

# Schweizerische Zivilprozessordnung

## ZPO

Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission

Juni 2003

## Überblick

Seit den Anfängen des schweizerischen Bundesstaates stand die Kompetenz zum Erlass von Zivilprozessrecht den Kantonen zu. Doch hat der Bundesgesetzgeber im Laufe der Jahre immer wieder zivilprozessuale Vorschriften erlassen, wenn dies seiner Auffassung nach zur *einheitlichen Durchsetzung* des Bundeszivilrechts nötig gewesen ist. Diese Tendenz hat sich bis in die jüngste Zeit fortgesetzt und intensiviert, so dass sich heute das Zivilprozessrecht nicht nur in den kantonalen Zivilprozessordnungen findet, sondern vermehrt auch in den privatrechtlichen Kodifikationen und Spezialgesetzen des Bundes. Auch das Bundesgericht hat in wesentlichen Fragen ungeschriebenes Zivilprozessrecht entwickelt. Entsprechend unübersichtlich – ja fast unzugänglich – sind heute die Quellen des Zivilprozessrechts (horizontale und vertikale Rechtszersplitterung). Dies im Gegensatz zu allen anderen europäischen Staaten, deren Zivilprozessrecht längst vereinheitlicht ist.

Die *nachführende Verfassungsrevision*, in Kraft getreten im Jahre 1999, änderte an dieser Kompetenzverteilung nichts Grundsätzliches. Immerhin wurde eine Verfassungsgrundlage für die Vereinheitlichung des Gerichtsstandsrechts geschaffen, so dass am 1. Januar 2001 das GestG in Kraft treten konnte. Seither ist die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Zivilsachen bundesrechtlich vereinheitlicht.

Erst die so genannte *Justizreform* brachte durch eine Revision von Artikel 122 der neuen BV die erforderliche Grundlage für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts. Diese Verfassungsänderung vom 8. Oktober 1999, die am 12. März 2000 mit grossem Volksmehr und von allen Ständen angenommen wurde, ist allerdings noch nicht in Kraft<sup>1</sup>.

Das EJPD hat im April 1999 eine *Expertenkommission* eingesetzt, die hiermit auftragsgemäss ihren Vorentwurf mit Begleitbericht vorlegt. Dieser *Vorentwurf* entspricht hinsichtlich Anzahl der Artikel einer durchschnittlichen kantonalen Zivilprozessordnung. *Effektiv* hingegen ist er wesentlich kürzer: Er vereinigt nämlich das ganze Bundesrecht für das zivilprozessuale Verfahren vor kantonalen Gerichten – einschliesslich Schiedsgerichtsbarkeit –, so dass eine grosse Anzahl von prozessrechtlichen Vorschriften, die sich heute im ZGB, OR und in der privatrechtlichen Spezialgesetzgebung finden, gestrichen werden kann. Der Vorentwurf verwirklicht somit eine Kodifikation des Zivilprozessrechts für das Verfahren vor den *kantonalen* Instanzen. Das Verfahren vor dem *Bundesgericht* hingegen – heute im OG und inskünftig im BGG geregelt – ist nicht sein Gegenstand.

Gegliedert ist der Vorentwurf in einen *allgemeinen Teil*, dessen Vorschriften soweit Anwendung *finden*, als der *besondere Teil* nichts Abweichendes bestimmt. Der *besondere Teil* regelt die Spezialitäten der verschiedenen Verfahrensarten, die Rechtsmittel und die Vollstreckung von Entscheiden, soweit nicht das SchKG anwendbar ist. Ein *dritter Teil* ist der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gewidmet.

Der Vorentwurf übernimmt viele bewährte Rechtsinstitute aus den kantonalen Zivilprozessgesetzen, ohne eine bestimmte Zivilprozessordnung als Vorbild zu

---

<sup>1</sup> Bundesbeschluss vom 24. September 2002 über das teilweise Inkrafttreten der Justizreform, AS 2002 3147.

nehmen. Dabei verschliesst er sich auch Innovationen nicht, soweit sie in die schweizerische Rechtsordnung integriert werden können. Besonderes Gewicht wird auf ein *praxisnahes* und *ökonomisches* Verfahren gelegt, um den Rechtsuchenden raschen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, aber auch um den Gerichten und der Anwaltschaft ein zweckmässiges Instrument zur Verfügung zu stellen. Grosse Beachtung schenkt der Vorentwurf sodann dem so genannten „*sozialen Zivilprozess*“, der in den einschlägigen Materien (wie Miet-, Arbeits- und Konsumentenrecht) Anwendung finden soll.

Grundsätzlich unberührt lässt der Vorentwurf die *Gerichtsorganisation*. Sie bleibt Sache des kantonalen Rechts.

## Allgemeiner Teil

### 1. Hintergrund und Ausgangslage

In den letzten 130 Jahren wurden immer wieder Anstrengungen unternommen, das Zivilprozessrecht der Schweiz zu vereinheitlichen<sup>2</sup>. Den Anfang machte eine Petition des Schweizerischen Juristenvereins im Jahre 1868. In der nur knapp gescheiterten Verfassungsrevision von 1872 war die vorgesehene Bundeskompetenz für das Zivilprozessrecht ein wichtiger Punkt. Durch die Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund dann einzig die Gesetzgebungskompetenz für gewisse Teile des materiellen Zivilrechts. Auch im Rahmen der Verfassungsrevision von 1898, bei welcher dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die restlichen Teile des Zivilrechts übertragen wurde, blieben die Organisation der Gerichte und das Zivilprozessrecht weiterhin ausgeklammert. Bereits damals war jedoch klar, dass dem Bund die Kompetenz zukommt, „da, wo es notwendig ist, mit der materiellen Gesetzgebung einige prozessuale Bestimmungen zu verknüpfen.“<sup>3</sup>

Die Rechtsvereinheitlichung im Zivilrecht wurde bekanntlich einige Jahre später durch die mit dem Namen von EUGEN HUBER untrennbar verbundene Kodifikation im Zivilgesetzbuch abgeschlossen. Für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts dagegen kamen viele Jahrzehnte lang keine nennenswerten Impulse mehr. Zwar wurden während rund 20 Jahren von den Zürcher Juristen EMIL SCHURTER und HANS FRITZSCHE<sup>4</sup> die kantonalen und eidgenössischen Zivilprozessgesetze analog dem Werk von EUGEN HUBER zur privatrechtlichen Gesetzgebung der Kantone<sup>5</sup> einer rechtsvergleichenden Untersuchung unterzogen. Die Wirkungen waren jedoch bei weitem nicht die gleichen.

Die lange Ruhe bezüglich einer Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts hatte nach den Worten des bedeutenden Berner Rechtsprofessors HANS MERZ vor allem damit zu tun, dass eine „gewisse *Dogmatisierung des föderalistischen Gedankens* stattge-

---

<sup>2</sup> Vgl. zur Entwicklung im Einzelnen Sutter, Weg zur Rechtseinheit, S. 4 ff.

<sup>3</sup> Sten Bull NR 1898 234.

<sup>4</sup> Schurter/Fritzsche, Bd. I, Bd. II/1 und Bd. II/2.

<sup>5</sup> Vgl. Huber.

funden hat.“<sup>6</sup> Zwar wurde beim Centenarium des Schweizerischen Juristenvereins im Jahre 1961 die Frage der Rechtsvereinheitlichung wieder diskutiert. Das Resultat war indessen ein blosser Prüfungsauftrag an den Vorstand, die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Schweiz weiterhin zu behandeln und zu fördern<sup>7</sup>. Im Auftrag des Vorstands des Schweizerischen Juristenvereins verfasste zwischen 1963 und 1966 der damalige Bundesrichter PAUL SCHWARTZ den Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht<sup>8</sup>, der von FRITZ BALMER erläutert wurde<sup>9</sup>. Der Gesetzesentwurf war aber ein blosser Torso einer Zivilprozessordnung und klammerte viele zentrale Bereiche aus. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit erstattete der Basler Staatsrechtsprofessor KURT EICHENBERGER ein Gutachten, in welchem er zusammenfassend zum Schluss kam, dass der Bund zum Erlass zivilprozessualer Normen so weit befugt sei, als es „für die Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig ist.“<sup>10</sup> In der Folge stützte sich der Bundesgesetzgeber gerne und in zunehmendem Mass auf diese Stellungnahme ab, so etwa auch beim im Jahre 2000 in Kraft getretenen Scheidungsverfahren<sup>11</sup>.

Gegen den genannten Entwurf SCHWARTZ wurde in einer Stellungnahme der Kantone Freiburg, Genf, Neuenburg, Tessin, Waadt und Wallis vor allem eingewendet, dass es für den kantonalen Gesetzgeber *ausserordentlich schwierig sei, sein eigenes Zivilprozessrecht an ein blosses Rahmengesetz des Bundes anzupassen*. Den gleichen Schwierigkeiten sind die Kantone vor wenigen Jahren bei der Anpassung ihrer Gesetze an das revidierte Scheidungsrecht von 1998 (Art. 135-149 ZGB) begegnet. Weiter wurde damals von den genannten Kantonen kritisiert, dass aus dem *Dualismus von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht* Ungewissheiten und Schwierigkeiten resultieren würden, die sich für die an der Rechtspflege beteiligten *negativ* auswirken würden<sup>12</sup>.

Neben dem Entwurf SCHWARTZ zu erwähnen sind die vom damaligen Berner Oberrichter PETER SCHAAD verfassten „Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung“. Diese stützten sich in erster Linie auf zwei ähnliche Zivilprozessgesetze, nämlich auf den Bundeszivilprozess und auf die Berner Zivilprozessordnung, berücksichtigten jedoch auch den Entwurf von 1969 der Expertenkommission für eine zürcherische Zivilprozessordnung sowie den Code de procédure des Kantons Waadt von 1966<sup>13</sup>. Die Arbeit von SCHAAD blieb indessen weitgehend ohne Echo.

Während bei den nachfolgenden Bestrebungen für eine Totalrevision der Bundesverfassung in den siebziger<sup>14</sup> und achtziger Jahren<sup>15</sup> keine grundsätzlichen

---

<sup>6</sup> Siehe ZSR 88, 1969 II, S. 15.

<sup>7</sup> ZSR 1961 II, S. 448.

<sup>8</sup> ZSR 1969 II, S. 242 ff., 269 ff.

<sup>9</sup> ZSR 1969 II, S. 293 ff.

<sup>10</sup> ZSR 1969 II, S. 467 ff., 490.

<sup>11</sup> Siehe BBI 1996 I 182, FN 555; Persönlichkeitsschutz: BBI 1982 II 642 f., FN 12; Eherecht: BBI 1979 II 1376, FN 407; Fürsorgerische Freiheitsentziehung: BBI 1977 III 33, FN 1; Kindesrecht: BBI 1974 II 27 FN 85.

<sup>12</sup> Vgl. ZSR 1969 II, S. 1002 und 1051 f.

<sup>13</sup> ZSR 1969 II 56 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 52 und 53 des Verfassungsentwurfs von 1977 (abgedruckt in BBI 1985 III 162 ff.).

