkeit kann ebenfalls mit Einleitung des von den Parteien vereinbarten vorausgehenden Schlichtungsverfahrens begründet werden.

Trotz begrifflicher Identität hat die Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren nicht die gleichen Wirkungen wie im Zivilprozess vor staatlichen Gerichten. So begründet sie keine Zuständigkeit zur Erhebung einer Widerklage (vgl. hierzu Art. 375 Abs. 2).

Absatz 2 stellt das Verhältnis zwischen einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht klar, wenn beide für den gleichen Streitgegenstand zwischen denselben Parteien angerufen werden. Wird das staatliche Gericht zuerst angerufen, so kommt Artikel 59 zur Anwendung (vgl. auch Artikel 7 IPRG).

Art. 371 Allgemeine Verfahrensregeln

Absatz 1 entspricht Artikel 182 Absatz 1 IPRG.

Absatz 2 entspricht inhaltlich Artikel 182 Absatz 2 IPRG. Insbesondere ist das Weglassen des zweiten Satzteils ohne materielle Bedeutung.

Absatz 3 ist neu und bestätigt die Zulässigkeit der in der Praxis oft vorkommenden Delegation einzelner Verfahrensfragen an den Präsidenten oder die Präsidentin des Schiedsgerichts.

Absatz 4 entspricht Artikel 182 Absatz 3 IPRG.

Absatz 5 entspricht inhaltlich Artikel 25 Buchstabe d KSG. Nicht übernommen wird die Regel von Artikel 7 KSG, wonach der Ausschluss von Juristinnen und Juristen vom Schiedsverfahren nichtig ist. Ein solcher Ausschluss kann gerechtfertigt sein, etwa durch das Anliegen der Kostenersparnis oder der Förderung des Verhand-

lungsklimas. Die Praxis wird die Grenzen solcher Ausschlussklauseln festlegen, die sich aus dem rechtlichen Gehör und dem Persönlichkeitsschutz ergeben können.

Absatz 6 entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts²³⁷.

Art. 372 Vorsorgliche Massnahmen, Sicherheit und Schadenersatz

Diese neue Bestimmung trägt den Forderungen der Lehre Rechnung und ersetzt den stark kritisierten Artikel 26 KSG, der die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ausschliesslich dem staatlichen Richter vorbehält. Sie lehnt sich an Artikel 183 IPRG an.

Absatz 1 stellt im Sinne der herrschenden Lehre und Praxis zu Artikel 183 IPRG klar, dass sowohl das staatliche Gericht als auch das Schiedsgericht zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen kompetent sind. Somit hat die gesuchstellende Partei die Möglichkeit, für den vorsorglichen Rechtsschutz die ihr geeigneter erscheinende Gerichtsbarkeit zu wählen.

Absatz 2 stellt einen weiteren strittigen Punkt klar (vgl. Art. 183 Abs. 2 IPRG): Ist eine vorsorgliche Massnahme des Schiedsgerichts zu vollstrecken, so ordnet das um Mitwirkung ersuchte schweizerische oder ausländische staatliche Gericht nicht etwa eigene vorsorgliche Massnahmen an, sondern trifft lediglich die zur Vollstreckung notwendigen Anordnungen. Das staatliche Gericht wendet dabei sein eigenes Recht an. Es kann somit die vom Schiedsgericht angeordneten vorsorglichen Massnahmen umformulieren oder modifizieren, um sie so mit dem eigenen Recht in Einklang zu bringen. Zudem kann das staatliche Gericht – im Unterschied zum Schiedsgericht – auch eine Ungehorsamsstrafe nach Artikel 292 StGB androhen.

Absatz 3 räumt wie die Artikel 183 Absatz 3 IPRG und 260 Absatz 1 (für das staatliche Verfahren) dem Schiedsgericht die Kompetenz ein, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von einer angemessenen Sicherheit abhängig zu machen.

Die *Absätze 4 und 5* über die Haftung der gesuchstellenden Partei und die Freigabe der Sicherheit sind neu und entsprechen inhaltlich Artikel 260 Absätze 2 und 3 (Verfahren vor den staatlichen Gerichten). Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Schadenersatzansprüche gegenüber der gesuchstellenden Partei nur dann zuständig, wenn diese Ansprüche im laufenden Schiedsverfahren geltend gemacht werden. Andernfalls werden sie von einem staatlichen Gericht beurteilt, es sei denn, aus der Schiedsvereinbarung könne gleichwohl die Zuständigkeit des Schiedsgerichts hergeleitet werden.

Nicht geregelt werden im Entwurf – wie im IPRG – die superprovisorischen vorsorglichen Massnahmen. Solche sind aber auch im Schiedsverfahren zulässig. In Bezug auf das (nachträgliche) rechtliche Gehör kann sich das Schiedsgericht von dem für die staatlichen Gerichte geltenden Artikel 261 Absatz 2 inspirieren lassen.

²³⁷ Vgl. etwa BGE 119 II 388.

Art. 373 Beweisabnahme und Mitwirkung des staatlichen Gerichts

Absatz 1 entspricht Artikel 27 Absatz 1 KSG und Artikel 184 Absatz 1 IPRG.

Absatz 2 geht weiter als Artikel 27 Absatz 2 KSG. Er lehnt sich an Artikel 184 Absatz 2 IPRG an und schliesst gleichzeitig Artikel 185 IPRG ein. Dass das staatliche Gericht sein eigenes Recht anzuwenden hat, versteht sich von selbst. Auf eine solche Präzisierung wird deshalb verzichtet.

Absatz 3 ist neu und stellt klar, dass auch die Mitglieder des Schiedsgerichts ein Recht, aber keine Pflicht haben, an Beweisabnahmen und sonstigen gerichtlichen Handlungen teilzunehmen.

Art. 374 Streitgenossenschaft, Klagenhäufung und Beteiligung Dritter

Die beiden *Absätze 1 und 2* sind neu. Sie gestatten – unter gewissen Bedingungen – die aktive und passive Streitgenossenschaft sowie die Klagenhäufung. Durch die Möglichkeit der Durchführung von Mehrparteienverfahren wird die Effizienz der Schiedsgerichtsbarkeit gesteigert.

Absatz 3 übernimmt inhaltlich die Regelung von Artikel 28 KSG.

Art. 375 Verrechnung und Widerklage

Absatz 1 behebt einen wichtigen Kritikpunkt am Konkordat und entspricht den Bedürfnissen der Praxis. Das Schiedsgericht muss das Schiedsverfahren nicht mehr sistieren, bis das für die Verrechnungsforderung zuständige Gericht entschieden hat (vgl. demgegenüber Art. 29 KSG). Der Entwurf orientiert sich hier an den Schiedsordnungen verschiedener Handelskammern²³⁸. Umgekehrt kann ein unter eine Schiedsvereinbarung fallender Anspruch auch vor einem staatlichen Gericht verrechnet werden²³⁹.

Parteien, die vor einem Schiedsgericht oder einem staatlichen Gericht die Verrechnungsmöglichkeit ganz oder teilweise ausschliessen wollen, müssen daher einen Verrechnungsverzicht vereinbaren. Die Prüfung der Gültigkeit und des Umfangs des Verzichts fällt immer in die Kompetenz des Schiedsgerichts oder gegebenenfalls des staatlichen Gerichts.

Absatz 2 stellt klar, dass für eine Widerklage eine *übereinstimmende* Schiedsvereinbarung erforderlich ist. Ein sachlicher Zusammenhang ist demgegenüber nicht geboten. Die Schiedsvereinbarung, auf die sich die Widerklage stützt, muss daher im Wesentlichen jener der Hauptklage entsprechen. So wird eine Widerklage unzulässig sein, wenn die eine Schiedsvereinbarung ein aus Informatikfachleuten, die andere hingegen ein aus Sportrechtsspezialisten und -spezialistinnen zusammengesetztes Schiedsgericht vorsieht.

²³⁸ So Art. 12 Abs. 1 der Tessiner, Art. 29 Abs. 1 der Basler und Art. 29 Abs. 1 der Zürcher Handelskammer.

²³⁹ Vgl. die gegenteilige Meinung des Bundesgericht in einem alten Entscheid:
BGE 63 II 133.

Art. 376 Kostenvorschuss

Absatz 1 entspricht Artikel 30 Absatz 1 KSG. Der dort nur implizite Vorbehalt zu Gunsten einer Parteivereinbarung wird im Entwurf ausdrücklich genannt. Die von den Parteien vereinbarten Schiedsgerichtsordnungen können beispielsweise Tarifregeln enthalten.

Der erste Satz von *Absatz 2* entspricht Artikel 30 Absatz 2 KSG; der zweite Satz weicht davon ab: Wenn die nicht säumige Partei auf die Fortsetzung des Schiedsverfahrens verzichtet, hat sie die Wahl, später ein neues Schiedsverfahren einzuleiten oder die Gegenpartei vor dem staatlichen Gericht einzuklagen. Dank dieser Neuerung kann die säumige Partei durch Nichtleisten des Kostenvorschusses somit kein Dahinfallen der Schiedsabrede mehr provozieren.

Art. 377 Sicherstellung der Parteientschädigung

Diese Bestimmung ist neu, denn weder das KSG noch das IPRG regeln diese Frage. Der Vorentwurf ging vom Prinzip aus, dass die Sicherstellung der Parteientschädigung unzulässig sei, was in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert wurde.