Änderungen der Kompetenzverteilung ins Auge gefasst wurden, erliess das Bundesgericht mit Regelmässigkeit wichtige Entscheidungen über „*ungeschriebenes Zivilprozessrecht des Bundes*“<sup>16</sup>. Und in der Lehre wurde der Ruf nach einer Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts immer lauter. So war vor allem der Zürcher Prozessualist OSCAR VOGEL<sup>17</sup> ein unermüdlicher Rufer in der Wüste. Doch auch andere, wie etwa der Berner Professor GERHARD WALTER<sup>18</sup> oder schon lange vor ihm der Zürcher Lehrer des Zivilprozessrechts HANS ULRICH WALDER<sup>19</sup>, forderten – nicht zuletzt auch unter Berufung auf die europäischen Vereinheitlichungsbestrebungen – eine Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts. Dabei wurden vor allem folgende *Argumente* vorgebracht:

- Die heutige unübersichtliche *horizontale Rechtszersplitterung* führt zu *Rechtsunsicherheit* und erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis. Zwar findet sich das Zivilprozessrecht schwergewichtig im jeweiligen kantonalen Recht. Wegen der zahlreichen bundesrechtlichen Vorschriften und des vom Bundesgericht anerkannten „ungeschriebenen Zivilprozessrechts des Bundes“ stellt sich für die kantonale Gesetzgebung und in der Rechtsprechung aber immer wieder die Frage, wie weit das Bundesrecht geht und welcher Spielraum für das kantonale Recht überhaupt noch bleibt<sup>20</sup>.
- Daneben existiert auch eine starke *vertikale Rechtszersplitterung*, weil sich die 26 kantonalen Zivilprozessgesetze zwar in vielen grundsätzlichen Fragen gleichen, in unzähligen – für die Prozessführung wesentlichen – Einzelpunkten jedoch wichtige Unterschiede bestehen. Diese wirken sich dann für ausserkantonale Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als eigentliche Prozessfallen aus und können dazu führen, dass berechnete Ansprüche aus prozessualen Gründen nicht durchgesetzt werden können.
- Mit dieser Rechtszersplitterung gehen unerwünschte *ökonomische Auswirkungen* einher, denn es braucht oft zu viel Zeit und Arbeit, um das massgebliche Recht bzw. dessen genauen Inhalt überhaupt feststellen zu können.
- Bereits diese Gesichtspunkte sind derart gewichtig, dass sich eine Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts geradezu aufdrängt. Ein weiteres Argument ist die *Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte, sei es im schweizerischen Binnenmarkt, sei es im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU. So könnte wohl von einer faktischen Diskriminierung gesprochen werden, wenn in der Schweiz – anders als in den übrigen Staaten der EU – kein einheitliches nationa-

---

<sup>15</sup> Vgl. Art. 54 Abs. 2 der Modell-Studie des EJPD, BBl 1985 III 204.

<sup>16</sup> Vgl. etwa als Beispiele in *positiver* Hinsicht nur etwa: BGE 95 II 639 ff. (materielle Rechtskraft), 110 II 354 ff. (Feststellungsklage), 114 II 183 ff., 186 ("Sperrwirkung" der Rechtshängigkeit), 118 II 479 ff., 486 (keine Verwirkung des Klagerechts durch unterlassene "Prosequierung" des Sühnverfahrens); in *negativer* Hinsicht etwa: BGE 109 II 460 (keine Dispositionsmaxime von Bundesrechts wegen), 108 II 340 (keine bundesrechtliche Verhandlungsmaxime).

<sup>17</sup> So vor allem in seinem Lehrbuch "Grundriss des Zivilprozessrechts", aber auch ausdrücklich oder implizit in zahlreichen Aufsätzen, vgl. etwa Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht, AJP 1992, S. 459 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Tu felix Europa, AJP 1994, S. 425 ff.

<sup>19</sup> Vgl. ZSR 1969 II S. 948 und 953 mit der damals radikalen Forderung nach einer umfassenden Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

<sup>20</sup> Vgl. dazu auch Hans Peter Walter, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, Tendenzen der Rechtsprechung, BJM 1995, S. 281 ff.

les Zivilverfahrensrecht besteht, sondern neben der Verfahrensordnung für das Bundesgericht noch 26 kantonale Zivilprozessgesetze existieren – eine geradezu *prohibitive* Situation für eine grenzüberschreitende Ausübung des Anwaltsberufes.

Trotzdem hielt auch die *neue Bundesverfassung* (Art. 122 Abs. 2)<sup>21</sup> – entsprechend ihrem Ziel einer blossen Nachführung des Verfassungsrechts – an der bisherigen überlebten Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen fest. Immerhin wurde dem Bund die Kompetenz übertragen, über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte zu legiferieren (Art. 30 Abs. 2 BV). Das am 1. Januar 2001 in Kraft getretene *Gerichtsstandsgesetz*, welches auf dem Vorentwurf einer vom Schweizerischen Anwaltsverband eingesetzten Kommission beruht, stellt die *erste echte Vereinheitlichung zumindest eines Teilbereichs des Zivilprozessrechts* dar. Auch so genannte „gerichtsstandsnahe“ Fragen – wie z.B. die Behandlung konnexer Klagen (Art. 35 f. GestG) oder die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit (Art. 34 GestG) – wurden einer bundesrechtlichen Lösung zugeführt<sup>22</sup>.

Die Grundlage für den nächsten Schritt – eine *umfassende* Rechtsvereinheitlichung des Zivilprozessrechts – brachte die Justizreform<sup>23</sup>, welche in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 mit überwältigendem Mehr – nämlich mit einem Stimmenverhältnis von ca. 6 zu 1 und allen Ständen – angenommen wurde<sup>24</sup>. Die *Bundeskompetenz für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts* war – neben der verfassungsmässigen Grundlage für die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts und die Neugestaltung des Verfahrens vor dem Bundesgericht – einer der Kernpunkte. Die neue Verfassungsbestimmung lautet (Art. 122 BV):

<sup>1</sup> *Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts ist Sache des Bundes.*

<sup>2</sup> *Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.*

Die Frage, ob das schweizerische Zivilprozessrecht zu vereinheitlichen ist, wurde damit positiv entschieden. Jetzt geht es um das *Wie*: Der Vorentwurf der Expertenkommission bringt einen entsprechenden Vorschlag.

## 2. Expertenkommission

### 2.1 Einsetzung und Zusammensetzung

Am 26. April 1999 erteilte der damalige Vorsteher des EJPD, Bundesrat ARNOLD KOLLER, der Expertenkommission den Auftrag, die für eine Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts aus gesetzgeberischer Sicht relevanten Fragen umfassend zu

<sup>21</sup> Art. 122 Abs. 2 BV: "Für die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig."

<sup>22</sup> Vgl. dazu im Einzelnen die bundesrätliche Botschaft BBI 1999 2829 ff. Bezeichnend ist, dass zu diesem Gesetz innert kürzester Zeit vier Kommentare erschienen sind, welche für die praktische Anwendung des Gesetzes von grossem Nutzen sind. Entsprechendes dürfte auch bei einer Vereinheitlichung des übrigen Zivilprozessrechts der Fall sein.

<sup>23</sup> Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz. Siehe BBI 1999 8633 ff.; Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 siehe BBI 1997 I 1 ff.

<sup>24</sup> Die Annahme erfolgte mit 1'610'107 Ja gegen 254'355 Nein, siehe BBI 2000 2990.

prüfen und einen vernehmlassungsreifen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über den Zivilprozess mit einem Begleitbericht vorzulegen.

Der *Expertenkommission* gehörten folgende Personen an:

- Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm, damals Bundesamt für Justiz, heute Ordinarius an den Universitäten Basel und Luzern (Präsident),
- Dr. iur. Christine Baltzer-Bader, damals Bezirksgerichtspräsidentin Liestal, jetzt Abteilungspräsidentin des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (BL);
- Prof. Dr. iur. Jürgen Brönnimann, Fürsprecher (BE);
- Bruno Cocchi, Oberrichter, Rechtsanwalt (TI);
- Dominik Gasser, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz;
- Prof. Dr. iur. Jacques Haldy, Rechtsanwalt (VD);
- Prof. Dr. iur. Franz Hasenböhler, Ordinarius an der Universität Basel (BS);
- Dominique Henchoz, Rechtsanwältin (GE);
- Prof. Dr. iur. Fabienne Hohl, damals Kantonsrichterin, jetzt Bundesrichterin (FR);
- Dr. iur. Sabine Kofmel Ehrenzeller, Fürsprecherin und Notarin (SG);
- Prof. Dr. iur. Christoph Leuenberger, Kantonsrichter (SG);
- Niccolò Raselli, Bundesrichter;
- Viktor Rügg, Rechtsanwalt und Notar (LU);
- Prof. Dr. iur. Henri-Robert Schüpbach, Ordinarius an der Universität Neuenburg (NE);
- Dr. iur. Vital Schwander, Kantonsgerichtspräsident (SZ);
- Prof. Dr. iur. Karl Spühler, ehemals Bundesrichter, Kassationsrichter am Kassationsgericht, Ordinarius an der Universität Zürich (ZH).

Mit beratender Stimme nahm an den Kommissionssitzungen teil: Dr. iur. Alexander R. Markus, Bundesamt für Justiz. Das Kommissionssekretariat besorgten vom Bundesamt für Justiz: av. Bernard Deschenaux, Fürsprecherin Katrin Kaposy, lic.iur. Paul Keller, av. Nathalie Wharton, lic. iur. Bassem Zein.

## 2.2 Die Arbeitsweise der Expertenkommission

### a) *Im Allgemeinen*

Die Expertenkommission tagte erstmals am 14. Juni 1999. Es fand eine *Grundsatzdebatte* über die „Leitlinien für eine Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechts“ statt, welche der Kommissionspräsident ausformuliert hatte (vgl. unten Ziff. 3).<sup>25</sup>

Im Anschluss an die erste Sitzung diskutierte die Kommission den möglichen *Aufbau* des neuen Zivilprozesses anhand zentraler Institute und eines Strukturpapiers des

---

<sup>25</sup> Vgl. dazu auch Sutter, Überlegungen, S. 32 ff.

Bundesamtes für Justiz. Gestützt auf erste, vom Kommissionspräsidenten ausformulierte Normtexte kristallisierten sich bald die heiklen und kontroversen Punkte heraus.

Die Kommission konzipierte in der Folge die Einleitung und den Aufbau des erstinstanzlichen ordentlichen Verfahrens und traf andere wichtige Vorentscheide, so etwa über die Verfahrensgrundsätze. Die Resultate der Diskussion wurden laufend in *Normtexte* umgegossen, neu diskutiert und überarbeitet. Zahlreiche Mitglieder der Expertenkommission verfassten zudem Arbeitspapiere zu einzelnen Fragen. Dieses Vorgehen hatte den grossen Vorteil, dass bei den Diskussionen ein permanenter und konkreter *Rechtsvergleich der kantonalen Prozessordnungen* stattfand (zu den rechtsvergleichenden Überlegungen im Übrigen Ziff. 4).

#### b) Die Arbeitsgruppe „Redaktion“

Im Laufe der Beratungen bildete die Expertenkommission die *Arbeitsgruppe „Redaktion“*<sup>26</sup>. Deren Aufgabe bestand zunächst darin, den Vorentwurf in einer ersten Fassung zu redigieren, die Diskussionsergebnisse der Gesamtkommission jeweils in Gesetzesvorschriften zu fassen, bereits formulierte Bestimmungen nochmals auf ihre Tauglichkeit zu überprüfen und der Kommission jeweils Bericht zu erstatten. Diese konzentrierte Arbeitsmethode ermöglichte es, dass die Expertenkommission schon bald einen ausformulierten Vorentwurf einer sorgfältigen ersten Lesung unterziehen konnte, nachdem sie vorgängig jeweils den Inhalt der einzelnen Abschnitte festgelegt bzw. die Grundentscheidungen getroffen hatte.

Die Arbeitsgruppe "Redaktion" tagte erstmals am 18. Mai 2000 und hielt danach in einem kontinuierlichen Rhythmus bis zum Schluss der Arbeiten zahlreiche ein- und zweitägige Sitzungen ab (insgesamt 20 Sitzungstage).