Erfolgt die Sicherstellung nicht, so kann die beklagte Partei in analoger Anwendung von Artikel 376 Absatz 2 auf die Fortsetzung des Verfahrens verzichten. Ein neues Schiedsverfahren oder eine neue Klage vor dem staatlichen Gericht sind möglich.

Art. 378 Unentgeltliche Rechtspflege

Bereits der Vorentwurf sah im Kapitel über die unentgeltliche Prozessrechtspflege eine solche Bestimmung vor (Art. 105 Abs. 2 Buchstabe c VE). Aus systematischen Gründen wurde sie in den Teil über die Schiedsgerichtsbarkeit verschoben.

5.25.7 Schiedsspruch

Art. 379 Anwendbares Recht

Der Entwurf weicht vom Vorentwurf ab, indem er sich an Artikel 187 IPRG anlehnt. Damit entspricht er einem Anliegen der Vernehmlassung.

Absatz 1 begründet den Vorrang der Parteidisposition. Die Parteien können staatliche oder nicht staatliche Rechtsregeln wählen (wie z.B. die Unidroit Principles betreffend internationale Handelsverträge). Die Wahl nicht staatlicher Rechtsregeln ist in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gut verankert. Sie soll ebenfalls in nationalen Schiedssachen offen stehen. Ausserdem können die Parteien das Schiedsgericht ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden.

Haben die Parteien keine Wahl getroffen, so ist nach *Absatz 2* nach dem Recht zu entscheiden, das ein staatliches schweizerisches Gericht anwenden würde. Für internationale Streitigkeiten bestimmt das Schiedsgericht das anwendbare Recht somit nach dem IPRG; bei internen Streitigkeiten dagegen wendet es schweizerisches Recht an. Die Kollisionsnorm von Artikel 187 Absatz 1 IPRG *in fine*, welche dem Schiedsgericht ein grosses Ermessen einräumt, wird für die nationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht übernommen.

Art. 380 Beratung und Abstimmung

Absatz 1 entspricht Artikel 31 Absatz 1 KSG.

Absatz 2 ist neu und von grosser praktischer Bedeutung, wenn sich ein Mitglied nicht kooperativ zeigt. Trotz dieser Regel kann es jedoch vorkommen, dass das Schiedsgericht nicht entscheiden kann, etwa weil sich unter den anderen Mitgliedern keine Mehrheit ergibt. Das Schiedsgericht ist dann neu zu konstituieren.

Die *Absätze 3 und 4* entsprechen inhaltlich im Wesentlichen Artikel 189 Absatz 2 IPRG. Sie räumen dem Präsidenten oder der Präsidentin das Recht ein, den Schiedsspruch unabhängig von den Mitschiedsrichtern und -richterinnen zu fällen, wenn sich keine Stimmenmehrheit ergibt. Damit wird der an Artikel 31 Absatz 2 KSG geübten Kritik Rechnung getragen. Artikel 31 Absatz 4 KSG wurde nicht übernommen, da sich das Gebot, nicht *ultra petita* zu entscheiden, bereits aus dem Beschwerdegrund von Artikel 391 Buchstabe c ergibt.

Art. 381 Zwischen- und Teilschiedssprüche

Diese Bestimmung übernimmt inhaltlich Artikel 32 KSG und 188 IPRG. So können auch Vorfragen (z.B. Abweisung der Verjährungseinrede oder Bejahung der grundsätzlichen Haftung einer Partei) in einem Zwischenschiedsspruch entschieden werden. In so genannten Teilschiedssprüchen wird abschliessend über einen Teil der Ansprüche entschieden.

Art. 382 Inhalt des Schiedsspruches

Absatz 1 entspricht im Wesentlichen Artikel 33 Absatz 1 KSG. Die geltende Praxis in diesem Bereich bleibt vollständig gültig.

Anders als in Artikel 234 Buchstabe f wird für Schiedssprüche keine Rechtsmittelbelehrung vorgeschrieben – dies mit Blick auf die Laienschiedsgerichte und die bisherige Praxis. Artikel 382 hat nur den Mindestinhalt eines Schiedsspruches zum Gegenstand.

Absatz 2 entspricht Artikel 189 Absatz 2 IPRG *in fine*.

Art. 383 Einigung der Parteien

Diese Bestimmung übernimmt Artikel 34 KSG. Der weiter gefasste Wortlaut umfasst – in Übereinstimmung mit der geltenden Praxis – sämtliche Möglichkeiten der Streitbeilegung durch die Parteien (Klageanerkennung, Klagerückzug oder Vergleich). Auf Antrag erlässt das Schiedsgericht somit einen Schiedsspruch, in dem die Beilegung des Streits durch die Parteien festgestellt wird. Dazu nimmt es einen Vergleich ins Dispositiv des Schiedsspruches auf oder stellt darin den Klagerückzug bzw. die Klageanerkennung fest.