#### c) Die Subkommission „Schiedsgerichtsbarkeit“

Nachdem die Expertenkommission den Grundsatzentscheid getroffen hatte, die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit in die Schweizerische Zivilprozessordnung zu integrieren, wurde eine *Subkommission Schiedsgerichtsbarkeit* gebildet.

Dieser Subkommission gehörten an: Prof. Th. Sutter-Somm (Leitung), Prof. J. Brönnimann, avv. B. Cocchi sowie av. D. Henchoz. Als externe Experten wurden beigezogen: Prof. Dr. iur. Franz Kellerhals, Fürsprecher (BE); Prof. Dr. iur. Jean-François Poudret, em. Professor an der Universität Lausanne (VD); Prof. Dr. iur. Gerhard Walter, Ordinarius an der Universität Bern, sowie Dr. iur. Daniel Wehrli, Rechtsanwalt (ZH). Vom Bundesamt für Justiz nahm Dr. Alexander R. Markus als Mitglied teil. Die externen Experten haben die Hauptarbeit an diesem Teil des Vorentwurfes geleistet.

Die Subkommission tagte erstmals am 22. Mai 2000. Sie beschloss, grundsätzlich vom Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) auszugehen. Dabei war unbestritten, in Einzelfragen Anpassungen vorzunehmen. Grundlage der damit verbundenen Modernisierung war einerseits das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. Juni 1985 sowie das 12. Kapitel des IPRG. In der Folge wurde Prof. G. Walter beauftragt, einen entsprechen-

---

<sup>26</sup> Der Arbeitsgruppe " " gehörten an: Prof. Th. Sutter-Somm (Leitung), Fürsprecher D. Gasser, Prof. F. Hasenböhler, Prof. Ch. Leuenberger, Prof. H.-R. Schüpbach, Prof. K. Spühler.



den Teilentwurf mit Kurzerläuterungen auszuarbeiten. Dieser war die Initialzündung für die weitere Diskussion. Insgesamt tagte die Subkommission Schiedsgerichtsbarkeit an 4 Sitzungstagen.

Der von der Subkommission ausgearbeitete Teilentwurf über die Schiedsgerichtsbarkeit wurde von der Gesamtkommission an der Sitzung vom 16./17. Oktober 2001 – in Anwesenheit der externen Experten – diskutiert und als 3. Teil in den Vorentwurf integriert.

d) *Die Subkommission „Vollstreckung“*

Weiter wurde eine *Subkommission „Vollstreckung“* eingesetzt, welche den entsprechenden Teil des Vorentwurfs zuhanden der Expertenkommission auszuarbeiten hatte (Art. 325 ff.). Zudem waren die notwendigen Anpassungen im SchKG vorzunehmen (Ziff. 16 des Anhangs).

Dieser Subkommission gehörten an: Fürsprecher D. Gasser (Leitung), Dr. Ch. Baltzer, Dr. S. Kofmel Ehrenzeller, Prof. H.-R. Schüpbach, Prof. K. Spühler sowie als zusätzlicher externer Experte Dr. iur. Edgar Wettstein, Präsident am Bezirksgericht Zürich.

Für die Erarbeitung der Bestimmungen zur so genannten „vollstreckbaren öffentlichen Urkunde“ zog die Subkommission zwei weitere externe Experten bei: Prof. Dr. iur. Peter Ruf, Notar (BE), und Notariatsinspektor Jürg Schmid (ZH). Diese beiden Spezialisten arbeiteten zusammen mit Fürsprecher D. Gasser die entsprechenden Bestimmungen aus, die dann von der Gesamtkommission in den Vorentwurf eingebaut wurden (Art. 337 ff.).

e) *Die Subkommission „Immaterialgüterrecht“*

Schliesslich wurde eine *Subkommission „Immaterialgüterrecht“* eingesetzt. Diese hatte zu prüfen, welche prozessualen Bestimmungen der Spezialgesetzgebung im Bereich des geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts aufzuheben bzw. inwiefern Sondervorschriften in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufzunehmen sind. Als externe Experten haben mitgewirkt: Prof. Dr. iur. Eugen Marbach, Fürsprecher (BE), und Dr. iur. Lucas David, Rechtsanwalt (ZH).

f) *Abschluss der Arbeiten*

Insgesamt fanden in der Gesamtkommission 20 Sitzungen an insgesamt 26 Sitzungstagen statt. Die Sitzungen wurden jeweils protokolliert und die Arbeitspapiere in die Sitzungsprotokolle aufgenommen (total 1720 Seiten). Die Expertenkommission führte drei Lesungen des Vorentwurfes durch. Im ersten Durchgang wurde – wie bereits ausgeführt – der Vorentwurf im Einzelnen konzipiert. Das Resultat wurde anschliessend in der Expertenkommission einer doppelten Lesung unterzogen. An der letzten Sitzung der Expertenkommission vom 1. Februar 2002 fand die *Schlussabstimmung* über den Vorentwurf statt: Er wurde mit den Stimmen aller Expertinnen und Experten bei einer Enthaltung und einer Gegenstimme angenommen.

Im Anschluss daran sahen die Sprach- und Redaktionsdienste der Bundeskanzlei und des Bundesamtes für Justiz entsprechend den Gepflogenheiten des Gesetzgebungsverfahrens den Vorentwurf einlässlich auf Redaktion und Sprache durch. Die

Änderungsvorschläge wurden anschliessend nochmals von der Redaktionsgruppe der Expertenkommission durchgesehen und die Ergebnisse der Gesamtkommission am 17. September 2002 zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Schreiben vom 17. Oktober 2002 konnte die Expertenkommission den bereinigten Vorentwurf dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement abliefern. Der Begleitbericht wurde dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement im Dezember nachgeliefert.

### 3. Die Leitlinien des Vorentwurfs

#### 3.1 Inhalt

Die Expertenkommission diskutierte zu Beginn ihrer Arbeit eingehend die Frage, welche *Grundsätze* und *wegleitenden Gesichtspunkte* bei der Ausarbeitung des Vorentwurfes die inhaltliche Richtung prägen sollen. Es wurden folgende Leitlinien beschlossen:

1. Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ist durch eine *bundesrechtliche Kodifikation* zu bewerkstelligen. Ein blosses bundesrechtliches Rahmengesetz wäre ungenügend. In die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung gehört auch die Binnenschiedsgerichtsbarkeit.
2. Eine bundesrechtliche Zivilprozessordnung muss in erster Linie auf die *Bedürfnisse der Praxis* und den *Zweck des Prozesses* – Durchsetzung des materiellen Rechts, Sicherung des Rechtsfriedens und Beachtung der Rechtsgleichheit – zugeschnitten sein.
3. Die *Gerichtsorganisation der Kantone* (inkl. die Befähigung, Richter oder Richterin zu sein) ist grundsätzlich nicht anzutasten. Eingriffe sind nur so weit gerechtfertigt, als dies ein einheitliches Verfahrensrecht unbedingt erfordert.
4. Die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung soll eine *Fortführung der schweizerischen* Rechtstradition sein, mithin die anerkannten Grundsätze und Prinzipien fortführen, wie sie in den kantonalen Zivilprozessordnungen zum Ausdruck kommen. In ausländischen Rechtsordnungen entwickelte Innovationen können nur dann in Betracht gezogen werden, wenn eine Implementierung in die schweizerische Rechtsordnung möglich und als wirkliche Verbesserung angezeigt ist. Zur schweizerischen Rechtstradition gehört namentlich auch der „Mut zur Lücke“ (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB).
5. Für Bereiche, in denen die kantonalen Zivilprozessgesetze grosse Unterschiede aufweisen – wie etwa bei den Voraussetzungen für das ordentliche Rechtsmittel, bei der Frage einer dritten kantonalen Instanz oder beim Novenrecht –, muss ein allgemein akzeptabler *Kompromiss* gefunden werden.
6. Der *Koordination mit anderen Bundesgesetzen* (insb. ZGB, OR, SchKG) ist grösste Beachtung zu schenken. Es ist für eine „*Entschlackung*“ des materiellen Bundesprivatrechts von zivilprozessualen Bestimmungen zu sorgen.
7. Den *Realien der Gesetzgebung* ist Rechnung zu tragen. Ziel muss eine optimale Zivilprozessordnung mit realisierbarem Inhalt sein (Kosten der Justiz).
8. Aufzunehmen ist schliesslich das Anliegen eines „*sozialen Zivilprozesses*“, insbesondere für die einschlägigen Materien (Arbeitsrecht, Miete und Pacht, Konsumentenrecht).

Die Kommission hat angesichts ihres umfassenden Auftrags auch die Frage diskutiert, ob die künftige Zivilprozessordnung das gesamte Verfahren von der ersten Instanz im Kanton bis zum Prozess vor Bundesgericht regeln sollte. Wegen der weit fortgeschrittenen Arbeiten am BGG beschränkte sie sich jedoch auf den Prozess vor den *kantonalen* Instanzen, zumal die bundesgerichtlichen Verfahren durchaus eigenständig geregelt werden können.

## 3.2 Umsetzung der Leitlinien im Vorentwurf

### 3.2.1 Umfassende Vereinheitlichung

Die erste Leitlinie (*Kodifikationsprinzip*) ist im Vorentwurf ohne Ausnahme umgesetzt worden. Vorgeschlagen wird eine Schweizerische Zivilprozessordnung, die das *Verfahren vor den kantonalen Instanzen umfassend* und nicht nur für Teilbereiche regelt. Verfahrensmässige Vorbehalte zugunsten des kantonalen Zivilprozessrechts sind nicht vorgesehen. Auch die wenigen Streitigkeiten, welche nach kantonalem Zivilrecht zu entscheiden sind (vgl. Art. 5 Abs. 1 ZGB), sind nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung beizulegen. Der Vorentwurf geht also davon aus, dass die kantonalen Zivilprozessgesetze mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung obsolet werden.

### 3.2.2 Koordination mit dem übrigen Bundesrecht

Eine Kodifikation des Zivilprozessrechts bedingt, dass das materielle Privatrecht soweit möglich von allen rein zivilprozessualen Vorschriften entlastet wird. Diesem Anliegen trägt der *Anhang zum Vorentwurf* Rechnung. Darin wird eine grosse Zahl von Artikeln des ZGB, OR und der privatrechtlichen Spezialgesetzgebung zur Aufhebung vorgeschlagen<sup>27</sup>.

Die meisten dieser bundesrechtlichen Bestimmungen, die entweder die kantonalen Zivilprozessgesetze derogieren oder Mindestanforderungen für das kantonale Recht formulieren, gelten heute nur für das kantonale, nicht auch für das bundesgerichtliche Verfahren. Sie können deshalb entweder ersatzlos gestrichen oder, soweit sie inhaltlich beibehalten werden sollen, in die künftige Zivilprozessordnung transferiert werden<sup>28</sup>. Soweit sie ausnahmsweise auch das bundesgerichtliche Verfahren betreffen<sup>29</sup>, ist das BGG entsprechend anzupassen.

In Fällen hingegen, wo der materiellrechtliche Konnex überwiegt – wie etwa bei den erbrechtlichen Sicherungsmassnahmen – werden die betreffenden Bestimmungen nicht aus dem materiellen Recht herausgebrochen. Vielmehr stellt der Vorentwurf die Koordination durch eine entsprechende Verweisung sicher (vgl. z.B. die Erläuterungen zu Art. 284 VE).

---

<sup>27</sup> Die *Privatrechtsgesetzgebung* ist von Prof. K. Spühler und dem Kommissionspräsidenten entsprechend durchforstet worden.

<sup>28</sup> So z.B. Vorschriften über das Scheidungsverfahren in Art. 135-149 ZGB; vgl. dazu Art. 242 ff. VE sowie die entsprechenden Erläuterungen.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. Art. 281 Abs. 4 ZGB.