Art. 384 Zustellung und Hinterlegung

Absatz 1 ist neu und ersetzt die in Artikel 35 Absätze 1–4 KSG vorgesehene Zustellung durch die Hinterlegungsbehörde. Die Zustellung kann somit viel einfacher und billiger erfolgen.

Die *Absätze 2 und 3* entsprechen inhaltlich Artikel 193 Absätze 1 und 2 IPRG. *Absatz 2* stellt klar, dass es sich um eine Möglichkeit zu Gunsten der Parteien handelt. Daher ist es für die Vollstreckung eines Schiedsspruches innerhalb der Schweiz nicht notwendig, dass er hinterlegt worden ist. *Absatz 3* ersetzt in einfacherer Form die Vorschrift von Artikel 44 KSG.

Art. 385 Wirkungen des Schiedsspruches

Diese Bestimmung ist neu. Sie geht über die sehr knappe Formulierung von Artikel 190 Absatz 1 IPRG insofern hinaus, als sie zwischen Vollstreckbarkeit und Rechtskraft unterscheidet. In beiderlei Hinsicht ist aber der Schiedsspruch einem staatlichen Gerichtsentscheid gleichgestellt. Aus Artikel 190 Absatz 1 IPRG wird sodann der Begriff «Eröffnung» übernommen. Somit genügt für die Begründung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit bereits eine mündliche Eröffnung.

Art. 386 Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruches

Diese Bestimmung ist neu. Da Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung Rechtsbehelfe und nicht eigentliche Rechtsmittel sind, wurden sie in den Titel über den Schiedsspruch und nicht bei den Rechtsmitteln eingefügt. Diese Bestimmung stützt sich auf Artikel 33 des UNCITRAL-Modellgesetzes und weicht von der entsprechenden Regelung für staatliche Gerichtsverfahren bewusst ab (vgl. Art. 332). Das Konkordat gestattet Erläuterung und Ergänzung nur im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nach Artikel 36 Buchstabe h KSG, nicht aber im Sinne eines eigenen Rechtsbehelfs²⁴⁰.

Absatz 1 übernimmt die in Artikel 33 Modellgesetz aufgeführten Gründe und schliesst daher – im Gegensatz zu Artikel 332 – auch die Möglichkeit einer Ergänzung des Schiedsspruches mit ein (*Bst. c*). Der in *Buchstabe a* verwendete Begriff «Redaktionsfehler» umfasst auch die im Modellgesetz erwähnten Schreib- und Druckfehler.

Absatz 2 bestimmt den Beginn der 30-tägigen Frist flexibler als Artikel 33 des Modellgesetzes, um diesen Rechtsbehelf auch nach Ablauf der Beschwerdefrist gemäss Artikel 387 zuzulassen. *Absatz 3* stellt sicher, dass einer durch den berichtigten, erläuterten oder ergänzten Schiedsspruch beschwerten Partei bezüglich dieser Änderung des Schiedsspruches erneut das entsprechende Rechtsmittel offen steht.

Nicht übernommen wurde Artikel 33 Absatz 4 Modellgesetz (Berichtigung von Amtes wegen durch das Schiedsgericht). Dies hindert ein Schiedsgericht aber nicht, den Parteien einen offensichtlichen Fehler anzuzeigen und es ihnen zu überlassen, innert Frist einen Antrag im Sinne von Absatz 1 zu stellen. Ebenso wenig übernommen wurde Artikel 33 Absatz 5 Modellgesetz (Form von Berichtigungs-, Erläuterungs- oder Ergänzungsentscheiden). Damit wird es der Praxis überlassen, die im Einzelfall geeignete Form des Entscheids und dessen Übermittlung zu wählen. Bei einfachen Redaktionsfehlern wie beispielsweise bei der Verwechslung von Partei-bezeichnungen («Klägerin» statt «Beklagte») mag ein Brief des Schiedsgerichts oder seines Präsidenten genügen.

²⁴⁰ Vgl. etwa BGE 110 Ia 123 ff.

5.25.8 **Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch**

Der siebte Titel des dritten Teils ist – wie der siebte Abschnitt des Konkordats – den Rechtsmitteln gegen einen Schiedsspruch gewidmet. Die Expertenkommission hatte für das Rechtsmittelverfahren einen zweifachen Instanzenzug vorgeschlagen. Sie hatte auf eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht verzichtet, um zu dessen Entlastung beizutragen. Diese Lösung war Gegenstand starker Kritik in der Vernehmlassung. Befürchtet wurde ein Attraktivitätsverlust der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Ausserdem wurde mangelnde Koordination mit Artikel 190 IPRG geltend gemacht. Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung und schlägt eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht vor. Alternativ können die Parteien indessen ein kantonales Gericht als endgültige Beschwerdeinstanz vereinbaren.

Art. 387 Beschwerde an das Bundesgericht

Das zutreffende Rechtsmittel an das Bundesgericht ist die Beschwerde in Zivilsachen. Da ein Schiedsspruch keinen kantonalen Entscheid im Sinne von Artikel 75 Absatz 1 BGG²⁴¹ darstellt, muss das BGG ergänzt werden (vgl. Art. 77 E-BGG, Ziff. 2 im Anhang).

Artikel 77 E-BGG findet künftig Anwendung sowohl für die nationale als auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Er erlaubt es, den Besonderheiten eines Schiedsspruches Rechnung zu tragen:

- So ist das Anfechtungsobjekt Gegenstand einer speziellen Bestimmung (Art. 390), welche die Anwendung der Artikel 90 ff. BGG ausschliesst. Bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sind die anfechtbaren Entscheide demgegenüber wie bisher durch Auslegung von Artikel 190 IPRG zu gewinnen.
- Auch die Beschwerdegründe sind besonderes geregelt (Art. 391), ebenso die rein kassatorische Wirkung des Entscheides der Rechtsmittelinstanz (Art. 393).

Art. 388 Beschwerde an das kantonale Gericht

Entsprechend der Regelung bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 191 Abs. 2 IPRG) räumt der Entwurf den Parteien die Möglichkeit ein, ein kantonales Gericht als Rechtsmittelinstanz zu wählen (*Abs. 1*). Um das Prinzip des einstufigen Rechtsmittelweges zu wahren, ist der Entscheid des kantonalen Gerichts endgültig. Sowohl die Beschwerde in Zivilsachen als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 113 ff. BGG) sind ausgeschlossen.

Die Regelungen des Beschwerdeverfahrens sind subsidiär anwendbar (*Abs. 2*). So kommen beispielsweise die Bestimmungen über die Form der Beschwerde und die Fristen (Art. 318 und 319) zur Anwendung.

Art. 389 Subsidiarität

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 37 Absatz 2 KSG.

²⁴¹ Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4312.

Art. 390 Anfechtbare Schiedssprüche

Dieser Artikel übernimmt die Regelung von Artikel 377 des Vorentwurfs – in Anlehnung an die Praxis zu Artikel 190 IPRG²⁴².

Art. 391 Beschwerdegründe

Die Beschwerdegründe nach den *Buchstaben a bis d* entsprechen jenen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 190 Abs. 2 Bst. a–d IPRG) sowie im Wesentlichen auch jenen des Konkordates (Art. 36 Bst. a–e KSG).

Buchstabe e hält an der heutigen Willkürbeschwerde fest (Art. 36 Bst. f KSG) – trotz Kritik in der Vernehmlassung, welche stattdessen einen Verstoss gegen den *Ordre public* als Beschwerdegrund vorschlug (vgl. Art. 190 Abs. 2 Bst. e IPRG). Der Begriff «*Ordre public*» ist im nationalen Bereich indessen wenig präzise und zudem unbekannt; «Willkür» hingegen ist durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert²⁴³.

Buchstabe f entspricht Artikel 36 Buchstabe i KSG, ergänzt durch den Hinweis, dass dieser Beschwerdegrund auch bei offensichtlich übersetzten Auslagen greift. Für eine zugesprochene Parteientschädigung gilt die Bestimmung hingegen nicht: Diese kann aber wie bis anhin als willkürlich angefochten werden.

Art. 392 Rückweisung zur Berichtigung oder Ergänzung

Diese Bestimmung entspricht, redaktionell vereinfacht, Artikel 39 KSG. Sie gestattet der Rechtsmittelinstanz in Fällen, in denen der Mangel durch blosse Berichtigung oder Ergänzung behoben werden kann, von der Aufhebung gemäss Artikel 393 abzusehen. Der angefochtene Schiedsspruch wird dem Schiedsgericht zur blossen Berichtigung, Erläuterung oder Ergänzung zurückgewiesen.

Art. 393 Entscheid

Absatz 1 entspricht, von einer begrifflichen Anpassung abgesehen, Artikel 40 Absatz 1 KSG.

Absatz 2 entspricht dem ersten Satz von Artikel 40 Absatz 4 KSG, präzisiert aber, dass das Schiedsgericht im Sinne der Erwägungen der Rechtsmittelinstanz zu entscheiden hat.

Absatz 3 entspricht Artikel 40 Absatz 2 KSG.