### 3.2.3 Autonomie der Kantone in der Gerichtsorganisation

Der Vorentwurf überlässt die *Gerichtsorganisation der Autonomie der Kantone*. Auch über die Auswahl der Richterinnen und Richter äussert er sich nicht. Die Beantwortung der Frage „Laienrichter/innen ja oder nein?“ bleibt damit ganz dem kantonalen Gesetzgeber anheim gegeben. Die Expertenkommission ist der Auffassung, dass es falsch wäre, das in der Schweiz weit verbreitete System der Laienrichter und Laienrichterinnen in Kollegialgerichten von Bundesrechts wegen abzuschaffen.

Gleiches gilt für die Frage der Grösse von *Spruchkörpern*. Auch hier soll das kantonale Recht entscheiden, ob eine einzelne Gerichtsperson oder ein Kollegium zuständig sein soll. Diese Fragen sind eng mit der kantonalen Rechtstradition verbunden, weshalb der Bundesgesetzgeber nicht ohne zwingende sachliche Notwendigkeit eingreifen soll. Schliesslich hat die Frage der Grösse von Spruchkörpern auch erhebliche finanzielle Auswirkungen (politische Frage). Der im Vorentwurf durchwegs verwendete Begriff „*Gericht*“ ist daher so zu verstehen, dass allein das kantonale Recht bestimmt, ob dies eine Einzelperson oder ein Kollegium ist.

Gewisse Fragen hingegen, die zwar einen *Bezug zur Gerichtsorganisation* haben, in erster Linie aber das Verfahren betreffen, müssen einheitlich geregelt werden, soll die Schweizerische Zivilprozessordnung nicht blosses Stückwerk bleiben. Dies gilt neben den Ausstandsgründen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 43 ff. VE), die ohnehin schon bestimmten verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen müssen, in erster Linie für die *einheitliche Verfahrenseinleitung* und den *Instanzenzug*.

- Bei der *Verfahrenseinleitung* stellte sich für die Expertenkommission die Grundsatzfrage, ob dem Entscheidverfahren vor dem erkennenden Gericht jeweils ein *Schlichtungsverfahren* vorzuschalten sei und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen. Angesichts der schon heute grossen Verbreitung derartiger Sühneverfahren, Vermittlungsverfahren usw. – die kantonale Terminologie ist uneinheitlich – und der mit ihnen verbundenen hohen Erledigungsrate von Streitigkeiten *vor* dem eigentlichen Prozess, schlägt die Expertenkommission eine entsprechende Lösung vor (Art. 191 VE). Damit wird die Verfahrenseinleitung bundesrechtlich abschliessend und einheitlich geregelt.

Die Organisation der Schlichtungsbehörde soll dagegen – entsprechend dem Prinzip, möglichst wenig in die Gerichtsorganisation der Kantone einzugreifen – deren Angelegenheit bleiben. Die *Wirkungen* der Einleitung des Schlichtungsverfahrens sind dann aber wieder bundesrechtlich geregelt: So insbesondere der Eintritt der *Rechtshängigkeit* (Art. 206 Abs. 1 und 208 f. VE).

- Ein ähnliches Schnittstellenproblem *Gerichtsorganisation/Verfahren* stellt sich beim *Instanzenzug*. Es versteht sich von selbst, dass eine echte Rechtsvereinheitlichung die *zulässigen Rechtsmittel* abschliessend umschreiben muss. Damit wird jedoch auch die *Frage der Anzahl Rechtsmittelinstanzen* präjudiziert. Der Vorentwurf sieht mit wenigen Ausnahmen, die bereits heute gelten<sup>30</sup>, das Prinzip der „*double instance*“ vor. Der Instanzenzug geht dabei, wie das schon heute die Regel ist, von einem Gericht der ersten Instanz an die obere

---

<sup>30</sup> Einerseits geht es um die Fälle, in denen bereits heute das Bundesrecht den Kantonen die Einsetzung einer einzigen kantonalen Instanz vorschreibt, vgl. dazu Art. 4 VE. Andererseits sieht der Vorentwurf die Möglichkeit der direkten Anrufung der oberen kantonalen Instanz vor, vgl. Art. 6 VE.

kantonale Instanz. Einen *dreifachen* Instanzenzug hingegen schliesst der Vorentwurf aus. Auch die Konzession an die Handelsgerichtskantone, wonach für bestimmte Streitigkeiten *erstinstanzlich* ein *oberes* Fachgericht eingesetzt werden kann, so dass als Rechtsmittelinstanz dann gewissermassen ein Gericht der *dritten* Hierarchiestufe ins Spiel kommt, stellt keine Ausnahme vom Prinzip der „double instance“ dar (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 5 VE).

### 3.2.4 Praktikabilität und dogmatische Stringenz

Die Expertenkommission war sich bei ihren Arbeiten stets bewusst, dass der Vorentwurf an den *Bedürfnissen der Praktikerinnen und Praktiker* gemessen wird. Die Diskussionen haben aber deutlich gezeigt, dass es dabei nicht einfach um die „Bedürfnisse der Anwaltschaft“ auf der einen Seite und den „Bedürfnissen der Gerichte“ auf der anderen Seite geht, sondern dass auch innerhalb der jeweiligen Gruppe die unterschiedlichsten Auffassungen bestehen.

Die Vorschläge der Expertenkommission – wie etwa betreffend den Aufbau des ordentlichen Verfahrens, die Gliederung der besonderen Verfahren, die Rechtsmittel oder die Fristen – sind daher das Ergebnis eingehender und kontrovers geführter Diskussionen. Es ist ein Anliegen der Expertenkommission, kontroverse Punkte im Vorentwurf sichtbar zu machen – durch Varianten (vgl. insb. bei Art. 215, Art. 292-293 sowie Art. 296 ). Den Kontroversen ist gemeinsam, dass sie das eigentliche *Kernproblem des Zivilprozessrechts* ansprechen: Nämlich die Antinomie der Ziele, den Prozess auf der einen Seite beförderlich und kostengünstig durchzuführen und Prozessverschleppungen zu unterbinden, den Streit aber andererseits möglichst gerecht und auf Grund der materiellen Wahrheit zu entscheiden. Typisches Beispiel ist die Frage der *Eventualmaxime*, die in den einzelnen kantonalen Zivilprozessordnungen heute sehr unterschiedlich beantwortet wird.

Im Ergebnis sieht der Vorentwurf für solche neuralgischen Punkte *Mittellösungen*<sup>31</sup> vor. Je nach Standpunkt mögen sie dem einen dann gleichwohl als übermässige Prozessstrenge und dem anderen als zu lasche Lösung erscheinen. Damit wird nur deutlich, dass es bei diesen Kernfragen nicht um „richtig oder falsch“, sondern immer um *Wertungen* geht, die etwa bei den Prozessen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis<sup>32</sup> oder noch stärker bei den Kinderbelangen<sup>33</sup> zugunsten der Ermittlung des (wahren) Sachverhalts entschieden worden sind („sozialer Zivilprozess“).

Einem praktischen Anliegen entspricht auch eine möglichst „*schlanke*“ *Gesetzgebung*. Der Vorentwurf trägt diesem Bedürfnis durch einen *kohärenten systematischen Aufbau* Rechnung. Dabei versteht sich, dass die allgemeinen Bestimmungen (1. Teil des VE) dann auch allgemein – d.h. grundsätzlich in allen Verfahren – Anwendung finden. Der besondere Teil (2. Teil: Besondere Bestimmungen für die einzelnen Verfahrensarten sowie die Rechtsmittel) kann sich dadurch auf lediglich 133 Artikel beschränken.

Durch die Vereinheitlichung werden nicht nur unzählige Normen des Bundesrechts entfallen (vgl. den Anhang zum VE), sondern auch das gesamte Konkordatsrecht im

---

<sup>31</sup> Vgl. z.B. auch den Vorschlag der Expertenkommission betreffend die *Wiederherstellung* (Art. 143 Abs. 1 VE).

<sup>32</sup> Art. 241 Abs. 2 VE.

<sup>33</sup> Vgl. 252 VE.

Bereich des Zivilprozesses sowie – und nicht zuletzt – gegen 10'000 Vorschriften der 26 kantonalen Zivilprozessordnungen und Einführungsgesetze – eine kolossale Vereinfachung und Entschlackung des schweizerischen Prozessrechts!

Besonderen Wert legt der Vorentwurf auf einen möglichst grossen *praktischen Spielraum* des befassten Gerichtes. Deshalb wurde in vielen Bereichen bewusst offen formuliert<sup>34</sup>. Wo hingegen präzise Vorschriften notwendig sind, wie etwa im Zusammenhang mit der Festlegung der Verfahrensart, gibt der Vorentwurf die nötigen klaren Vorgaben<sup>35</sup>.

Das berechtigte Anliegen eines „*sozialen Zivilprozesses*“ nimmt der Vorentwurf insbesondere mit dem vereinfachten Verfahren auf (Art. 237 ff.). In den betreffenden Materien – wie Arbeitsrecht, Miete und Pacht, Konsumentenrecht – soll der Zugang zum Gericht wesentlich erleichtert werden.

### 3.2.5 Kantonale oder ausländische Zivilprozessordnungen als Modell?

Der Vorentwurf hat weder eine ausländische noch eine bestimmte kantonale Zivilprozessordnung zum Vorbild genommen. Vielmehr hat sich die Expertenkommission entschlossen, eine eigenständige Zivilprozessordnung zu entwerfen. Dass sich das Ergebnis gleichwohl sehr deutlich und eng an das geltende kantonale Zivilprozessrecht anlehnt, hat folgende Gründe:

- Erstens besteht zwischen den meisten kantonalen Gesetzen in *vielen Punkten grundsätzliche Übereinstimmung*. Solche Gemeinsamkeiten sind Ausdruck einer *langjährigen schweizerischen Rechtstradition*, die der Vorentwurf weiterführt.

So gilt etwa der Grundsatz, dass das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkennt (*Dispositionsmaxime*). Zudem ist es prinzipiell Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen des Rechtsstreites zu unterbreiten und dafür Beweis zu führen (*Verhandlungsmaxime*). Diese beiden klassischen Prinzipien sind – als den Prozess strukturierende Regeln – in den Vorentwurf aufgenommen worden. Sie sind das Rückgrat des Zivilprozesses.

- Trotz Übereinstimmungen im Grundsätzlichen herrschen in unzähligen prozessrechtlichen Fragen – gewissermassen der „zweiten Ordnung“ – kantonale Unterschiede. Hier konnte die Expertenkommission geradezu aus dem Vollen schöpfen.

Jeder Kanton wird somit im Ergebnis viele vertraute Regeln, aber auch viel Neues im Vorentwurf finden. So werden z.B. die Bestimmungen über den *schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen* (Art. 266 ff. VE) für Zürcher und Luzerner Juristinnen und Juristen nichts Unbekanntes sein, während man etwa in Basel-Stadt und Basel-Landschaft dieses Institut von der eigenen Zivilprozessordnung her nicht kennt. Umgekehrt ist das System der *Beschwer* (Gravamen) im Zusammenhang mit der Appellation (vgl. die Erläuterungen zu Art. 290 VE) in Basel bestens bekannt, während in andern Kantonen ein

<sup>34</sup> Vgl. Z.B. statt vieler Art. 150, 152 Abs. 2, 215 Abs. 2 Bst. a, 217 VE.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. 259/260 VE.

anderes System gilt. Die Vorschriften über die *Beweisaussage* (vgl. Art. 186 VE) werden dem Kanton Bern bekannt vorkommen (obwohl dieses Beweismittel dort in Einzelheiten anders geregelt ist), derweil andere Kantone, z.B. Genf, die Beweisaussage heute überhaupt nicht kennen. Demgegenüber werden die St. Galler Juristinnen und Juristen diesbezüglich weitgehend ihre eigenen Vorschriften wieder finden.

Diese Beispiele zeigen – pars pro toto – mit aller Deutlichkeit: Die Rechtsvereinheitlichung im Zivilprozessrecht bedingt *Flexibilität und Bereitschaft*, sich teilweise auf Neuerungen einzulassen. Doch muss dabei keineswegs mit der bisherigen Rechtstradition gebrochen werden.

- Auch *politische Gründe* sprechen dagegen, einfach eine bestimmte kantonale Zivilprozessordnung zum Modell zu erklären. Die damit verbundene Majorisierung aller übrigen Kantone würde nur Widerstand gegen die Rechtsvereinheitlichung bewirken.
- Für die Schaffung eines neuen, eigenständigen Gesetzes sprechen auch *sprachliche Vorteile*: Es ist autonom und einheitlich zu interpretieren – dies im Unterschied zur heutigen Rechtslage, wo die Kantone zwar oft gleiche Begriffe verwenden, diesen dann aber nicht den gleichen Inhalt geben<sup>36</sup>. Auch in den Diskussionen der Expertenkommission traten solche sprachlichen Diskrepanzen zu Tage. Die Schweizerische Zivilprozessordnung wird eine einheitliche Begrifflichkeit mit sich bringen. Die Expertenkommission legte grossen Wert auf eine einfache und klare Sprache, wozu auch die Sprachdienste der Bundeskanzlei wesentlich beigetragen haben.
- Auch in Bezug auf eine Übernahme *ausländischer Rechtsinstitute* übte die Expertenkommission Zurückhaltung. So wird beispielsweise davon abgesehen, die im angelsächsischen Rechtskreis entwickelte *class action* der schweizerischen Rechtsordnung „aufzupropfen“. Denn unsere Kultur geht vom Grundsatz aus, dass das Recht, einen Prozess als Partei zu führen, eng mit dem (behaupteten) eigenen materiellen Anspruch verbunden ist. Die Möglichkeit der Streitgenossenschaft und die Verbandsklage genügen hierzulande vollauf (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 79 VE).

Ähnliches gilt für die so genannte *Mediation*. Der Vorentwurf trägt der Mediation verschiedentlich Rechnung, z.B. im Zusammenhang mit der Sistierung von Verfahren (Art. 116 Abs. 1 VE) oder durch Verweigerungsrechte im Beweisverfahren (Art. 157 Abs. 1 Bst. c VE). Hingegen wird – anders als teilweise in ausländischen Rechtsordnungen – auf eine Implementierung der Mediation in das gerichtliche Verfahren verzichtet.

Auf der anderen Seite haben im Ausland entwickelte Rechtsinstitute dann Berücksichtigung gefunden, wenn sie auch bei uns einem echten Bedürfnis entsprechen. Dies ist etwa der Fall bei der so genannten *vollstreckbaren öffentlichen Urkunde*. Aber auch hier übernimmt der Vorentwurf nicht einfach eine ausländische Regelung – etwa jene Deutschlands –, sondern er passt sich an das bewährte System des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts an (vgl. die Erläuterungen zu Art. 337 ff. VE).

---

<sup>36</sup> Z.B. das gerichtliche Fragerecht oder die Parteiaussage als Beweismittel. Ferner bezeichnet der Ausdruck "Beschwerde" in den Kantonen in der Regel ein ausserordentliches Rechtsmittel – nicht so jedoch in der aargauischen ZPO. Vgl. Bühler/Edelmann/Killer, § 335, N. 14 f.

Die Frage nach dem konkreten Inhalt der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung stellt überall dort besondere Probleme – nicht rechtstechnischer, sondern *rechtspolitischer Natur* –, wo es heute noch kein „gemeinsames“ kantonales Zivilprozessrecht gibt. Deshalb bleibt die Feststellung des bedeutenden deutschen Zivilprozessualisten FRIEDRICH STEIN heute so gültig wie damals: *"Jede Zivilprozessreform muss sich das Ziel setzen, ein Verfahren zu schaffen, das, wenn auch nur für eine bestimmte Kultur- und Wirtschaftsperiode, allen Anforderungen und Interessen gerecht wird. Da diese nun miteinander im Widerspruch stehen und mit den stets wechselnden Anschauungen über den Staat und seine Aufgaben aufs engste zusammenhängen, so hat das Problem eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Suchen nach dem perpetuum mobile. Es scheint sicher, dass die Aufgabe niemals restlos gelöst werden wird, und bemühen sich Generationen und Generationen immer wieder von neuem um die Prozessreform."*<sup>37</sup>

Für die schweizerische Reform des Zivilprozessrechts besteht nun der erste wesentliche Schritt darin, einen gemeinsamen Nenner zu finden.

### 3.2.6 Kosten der Justiz als Realien der Gesetzgebung

Zu den Realien der Gesetzgebung gehören neben bereits angesprochenen Grundsatzfragen (vgl. oben Ziff. 3.2.5) in der heutigen Zeit vor allem auch die *Kosten des Staates für die Justiz*. Dass eine gute Rechtsprechung dem Gemeinwesen Kosten verursacht, die insgesamt durch die Spruchgebühren nicht gedeckt werden können, dürfte wohl unbestritten sein, obwohl dazu in der Schweiz keine rechtstatsächlichen Untersuchungen existieren. Umso mehr muss es auch unter dem Blickwinkel der Interessen des Staates und nicht nur der Rechtssuchenden ein ganz primäres Anliegen sein, speditive und ökonomische Verfahren zu schaffen. Dem trägt der Vorentwurf in vielfacher Hinsicht Rechnung<sup>38</sup>.

Die Justizkosten hängen von verschiedensten Faktoren ab, auch etwa von der Grösse der Spruchkörper (vgl. oben Ziff. 3.2.3). Sodann stellt sich die Frage, welche *kostenlosen Verfahren* es geben soll („sozialer Zivilprozess“). Hier schlägt die Expertenkommission Regelungen vor, welche weitgehend den bisherigen Vorgaben des Bundesrechts entsprechen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 103 und 104 VE). Die Expertenkommission hat keinen Anlass gesehen, die politischen Entscheidungen des Parlaments, die teilweise erst kürzlich getroffen wurden, schon wieder in Frage zu stellen<sup>39</sup>. Auch im Zusammenhang mit der *unentgeltlichen Prozessführung* (Art. 105 ff. VE) werden hinsichtlich der Voraussetzungen keine Neuerungen vorgeschlagen, sondern im Wesentlichen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und bisherige Praxis übernommen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 105 ff. VE). Indessen wurde darauf geachtet, dass die *Kostenvorschüsse* für die Rechtssuchenden keine prohibitive Wirkung haben (vgl. Art. 87 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 3 VE).

Ein in den letzten Jahren immer wieder diskutiertes Anliegen ist die Einführung von speziellen *Familiengerichten*. Dieser Vorschlag wurde vom Bundesrat im Zusam-

---

<sup>37</sup> Stein, S. 46.

<sup>38</sup> Vgl. z.B. die Regelungen in den verschiedensten Bereichen, die dieses Anliegen in der einen oder anderen Form aufnehmen: Art. 99, 115, 123 Abs. 1, 185 Abs. 2, 190, 196 Abs. 1, 212, 229 Abs. 1, 231, 238 f., 266 Abs. 1 VE.

<sup>39</sup> So z.B. für die Frage der Gerichtskosten relevante Streitwertgrenze für arbeitsrechtliche Streitigkeiten von 30'000 Franken gemäss Art. 343 Abs. 3 OR, in Kraft seit 1. Juni 2001.



menhang mit der Revision des Scheidungsrechts gemacht<sup>40</sup>, war jedoch bei der parlamentarischen Beratung bereits im Erstrat nicht mehrheitsfähig. Auch in der Expertenkommission wurde die Frage erörtert. Nach Auffassung der Kommission ist es jedoch zweckmässiger, diese Frage in der laufenden Familienrechtsrevision (Vormundschaftsrecht) zu behandeln.

#### 4. Rechtsvergleichende Überlegungen

Wie ein Blick auf unsere Nachbarstaaten zeigt, ist die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts jeweils von ganz unterschiedlichen rechtspolitischen Gegebenheiten geprägt worden. Nirgendwo jedoch liess sie so lange auf sich warten wie in der Schweiz.

In *Österreich* etwa wurde die Rechtseinheit im Zivilprozessrecht bereits weitgehend im 18. Jahrhundert geschaffen. Die geltende österreichische ZPO datiert vom 31. Dezember 1897; sie ist mit Änderungen noch heute in Kraft.

In *Frankreich* wurde die Rechtsvereinheitlichung durch den Code de procédure civile vom 24. April 1806 bewerkstelligt. Dessen Neuerungen – wie der bedeutende Einfluss der Parteien auf den Prozess, die Dispositionsmaxime, die Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens, die freie Beweiswürdigung sowie die Zurückdrängung der Eventualmaxime – beeinflussen bis heute die Zivilprozessordnungen der französischsprachigen Kantone und diejenige des Kantons Tessin. Erst durch verschiedene Revisionen im 20. Jahrhundert und vor allem zuletzt durch eine Revision von 1992 wurde in Frankreich abschnittsweise eine neue Zivilprozessordnung eingeführt (sog. Nouveau Code de procédure civile).

In *Italien* wurde das Zivilprozessrecht durch die ZPO von 1865 vereinheitlicht. Diese wurde im Jahre 1942 durch eine neue Kodifikation abgelöst, welche mit Änderungen noch heute in Kraft ist.

In *Deutschland* wurde das Zivilprozessrecht gar noch vor dem materiellen Recht vereinheitlicht. Die Deutsche Zivilprozessordnung datiert vom 30. Januar 1877; sie trat rund 20 Jahre vor dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in Kraft. Noch heute ist sie – mit zahlreichen Änderungen – geltendes Recht. Die umfassendste Änderung erfolgte kürzlich durch das so genannte Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2001, in Kraft getreten am 1. Januar 2002. Mit dieser Revision wurden die Rechtsmittel einer tiefgreifenden Änderung unterzogen. Zweck der Revision war vor allem die Stärkung der ersten Instanz.

Dieses Anliegen verfolgt auch der Vorentwurf, denn eine Stärkung der Vorinstanz trägt am meisten zur Entlastung der oberen kantonalen Instanz und letztlich auch des Bundesgerichts bei. Durch die Beschränkung des Novenrechts im zweitinstanzlichen Verfahren soll verhindert werden, dass Prozesse verschleppt und verteuert werden, was nicht im Interesse der Parteien, schon gar nicht der wirtschaftlich schwächeren sein kann.

---

<sup>40</sup> Vgl. BBI 1996 I 1 ff., 154 f.

Die Zivilprozessordnungen im europäischen Raum haben sich alle gegenseitig beeinflusst – allerdings in unterschiedlichem Ausmass<sup>41</sup>. So hat etwa die erste moderne Zivilprozessordnung der Schweiz, nämlich diejenige des Kantons Genf (Loi sur la procédure civile vom 29. September 1819) – ihrerseits wesentlich vom französischen Code de procédure civile geprägt – auf die noch heute geltende Deutsche Zivilprozessordnung eingewirkt<sup>42</sup>. Auch in der Schweiz haben einzelne Zivilprozessgesetze andere wesentlich beeinflusst<sup>43</sup>.