Absatz 4 entspricht Artikel 40 Absatz 3 KSG, überlässt es aber der Rechtsmittelinstanz, die Entschädigung des Schiedsgerichtes gleich selbst festzusetzen oder dies nach Massgabe der Erwägungen dem Schiedsgericht zu überlassen (z.B. bei fehlenden Angaben zum geleisteten Aufwand).

²⁴² Vgl. hierzu BGE 130 III 76 ff.

²⁴³ BGE 131 I 45

Art. 394–397 Revision

Die Revisionsgründe (*Art. 394*) entsprechen jenen des staatlichen Gerichtsverfahrens (*Art. 326*). Somit kann – im Gegensatz zu Artikel 41 KSG – die Revision eines Schiedsspruches auch dann verlangt werden, wenn eine Klageanerkennung, ein Klagerückzug oder der schiedsgerichtliche Vergleich zivilrechtlich unwirksam sind.

Für das Revisionsverfahren spielen grundsätzlich dieselben Regeln wie für die Revision eines staatlichen Gerichtsentscheides (*Art. 396*). Insbesondere gelten die gleichen Fristen (*Art. 395*). Möglichen Schwierigkeiten, die sich aus einer Rekonstituierung des Schiedsgerichts ergeben können, wird mit *Artikel 397 Absatz 2* begegnet. Die Ersatzernennung hat nicht mehr – wie der Wortlaut des Konkordates nahe legt – zwingend durch das staatliche Gericht zu erfolgen.

Die Gutheissung des Revisionsgesuches (*Art. 397 Abs. 1*) ist gleich wie in Artikel 43 Absatz 1 KSG geregelt.

5.26 **Schlussbestimmungen**

5.26.1 **Vollzug**

Art. 398 Grundsätze

Im Rahmen seiner Ausführungsbestimmungen wird der Bundesrat insbesondere *Formulare* für gewisse Parteieingaben zur Verfügung stellen (*Abs. 1 und 2*; z.B. für das Schlichtungsgesuch und für die vereinfachte Klage; *Art. 199 und 240*). Auch in einzelnen Summarverfahren kann ein Formular den Zugang zum Gericht erleichtern (z.B. für ein Rechtsöffnungsgesuch nach *Art. 80 ff. SchKG* oder für eine Insolvenzerklärung nach *Art. 191 SchKG*). Die Formulare sind laientauglich zu gestalten.

Den Erlass administrativer und technischer Vorschriften beispielsweise betreffend das Format des elektronischen Rechtsverkehrs (*Art. 137*) kann der Bundesrat an das zuständige Bundesamt delegieren (*Abs. 3*).

Art. 399 Pilotprojekte

Trotz der neuen Bundeskompetenz für das Zivilprozessrecht werden die Kantone ausdrücklich ermuntert, weiterhin aktiv zu dessen Fortentwicklung beizutragen: Einerseits durch die Rechtsprechung, andererseits aber auch durch Pilotprojekte (z.B. für weitere ADR-Instrumente oder betreffend vereinfachter On-line-Schlichtungs- bzw. Entscheidungsverfahren). Solche Pilotversuche bedürfen jedoch einer Genehmigung des Bundes.

Art. 400 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

Vgl. dazu Ziff. 5.27.

5.26.2 Übergangsbestimmungen

Art. 401 und 402 Weitergelten des bisherigen Rechts; Rechtsmittel

Prozesse, die bei Inkrafttreten der vereinheitlichten ZPO hängig sind, schliessen die Instanz nach bisherigem (kantonalem) Prozessrecht ab (*Art. 401 Abs. 1*). Für ein anschliessendes innerkantonales Rechtsmittel gilt dann aber die ZPO (*Art. 402*). Die intertemporale Regel über die örtliche Zuständigkeit (*Art. 401 Abs. 2*) entspricht inhaltlich Artikel 38 GestG.

Art. 403 und 404 Gerichtsstandsvereinbarung und Schiedsgerichtsbarkeit

Für die intertemporale Gültigkeit (Zulässigkeit und Form) einer *Gerichtsstandsvereinbarung* übernimmt *Artikel 403* geltendes Recht (vgl. Art. 39 GestG). Die intertemporale Gültigkeit einer *Schiedsklausel* hingegen bestimmt sich nach dem für sie günstigeren Recht (*Art. 404 Abs. 1*): So können die grosszügigeren Formvorschriften des Entwurfs eine altrechtliche Schiedsklausel retten.

Die bei Inkrafttreten der ZPO bereits rechtshängigen *Schiedsverfahren* werden grundsätzlich nach altem Recht zu Ende geführt (*Art. 404 Abs. 2*). Für das Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch gilt neues Recht (*Art. 404 Abs. 3*) – wie bei der staatlichen Gerichtsbarkeit. Auch die bereits hängigen staatlichen Hilfsverfahren nach Artikel 354 (z.B. ein Ernennungs- oder ein Ablehnungsverfahren) werden nach altem Recht beendet (*Art. 404 Abs. 4*).