Gesamthaft betrachtet besteht in der Schweiz als Folge der rund 200-jährigen Gesetzgebungspraxis der Kantone ein eigentliches Experimentierfeld für Zivilprozessrecht, wie es – zumal in verschiedenen Sprachen – so in Europa kein zweites Mal anzutreffen ist<sup>44</sup>. Entsprechend liegen auch zuverlässige Erfahrungen über Vor- und Nachteile der einzelnen Systeme, Institute und Regeln vor. Die Expertenkommission sah sich daher veranlasst, rechtsvergleichende Überlegungen *in erster Linie* anhand der kantonalen Zivilprozessgesetze anzustellen – immer in Bezug auf konkrete Probleme. Das Hauptziel war, das *in den Kantonen Bewährte* in den Vorentwurf zu übernehmen und – bei unterschiedlichen Regelungen – sich vor allem an pragmatischen und praxisnahen Gesichtspunkten zu orientieren.

Schweizerischer Tradition entspricht auch der Umfang des Vorentwurfs: Er ist wesentlich kürzer als alle Zivilprozessordnungen unserer Nachbarstaaten. Dass in den ausländischen Ordnungen oft auch die ganze (Geld-)Vollstreckung integriert ist, ändert nichts daran.

---

<sup>41</sup> Vgl. zum Ganzen etwa Habscheid (Hrsg.); Storme, S. 117 ff.; zu den ausländischen Einflüssen auf die kantonalen Zivilprozessgesetze vgl. Sutter, Weg zur Rechtseinheit, S. 124 ff.

<sup>42</sup> Und zwar über die Hannoversche Zivilprozessordnung von 1850. Zum Einfluss des Genfer Gesetzes im Ausland, namentlich in Holland, vgl. Schurter/Fritzsche, Bd. II/1 S. 47. Nach neueren Forschungsergebnissen sind auch Einflüsse auf andere ausländische Zivilprozessgesetze wie Argentinien und Bulgarien nachgewiesen, vgl. dazu etwa Stürner, S. 31 FN 95 und S. 35 FN 119.

<sup>43</sup> Vgl. dazu Sutter, Weg zur Rechtseinheit, S. 124 ff.

<sup>44</sup> So auch die Beurteilung von ausländischen Experten, vgl. etwa Dahlmanns, S. 2756.

# Besonderer Teil

## Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen

### Vorbemerkung

Die Gliederung und Titel dieses Teils des Berichts richten sich nach dem Vorentwurf.

## 1. Teil: Allgemeine Bestimmungen

### 1. Titel: Gegenstand und Geltungsbereich

#### Art. 1

Die Schweizerische ZPO regelt die Zuständigkeit und das Verfahren in *Zivilsachen* (**Abs. 1**). Als solche gelten einerseits alle Zivilrechtsstreitigkeiten, andererseits aber auch zivile Angelegenheiten der freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Insofern deckt sich der Begriff der Zivilsache mit demjenigen von Artikel 43 OG. Zivilsachen sind schliesslich auch alle Angelegenheiten des Betreibungs- und Konkursrechtes, die gerichtlich auszutragen sind<sup>45</sup>.

Der Geltungsbereich des Gesetzes bezieht sich auf *bundesrechtliche* und *kantonale* Zivilsachen. Dies steht im Gegensatz zum bisherigen GestG, welches grundsätzlich nur Zivilsachen erfasst, die sich auf Bundesrecht stützen<sup>46</sup>. Sodann ist zu beachten, dass die Schweizerische ZPO neben dem Verfahren auch die Zuständigkeit der Gerichte regelt. Dabei geht es allerdings nur um die örtliche Zuständigkeit. Sie wird in den Artikeln 7-42 des Gesetzes geregelt, wobei weitgehend das bisherige GestG in den Vorentwurf eingebaut wird. Die sachliche Zuständigkeit hingegen bleibt im Grundsatz weiterhin der kantonalen Regelung überlassen (Art. 2 Abs. 1; für die Ausnahmen vgl. den Kommentar zu 4 ff.).

Die Schweizerische ZPO regelt Zuständigkeit und Verfahren nur für Prozesse *vor kantonalen Instanzen* – nicht auch vor Gerichten des Bundes, insbesondere nicht vor dem Bundesgericht. Hierfür massgeblich ist das sich im Stadium der parlamentarischen Beratung befindende BGG.

Sodann gilt das Gesetz auch für die *Binnenschiedsgerichtsbarkeit*. Dies bedeutet, dass das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit obsolet wird (vgl. den Kommentar zu Art. 344 ff.). Der Einbau der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in das neue Gesetz rechtfertigt sich vor allem deshalb, weil in den letzten beiden Jahrzehnten alle Kantone dem genannten Konkordat beigetreten sind, wodurch die Grundlage für eine gesamtschweizerische Gesetzeslösung gelegt ist.

---

<sup>45</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei Amonn/Gasser, § 4 N 47 ff.

<sup>46</sup> Vgl. Spühler/Vock, GestG, Art. 1 N 2; BSK-Claudia Meyer, Art. 1 GestG N 4.

Obwohl materiell öffentliches Recht<sup>47</sup>, gilt das *Vormundschaftsrecht* (Art. 360 bis 455 ZGB) unter rein formellen Gesichtspunkten als Zivilrecht. Doch kommt der Vorentwurf für diese Materie nicht ohne weiteres zur Anwendung, denn nach Artikel 373 ZGB – den die Expertenkommission unberührt lässt – bleiben die Kantone für die Regelung des Verfahrens zuständig. In vielen Kantonen sind die vormundschaftsrechtlichen Verfahren (Entmündigung usw.) Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege, andere Kantone wiederum erklären ihre Zivilprozessordnung für anwendbar. Diese Verfahrensautonomie bleibt den Kantonen erhalten: Sie haben lediglich allfällige Verweise auf ihre eigene ZPO durch einen Verweis auf den Vorentwurf zu ersetzen. Das Vormundschaftsrecht befindet sich zurzeit in Totalrevision. In deren Rahmen wird auch geprüft, inwieweit und wie das Verfahren zu vereinheitlichen ist.

**Absatz 2** behält die Bestimmungen von Staatsverträgen sowie des internationalen Privatrechts vor. Der Vorbehalt von Staatsverträgen versteht sich aufgrund des völkerrechtlichen Primates von selbst; er ist also lediglich deklaratorischer Natur. Es gibt Dutzende bilateraler Staatsverträge über das Zivilprozessrecht, so zum Beispiel verschiedene Haager Übereinkommen betreffend Beweisaufnahme, Zugang zur Rechtspflege, Zustellungen, Zuständigkeit auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern usw. Von Bedeutung sind sodann die Übereinkommen betreffend Staatenimmunität, Immunität von Diplomaten sowie Konsuln. Die grösste praktische Bedeutung, vor allem für Fragen der Zuständigkeit und der Vollstreckung, hat das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ)<sup>48</sup>.

Der Vorbehalt des IPRG hingegen ist echt. Das sich seit bald anderthalb Jahrzehnten in Kraft befindende IPRG hat sich sehr bewährt. Dennoch stellt sich für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit die Frage, ob sie nicht – wie die Binnenschiedsgerichtsbarkeit – in die ZPO eingebaut werden sollte. Dies ist zu verneinen: Gerade bei internationalen Schiedsgerichten besteht ein grosses Bedürfnis nach freier Gestaltung des Verfahrens und nach Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten. Dazu kommt, dass sich grosses internationales Vertrauen in die Regelung des IPRG aufgebaut hat. Der Vorbehalt des IPRG gilt aus diesen Gründen somit auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.

**Absatz 3** hält einen zentralen Grundsatz fest: Die *Gerichtsorganisation* bleibt Sache des kantonalen Rechts (vgl. auch Art. 122 Abs. 2 BV). Angesichts der traditionellen, kulturellen, wirtschaftlichen und grössenmässigen Verschiedenheit der Kantone ist es unmöglich und unrealistisch, gesamtschweizerisch eine einheitliche Gerichtsorganisation vorzuschreiben. Es soll den Kantonen grundsätzlich überlassen bleiben, ob sie – je nach Bedürfnissen – z.B. Fachgerichte (wie Handelsgerichte, Arbeitsgerichte oder Mietgerichte) einsetzen oder ob sie erstinstanzliche Streitigkeiten Einzel- oder Kollegialgerichten zuweisen wollen.

Ausnahmen von diesem Grundsatz sieht der Vorentwurf nur wenige vor. So folgt etwa aus der Regelung der Rechtsmittel (Art. 3 und 286 ff.), dass die Kantone eine untere und eine obere Gerichtsinstanz haben müssen. Sodann haben die Kantone gerichtliche – teilweise paritätische – Schlichtungsbehörden einzurichten (vgl. Art.

---

<sup>47</sup> Vgl. Riemer, S. 33; BGE 96 I 408/09, 100 Ib 114 f.; BSK-Ernst Langenegger, Vorbemerkungen zu Art. 360 bis 456 ZGB N 7 ff.

<sup>48</sup> SR 0.275.11.

194 f.). Auch die punktuellen Bestimmungen des Vorentwurfs über die sachliche Zuständigkeit haben Rückwirkungen auf die Gerichtsorganisation (Art. 4 ff.).

Es bleibt auch Sache der Kantone, die Wählbarkeit der Gerichtspersonen zu definieren und das Wahlorgan, die Amtsdauer und die Verantwortlichkeit zu bestimmen. Die Ausstandsregeln hingegen werden einheitlich durch den Vorentwurf bestimmt (Art. 43 ff.), denn sie konkretisieren den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts (Art. 30 Abs. 1 BV, 6 Ziff. 1 EMRK)<sup>49</sup>.

## 2. Titel: Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand

### 1. Kapitel: Sachliche und funktionelle Zuständigkeit

#### Art. 2

Sehr eng mit der Gerichtsorganisation hängt die sachliche Zuständigkeit der Gerichte zusammen. Sie wird daher ebenfalls dem kantonalen Recht vorbehalten (**Abs. 1**). In Bezug auf Gerichtsorganisation und sachliche Zuständigkeit legt der Vorentwurf somit ein klares föderalistisches Bekenntnis ab.

Es gibt jedoch Materien, in denen die sachliche Zuständigkeit einheitlich durch Bundesrecht zu bestimmen ist, wie etwa dort, wo es um besondere Verfahren und Verfahrensgestaltung geht. Das trifft etwa für die immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten zu (Art. 4). Aber auch für die Widerklage (Art. 12, 80), die subjektive und objektive Klagenhäufung (Art. 13, 84) und die Streitverkündung mit Klage (Art. 14, 71) regelt der Vorentwurf nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit.

Eine weitere einheitliche sachliche Zuständigkeitsvorschrift findet sich sodann bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Artikel 346. Dort ist geregelt, dass für gewisse Handlungen im schiedsgerichtlichen Verfahren die oberen kantonalen Gerichte zuständig sind, so z.B. für die Entgegennahme des Schiedsspruchs und dessen Vollstreckbarkeitsbescheinigung. Dasselbe gilt bei Schwierigkeiten in der Bestellung des Schiedsgerichtes (Art. 352).

Die Kantone können für die sachliche erstinstanzliche Zuständigkeit (Einzelrichter oder Kollegialgericht) die Höhe des Streitwerts bestimmen. Für die Berechnung des Streitwerts hingegen ist dieses Gesetz massgebend (**Abs. 2**; vgl. Art. 83 ff.).

#### Art. 3

In dieser Bestimmung wird der auch im BGG verankerte Grundsatz der „double instance“ festgelegt. Danach kann jeder erstinstanzliche Entscheid an eine kantonale Rechtsmittelinstanz weitergezogen werden, und zwar unabhängig davon, ob das erstinstanzliche Gericht ein unteres oder ein oberes Gericht ist. Dies bedeutet etwa, dass gegen Entscheide der kantonalen Handelsgerichte, die als erstinstanzliche Gerichte auf der zweiten Hierarchiestufe angesiedelt sind, eine kantonale Rechtsmittelinstanz zur Verfügung stehen muss (z.B. ein kantonales Kassationsgericht, ein

---

<sup>49</sup> Fabienne Hohl, Procédure civile I, chap. II, N 73 f.

Spezialgericht oder eine bestimmte Kammer des Obergerichts). Auch gegen erstinstanzliche Entscheide oberer kantonalen Gerichte muss also grundsätzlich eine Rechtsmittelinstanz zur Verfügung stehen, nicht zuletzt um das Bundesgericht zu entlasten. Von diesem Prinzip macht der Vorentwurf nur zwei Ausnahmen: Erstens für Streitigkeiten aus Immaterialgüterrecht (d.h. für Entscheide der so genannten einzigen kantonalen Instanz, Art. 4) und zweitens für die direkte Klage bei der oberen Instanz (Art. 6).

#### Art. 4

Das Bundesrecht schreibt den Kantonen schon heute für immaterialgüterrechtliche Klagen die Beurteilung durch eine einzige kantonale Instanz vor (vgl. Art. 76 PatG, Art. 55 Abs. 3 MSchG, Art. 37 des DesG, Art. 42 des Sortenschutzgesetzes, Art. 64 Abs. 3 URG, Art. 14 Abs. 1 KG und Art. 23 KHG). Grund dafür ist, dass es sich um Spezialmaterien handelt, deren rechtliche und fachliche Beherrschung vor allem aus personellen Gründen nur bei einer einzigen kantonalen Instanz liegen kann. **Absatz 1** übernimmt im Wesentlichen diesen Rechtszustand (**Bst. a, b und d**). Immerhin soll neu stets ein *oberes* kantonales Gericht zuständig sein. Dies entspricht der regelmässigen Komplexität der Prozesse und fördert die Akzeptanz der Entscheide.

Die geltende Ordnung wird zudem durch zwei eng mit dem Immaterialgüterrecht verwandten Materien ergänzt. Gemeint sind die Streitigkeiten nach dem UWG (**Bst. c**) und die Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Gebrauch einer Geschäftsfirma (**Bst. e**; vgl. Art. 944 bis 956 OR).

Die Höhe des Streitwertes spielt grundsätzlich keine Rolle. Nur für Streitigkeiten nach UWG wird ein Streitwert von mehr als CHF 20'000 verlangt. Kleinere Prozesse sind in der Regel Verbrauchersachen, für die das (kostengünstigere) vereinfachte Verfahren (Art. 237) anzuwenden ist.

In den betreffenden Sachmaterien spielen die *vorsorglichen Massnahmen* eine ganz herausragende Rolle, denn vielfach wird mit ihnen der Endentscheid in der Sache präjudiziert. Zu denken ist z.B. an die Einziehung von Waren, die in Verletzung des Urheberrechtes zum Verkauf angeboten werden. Die Zuständigkeit eines unteren Gerichts, zum Beispiel eines Bezirksrichters, wäre hier wenig prozessökonomisch (Zersplitterung des in der Regel komplexen Verfahrens). Vielmehr drängt sich die Zuständigkeit des oberen kantonalen Gerichts geradezu auf, und zwar schon für vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache (**Abs. 2**)<sup>50</sup>.

Zurzeit wird in der Schweiz auch die Schaffung eines (zentralen) Eidgenössischen Patentgerichtes diskutiert. Diese Frage stellt sich ernsthaft, doch ist sie nicht Gegenstand des Mandates der Expertenkommission<sup>51</sup>.

#### Art. 5

Die Handelsgerichtsbarkeit spielt in den vier grossen schweizerischen Mittellandkantonen Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen eine sehr wichtige Rolle und hat sich in

---

<sup>50</sup> Vgl. Zürcher, *passim*.

<sup>51</sup> Es besteht eine Arbeitsgruppe AIPPI-Ingres (Vorsitz Dr. Christian Hilty), die entsprechende Abklärungen trifft – in Zusammenarbeit mit dem Eidg. Institut für Geistiges Eigentum und dem Bundesamt für Justiz.

der Praxis ausserordentlich bewährt. Der grosse Vorteil der Handelsgerichte liegt im Zusammenwirken von höheren Berufsrichtern und fachkundigen Laien-Handelsrichtern aus den verschiedenen Branchen (Fachgericht). Hinzu kommt, dass die Handelsgerichte auf der oberen kantonalen Gerichtshierarchie angesiedelt sind, was die Akzeptanz ihrer Urteile noch erhöht.

Der Vorentwurf lässt es den Kantonen frei, solche Fachgerichte einzusetzen (**Abs. 1**). Nach Bedarf kann jeder Kanton ein Handelsgericht einrichten. Ein Bedürfnis besteht jedoch wohl nur in den grossen und mittelgrossen Kantonen. Entsprechend ist die Handelsgerichtsbarkeit – auch aus internationaler Sicht – aus den genannten vier Kantonen nicht mehr wegzudenken.

Die sachliche Zuständigkeit dieser kantonalen Fachgerichte (Handelsgerichte) bestimmt sich nach drei geläufigen Kriterien: Erstens Zurechenbarkeit der Streitigkeit zum Handels- oder Gewerbebetrieb einer Partei (**Bst. a**), zweitens ein bestimmter Mindeststreitwert (**Bst. b**) und drittens bestimmte Eigenschaften der beklagten Partei (**Bst. c**): Registereintrag oder Einlassung.

Mit CHF 30'000 setzt der Vorentwurf den Mindeststreitwert gegenüber dem bisherigen kantonalen Recht zum Teil bedeutend höher an – entsprechend den allgemeinen Tendenzen (zum Beispiel im BGG). So beträgt er in den Kantonen Aargau und Zürich heute lediglich CHF 8'000 (Art. 404 ZPO/AG, § 62 Abs. 1 GVG/ZH), in den Kantonen Bern (Art. 5 ZPO/BE) und St. Gallen (Art. 14 ZPO/SG) dagegen – wie hier vorgeschlagen – CHF 30'000.

Sinnvoll ist es sodann, auch sämtliche Verantwortlichkeitsprozesse im Zusammenhang mit einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft der betreffenden Fachgerichtsbarkeit zu unterstellen (**Abs. 2**). Neben der traditionellen Haftung von Verwaltungsräten (Art. 752 ff. OR) fällt auch die Prospekthaftung und die Revisionshaftung darunter (vgl. Art. 752, 755 OR). Dasselbe gilt für die entsprechenden Streitigkeiten bei der Kommanditaktiengesellschaft und der GmbH.

Die Handelsgerichtsbarkeit als Fachgerichtsbarkeit steht und fällt damit, dass die Feststellungen des Sachverhaltes keiner vollen Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz unterliegen (**Abs. 3**). Daher sollen die Urteile dieser Fachgerichte, mit Einschluss ihrer Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, kantonsintern nur mit Beschwerde gemäss Artikel 310 ff. anfechtbar sein. Sie sind also nur auf unrichtige Rechtsanwendung frei überprüfbar. Die Feststellung des Sachverhaltes unterliegt demgegenüber nur einer Willkürprüfung.

## Art. 6

Hier wird die Möglichkeit einer Prorogation der sachlichen Zuständigkeit bei der oberen kantonalen Instanz vorgesehen. Mit Zustimmung beider Parteien kann die klagende Partei die Klage direkt bei der oberen kantonalen Instanz anheben (**Abs. 1**). Eine solche Möglichkeit hat sich in einzelnen Kantonen sehr bewährt. Dabei ist insbesondere auch an Kantone zu denken, die keine Handelsgerichtsbarkeit kennen, in denen die Parteien die betreffenden Streitigkeiten aber zwecks Beschleunigung durch das obere kantonale Gericht erledigen lassen wollen. Der Mindeststreitwert ist allerdings mit CHF 100'000 – im Vergleich zu den heutigen kantonalen Regelungen sowie zur Regelung nach Artikel 5 – relativ hoch. Er ist aber nicht ungerechtfertigt, da es sich um eine ausserordentliche sachliche Zuständigkeit handelt.

Die Entscheide der prorogierten oberen kantonalen Instanz können dann nicht mehr an eine weitere kantonale Instanz gezogen werden. Dadurch erfolgt zwar ein Einbruch ins Prinzip der „double instance“ – dies ist aber der Preis der von den Parteien beabsichtigten Beschleunigung.

## 2. Kapitel: Örtliche Zuständigkeit

### *Vorbemerkungen*

In den Artikeln 7 bis 42 regelt der Vorentwurf die örtliche Zuständigkeit. Dabei wird im Wesentlichen das GestG, das erst am 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist, in den Vorentwurf eingebaut. Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO wird dieses Gesetz somit obsolet und kann aufgehoben werden (vgl. Ziff. I des Anhanges).

Grundsätzlich werden die Bestimmungen des GestG und seine Systematik unverändert übernommen. Modifikationen hat die Expertenkommission nur ausnahmsweise und vereinzelt vorgenommen, sei es zwecks Anpassung an den Vorentwurf, sei es zwecks Präzisierung oder zur punktuellen Korrektur aufgrund der bisherigen praktischen Erfahrungen. Die Expertenkommission ist sich bewusst, dass die Gerichtsstände – rein dogmatisch – auch einer andern Systematik als jener des GestG folgen könnten. Aus Konkordanzgründen belässt sie es jedoch bei der Ordnung des GestG, zumal diese ihrerseits auf der bewährten und vertrauten Systematik der grossen Privatrechtskodifikationen (ZGB, OR) beruht<sup>52</sup>.

Soweit der Vorentwurf das Recht des GestG übernimmt, erübrigen sich Ausführungen im vorliegenden Bericht. Vielmehr sei hierzu auf die einschlägigen Kommentarwerke verwiesen (vgl. die Literaturliste). Erläutert werden hingegen die Abweichungen.

### **Art. 7**

Die Bestimmung übernimmt die Regelung von Artikel 2 GestG.

### **Art. 8**

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

Hinzuweisen ist auf zwei sachgerechte Neuerungen. So wird konkretisiert, dass auch Klagen gegen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (**Abs. 1 Bst. b**) sowie Klagen gegen Kantone (**Abs. 1 Bst. d**) unter den allgemeinen Sitzgerichtsstand fallen, wobei der Sitz des Kantons der Kantonshauptort ist. Die entsprechenden Lücken des GestG werden damit geschlossen.

### **Art. 9 – 11**

Diese Bestimmungen entsprechen Artikel 4, 5 und 33 GestG.

---

<sup>52</sup> Vgl. die Botschaft zum GestG, BBl 1999 2840 f.



Der Gerichtsstand für vorsorgliche Massnahmen (Art. 11) wurde aus systematischen Gründen bei den allgemeinen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit eingereiht. Die Kantone bleiben frei, das Hauptsachegericht oder einen Einzelrichter für die Behandlung der vorsorglichen Massnahmen zu bestimmen. Die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen gilt auch für so genannte vorsorgliche Beweisabnahmen. Sie sind im Vorentwurf in Artikel 151 (Beweissicherung) geregelt.

#### **Art. 12**

Diese Bestimmung regelt nur die *örtliche* Zuständigkeit für eine Widerklage, nicht etwa auch deren sachliche Voraussetzungen – dies im Unterschied zu Artikel 6 GestG. Die Voraussetzungen der Widerklage sind in Artikel 80 bzw. 237 geordnet. Der Gerichtsstand entspricht dem geltenden Recht.

#### **Art. 13**

Die Bestimmung entspricht Artikel 7 GestG.

#### **Art. 14**

Diese Bestimmung geht materiell auf Artikel 8 GestG zurück. Da der Vorentwurf das Institut der Gewährleistungsklage für die ganze Schweiz einführt – als Streitverkündung mit Klage (Art. 71 f.) –, entfällt der entsprechende Vorbehalt des kantonalen Rechts (vgl. im Übrigen den Kommentar zu Art. 71).