5.27 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

Die Aufhebung und die Änderung bisherigen Rechts finden sich im Anhang des Entwurfs; sie wurden jeweils im Sachzusammenhang kommentiert. Das materielle Zivilrecht wird soweit als möglich von prozessrechtlichen Regeln entlastet (Kodifizierung des Zivilprozessrechts in der ZPO). Sodann wird die künftige ZPO auf die anderen Prozessordnungen des Bundes im Rahmen des Sinnvollen und Möglichen abgestimmt (vgl. Ziff. 2.2).

Erlass	vgl. Erläuterungen
1. Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 ²⁴⁴	zu den Artikeln 111 Absatz 2 Buchstabe a, 112 Buchstabe a, 194–209 (insb. 196, 197 und 207) und 239–243.
2. Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 ²⁴⁵	bei Ziffer 5.23 und zu den Artikeln 57 Absatz 1 und 387.
3. Zivilgesetzbuch ²⁴⁶	bei Ziffer 5.19 und zu den Artikeln 1, 60, 262, 291, 300 und 312.
4. Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004 ²⁴⁷	bei Ziffer 5.22.

²⁴⁴ SR 151.1

²⁴⁵ SR 173.110

²⁴⁶ SR 210

²⁴⁷ SR 211.231

- | | | |
|-----|---|---|
| 5. | Obligationenrecht ²⁴⁸ | zu den Artikeln 43, 61, 75, 105, 111, 112, 174–177, 194–209, 239–243, 275–276, 359. |
| 6. | Bundesgesetz vom 28. März 1905 ²⁴⁹ über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiff-fahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post | zu den Artikeln 115–121 und 154. |
| 7. | Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 ²⁵⁰ über die landwirtschaftliche Pacht | zu den Artikeln 111, 194–209 (insb. 197, 207) und 239–243. |
| 8. | Bundesgesetz vom 2. April 1908 ²⁵¹ über den Versicherungsvertrag | zu Artikel 41. |
| 9. | Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 ²⁵² über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte | zu den Artikeln 5 und 257–265. |
| 10. | Markenschutzgesetz vom 28. August 1992 ²⁵³ | zu den Artikeln 5 und 257–265. |
| 11. | Designgesetz vom 5. Oktober 2001 ²⁵⁴ | zu den Artikeln 5 und 257–265. |
| 12. | Patentgesetz vom 25. Juni 1954 ²⁵⁵ | zu den Artikeln 5, 83 und 257–265. |
| 13. | Sortenschutzgesetz vom 20. März 1975 ²⁵⁶ | zu den Artikeln 5, 86, 153, 259 und 260. |
| 14. | Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 ²⁵⁷ über den Datenschutz | zu Artikel 239. |
| 15. | Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 ²⁵⁸ gegen den unlauteren Wettbewerb | Vgl. die Erläuterungen zu den Artikel 5, 87 und vor Artikel 239. |
| 16. | Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 ²⁵⁹ | zu Artikel 5. |

248 SR 220
249 SR 221.112.742
250 SR 221.213.2
251 SR 221.229.1
252 SR 231.1
253 SR 232.11
254 SR 232.12
255 SR 232.14
256 SR 232.16
257 SR 235.1
258 SR 241
259 SR 251

- | | | |
|-----|--|--|
| 17. | Bundesgesetz vom 11. April 1889 ²⁶⁰ über Schuldbetreibung und Konkurs | zu den Artikel 61, 128–130, 134–139, nach 145–147 (Verhältnis des Fristenrechts zum SchKG), 195, 244–247, 304 und 305, 312, 336–339, 347 und Fussnote 212. |
| 18. | Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 ²⁶¹ über das Internationale Privatrecht | vor Artikel 115, zu den Artikel 140–142 und bei Ziffer 5.25.1 (Vorbemerkungen zu der Schiedsgerichtsbarkeit). |
| 19. | Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 ²⁶² | zu Artikel 5. |
| 20. | Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 ²⁶³ | keine besonderen Erläuterungen |
| 21. | Bundesgesetz vom 28. September 1923 ²⁶⁴ über das Schiffsregister | keine besonderen Erläuterungen |
| 22. | Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 ²⁶⁵ über die Binnenschifffahrt | keine besonderen Erläuterungen |
| 23. | Seeschifffahrtsgesetz vom 23. September 1953 ²⁶⁶ | keine besonderen Erläuterungen |
| 24. | Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948 ²⁶⁷ | keine besonderen Erläuterungen |
| 25. | Bundesgesetz vom 7. Oktober 1959 ²⁶⁸ über das Luftfahrzeugbuch | keine besonderen Erläuterungen |
| 26. | Mitwirkungsgesetz vom 17. Dezember 1993 ²⁶⁹ | vor Artikel 111 und vor Artikel 239. |
| 27. | Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 ²⁷⁰ | vor Artikel 111 und vor Artikel 239. |
| 28. | Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 ²⁷¹ über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge | zu den Artikel 275 und 276. |
| 29. | Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 ²⁷² über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge | zu den Artikel 275 und 276. |

- 260 SR **281.1**
261 SR **291**
262 SR **732.44**
263 SR **741.01**
264 SR **747.11**
265 SR **747.201**
266 SR **747.30**
267 SR **748.0**
268 SR **748.217.1**
269 SR **822.14**
270 SR **823.11**
271 SR **831.40**
272 SR **831.42**

30. Versicherungsaufsichtsgesetz vor Artikel 111 und vor Artikel 239.
vom 17. Dezember 2004²⁷³

6 Auswirkungen

6.1 Auswirkungen auf den Bund

Die ZPO ist anwendbar für die Verfahren vor den *kantonalen* Zivilgerichten (Art. 1). Abgesehen von der Ausführungsgesetzgebung berührt sie die Bundesbehörden nicht (betreffend die Revision des BZP vgl. Ziff. 3.2.1, Fn. 23). Der Entwurf hat somit keine finanziellen Auswirkungen auf den Bund. Die Reform der Bundesgerichtsbarkeit ist Gegenstand der Totalrevision der Bundesrechtspflege.

6.2 Auswirkungen auf die Kantone

Vor allem die Kantone sind durch eine vereinheitlichte ZPO betroffen. Die Berücksichtigung ihrer Anliegen wird ausführlich im allgemeinen Teil dargestellt (vgl. Ziff. 2.2, 2.3 und 3.2). Dabei können die wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen nicht beziffert werden, doch ist das Prinzip der *Kostenneutralität* ein Leitgedanke des Entwurfs.

Obwohl die Kantone für die Gerichtsorganisation zuständig bleiben, werden sie gewisse *organisatorische Anpassungen* vorzunehmen haben (z.B. in Bezug auf den Rechtsmittelweg und das Schlichtungsverfahren). Neue Gerichte brauchen sie hingegen nicht einzuführen (vgl. Ziff. 3.2.1).

In vielerlei Hinsicht will der Entwurf den kantonalen Gerichten sogar *Entlastung* bringen: Zu denken ist an die Stärkung der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung (vgl. Ziff. 3.2.1) und die besonderen Verfahren, welche dank weniger Formalismus den Administrativaufwand der Gerichte verringern können (vgl. Ziff. 3.2.2). Auch der Verzicht auf eine obligatorische schriftliche Entscheidungsbegründung (Art. 235) sowie die Möglichkeit der Nutzung neuer Informationstechnologien (Art. 128 und 137) sind hervorzuheben.

6.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Dass einheitliches Recht zu einer effizienten Rechtspflege und damit zur gesellschaftlichen Stabilität, wirtschaftlichen Prosperität und letztlich auch zu verbesserter Lebensqualität beiträgt, liegt auf der Hand. Doch können die damit verbundenen Vorteile nicht quantifiziert werden (für die Nachteile der heutigen Rechtszersplitterung vgl. Ziff. 1.1)²⁷⁴.

²⁷³ SR 961.01

²⁷⁴ Botschaft des Bundesrates über die Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4474.

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 2003–2007 als Richtlinien-geschäft angekündigt²⁷⁵.

8 Rechtliche Aspekte

8.1 Verfassungsmässigkeit

Die Bundeskompetenz auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts ist in Artikel 122 Absatz 1 BV gegeben (vgl. dazu den geschichtlichen Überblick in Ziff. 1.3).

Die Artikel 29 und 30 BV sehen verfassungsmässige Verfahrensgarantien vor, wie z.B. den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) oder auf Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV). Der Entwurf trägt diesen Garantien Rechnung. Teilweise werden sie ausdrücklich konkretisiert (vgl. z.B. Art. 52 betreffend die Öffentlichkeit des Verfahrens oder Art. 115 ff. betreffend die unentgeltliche Rechtspflege).

8.2 Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen

Die neue Prozessordnung erfordert den Erlass von Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 398 des Entwurfs sowie Art. 182 Abs. 2 BV).

Besonders die *technischen Fragen* benötigen detaillierte Regelungen: z.B. das elektronische Format der Verfahrenshandlungen (Art. 128), die Modalitäten der elektronischen Zustellung (Art. 137) sowie die Vorgabe und Aktualisierung der Formulare (Art. 398).

Die Kantone behalten die Kompetenz zur Bestimmung der Gerichtsorganisation (Art. 3 und 4) sowie der Kostentarife (Art. 94).

²⁷⁵ BBl 2004 1149