#### **Art. 15**

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 9 GestG. Die Modifikationen sind redaktioneller Natur. Im Gegensatz zur Regelung im GestG werden Telex, Telefax und E-Mail nicht mehr ausdrücklich erwähnt, bleiben aber materiell erfasst.

Beim Ablehnungsrecht (**Abs. 2**) wird gegenüber dem GestG eine allgemeinere Formulierung gewählt. Neben Fehlens eines genügenden örtlichen oder sachlichen Bezuges kann das prorogierte Gericht auch aus anderen Gründen seine Zuständigkeit verneinen, so zum Beispiel, wenn kein genügender wirtschaftlicher oder personeller Bezug vorliegt. Absatz 4 bleibt eine Kann-Bestimmung. Dies hat zur Folge, dass die gegenwärtige Praxis des Zürcher Handelsgerichts, unter bestimmten Voraussetzungen (hoher Streitwert, Kostensicherstellung) auf die Ablehnung prorogierter Prozesse zu verzichten<sup>53</sup>, standhält.

Hinzuweisen ist auf Artikel 393 (Schlussbestimmungen). Für die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsklausel ist nicht unbedingt Artikel 15 massgeblich, sondern dasjenige Recht, das zur Zeit des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung galt. Dies kann das GestG oder das vorangegangene kantonale Recht sein.

---

<sup>53</sup> Vgl. ZR 96 Nr. 53.

**Art. 16**

Inhaltlich entspricht die Bestimmung Artikel 10 GestG. Hingegen entfällt der Vorbehalt „soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht“. Der Grund dafür ist, dass nach Artikel 31 des Vorentwurfs – im Unterschied zu Artikel 21 GestG – die Einlassung auch in den Materien der Sozialprozesse möglich sein soll. Nach Ansicht der Expertenkommission schießt das geltende Einlassungsverbot weit über das Ziel eines angemessenen Sozialschutzes hinaus (vgl. im Übrigen den Kommentar zu Art. 31).

**Art. 17**

Die Bestimmung entspricht Artikel 11 GestG. Neben dem Gericht wird neu allgemein auch die *Behörde* erwähnt. Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt es sich oft um Verwaltungstätigkeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten, die in vielen Kantonen von Verwaltungsbehörden wahrgenommen wird<sup>54</sup>. Das soll auch unter der Schweizerischen ZPO möglich bleiben.

Nicht von dieser Bestimmung erfasst ist das ganze notarielle Beurkundungswesen (vgl. auch die Vorbemerkungen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, Art. 268 ff.).

**Art. 18**

Die Bestimmung entspricht Artikel 13 GestG.

**Art. 19**

Die Bestimmung entspricht Artikel 14 GestG, doch wird nun ausdrücklich auch von „Klage“ auf Berichtigung gesprochen, denn dieser Gerichtsstand ist auch für gewisse Statusklagen relevant<sup>55</sup>.

**Art. 20**

Die Bestimmung übernimmt inhaltlich Artikel 15 GestG, wurde aber redaktionell gestrafft (kein expliziter Klagenkatalog wie im GestG, zumal sich ein solcher nur als lückenhaft erweisen kann).

**Art. 21**

Die Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 16 GestG.

**Art. 22**

Die Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 17 GestG, wurde jedoch sprachlich vereinfacht.

Die Zuständigkeit gilt nur für *selbstständige* Unterhaltsstreitigkeiten. Bei deren Kombination mit eherechtlichen Verfahren und mit Vaterschafts- und Unterhaltsklagen

---

<sup>54</sup> Vgl. Bühler/Edelmann/Killer, § 297 N 1a.

<sup>55</sup> Vgl. BSK-Christian Schuhmacher, Art. 14 GestG N 6.

greifen – wie schon nach GestG – die betreffenden Zuständigkeiten nach den Artikeln 20 und 21, dies aus Gründen der Einheitlichkeit des Verfahrens und der Prozessökonomie.

### **Art. 23**

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe a GestG. Massgeblich bleiben daher die einschlägigen Regeln des ZGB, wie die Artikel 180 (Kindsschutzmassnahmen im Rahmen von Eheschutzverfahren), 275 (Anordnungen über den persönlichen Verkehr), 315a (Eheschutzmassnahmen in ehelichen Verfahren) und 315b ZGB (Abänderung gerichtlicher Anordnungen betreffend Kindes zuteilung und Kindesschutz). Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit im ZGB – also ausserhalb des Vorentwurfs – ist deshalb gerechtfertigt, weil sie in einem ausgesprochen engen Zusammenhang mit dem materiellen Recht steht.

### **Art. 24**

Die Bestimmung entspricht materiell Artikel 18 GestG.

Hinzuweisen ist jedoch auf eine Präzisierung in **Absatz 2**: Eine Klage über die erbrechtliche Zuteilung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstückes (Art. 11 ff. des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>56</sup> über das bäuerliche Bodenrecht; BGGB) kann nur dann am alternativen Forum der gelegenen Sache erhoben werden, wenn sie *selbstständig* ist. Sie darf also keine weiteren „sachfremden“ erbrechtlichen Begehren enthalten oder mit einer anderen erbrechtlichen Klage im Zusammenhang stehen.

### **Art. 25**

Die Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 19 GestG. Die neue Gliederung ist rein redaktionell bedingt.

Hinzuweisen ist auf eine Präzisierung in **Absatz 2**, der die Regelung von Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c GestG übernimmt: Die Klage muss sich auf *Rechte* am Grundstück beziehen; ein bloss faktischer Bezug zum Grundstück genügt somit nicht.

### **Art. 26**

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 20 GestG.

### **Art. 27**

Diese Bestimmung bringt gegenüber dem GestG eine wesentliche Neuerung: Klagen aus Vertrag sollen nicht nur am Domizil der beklagten Partei erhoben werden können, sondern auch am Vertragserfüllungsort. Die Expertenkommission nimmt also

---

<sup>56</sup> SR 211.412.11.

ein Anliegen auf, das der Bundesrat bereits im Rahmen der Erarbeitung des GestG formuliert hatte<sup>57</sup>.

Nach Auffassung der Expertenkommission gehört ein gesetzlicher Gerichtsstand am Erfüllungsort unbedingt in eine moderne Zivilprozessordnung<sup>58</sup>. Er ist nicht nur den meisten nationalen Rechtsordnungen in Westeuropa bekannt – selbstverständlich in unterschiedlicher Form –, sondern er hat auch sehr prominent im euro-internationalen Recht Eingang gefunden (Art. 5 Nr. 1 LugÜ).

Vor allem bei Handelsverhältnissen hat dieser Gerichtsstand grosse Bedeutung. Er ist überdies prozessökonomisch, weil sich am Erfüllungsort in der Regel die vorsorglichen Massnahmen und auch allfällige Beweisverfahren mit weniger Aufwand durchführen lassen.

Um bei zweiseitigen Verträgen ein Splitting der Gerichtsstände zu vermeiden, bestimmt sich der Erfüllungsort nach der *charakteristischen* Leistung. Das entschärft insbesondere die Problematik bei Geldschulden, die vermutungsweise Bringschulden sind (Art. 74 OR): Es ginge in der Tat nicht an, dem Gläubiger am eigenen Wohnsitz jeweils einen Klägerichtsstand zur Verfügung zu stellen.

Es ist zu betonen, dass der Gerichtsstand am Erfüllungsort nicht für alle Vertragstypen gilt. Spezielle gesetzliche Gerichtsstände verdrängen ihn, so insbesondere die Gerichtsstände des sozialen Zivilprozesses (Konsumentenvertrag, Miete und Pacht, Arbeitsrecht; vgl. Art. 28 ff.).

### **Art. 28**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 22 GestG.

Die Expertenkommission hat die (enge) Definition des Konsumentenvertrages nicht in Frage gestellt, da diese als Kompromiss aus einer langen parlamentarischen Diskussion anlässlich der Beratung des GestG hervorgegangen ist.

### **Art. 29**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 23 GestG.

Die Schlichtungsbehörde braucht nicht ausdrücklich genannt zu werden, denn auch sie ist nach dem Vorentwurf ein Gericht (Art. 191).

Der Begriff „Klagen aus Miete und Pacht“ ist restriktiv auszulegen, d.h. es fallen nur Vertragsklagen darunter, nicht aber Begehren aus unerlaubter Handlung gemäss den Artikeln 41 ff. OR oder Klagen auf Eigentum bzw. Besitz, auch nicht Klagen aus Gesellschaftsrecht, die irgendwie mit dem Miet- oder Pachtobjekt zusammenhängen.

### **Art. 30**

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 24 GestG.

---

<sup>57</sup> Vgl. die Botschaft zum GestG, BBl 1999 2858 ff.

<sup>58</sup> Zum Gerichtsstand des Erfüllungsortes vgl. allgemein Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 4. Kap. N 45b ff.

Insbesondere bleibt unerheblich, ob der betreffende Streit eine arbeitsrechtliche Frage des OR oder eines Spezialgesetzes betrifft<sup>59</sup>.

### **Art. 31**

Diese Bestimmung macht die Gerichtsstände des Sozialprozesses (Art. 28-30) zu teilzwingenden und entspricht insofern Artikel 21 GestG.

Es ist aber auf eine wesentliche Änderung hinzuweisen: Anders als nach GestG soll die Einlassung möglich sein. Durch die Aufhebung des Einlassungsverbotes wird im Vorentwurf auf eine entsprechende Bevormundung der beklagten Partei verzichtet. Vor Übertölpelung einer unbeholfenen Partei schützen Artikel 61, das richterliche Fragerecht (Art. 51) sowie auch das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 47).

Die gleiche Regelung findet sich auch im euro-internationalen Verhältnis (Art. 18 LugÜ).

### **Art. 32**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 25 GestG. Die Expertenkommission hält somit insbesondere am Klägergerichtsstand zu Gunsten des Geschädigten fest, den das Parlament bei der Beratung des GestG beigefügt hatte.

### **Art. 33**

Diese Bestimmung ist neu. Für Schadenersatzklagen wegen ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen ist das Gericht am Ort, wo die vorsorgliche Massnahme erlassen wurde, oder das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei zuständig. Aus rein praktischen Gründen wird meist der Erlassort der Massnahme (Art. 11) der sachnächste Gerichtsstand sein.

Bisher kannten 13 Kantone in ihren Zivilprozessordnungen entsprechende Bestimmungen<sup>60</sup>; auch im Bundesrecht sind solche zu finden (vgl. etwa Art. 273 SchKG). Dieser horizontalen und vertikalen Rechtszersplitterung setzt Artikel 33 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. 34**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 26 GestG.

---

<sup>59</sup> Z. B. GIG, Mitwirkungsgesetz, AVG.

<sup>60</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 223.

**Art. 35**

Hier wird – in Anlehnung an Artikel 27 GestG – der Gerichtsstand bei Massenschäden geregelt. Die Expertenkommission schlägt eine Vereinfachung vor: Es soll bei Massenschäden nur noch *einen* (zwingenden) Gerichtsstand geben, den Unfallort. Dieser ist das sachnächste Forum (Beweisnähe, Vermeidung widersprüchlicher Urteile, Akten- und Ortskenntnis des Gerichts), so dass er dem Bedürfnis der Konzentration der möglichen Vielzahl der Verfahren am besten entspricht. Verfahrensrechtliche Komplikationen können dadurch vermieden werden.

Die Expertenkommission verzichtet darauf, den haftpflichtrechtlichen Begriff des „Massenschadens“ näher zu definieren<sup>61</sup>.

**Art. 36 und 37**

Die Bestimmungen entsprechen den Artikeln 28 und 29 GestG.

**Art. 38**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 29a GestG, der im Rahmen des Fusionsgesetzes ins Gerichtsstandsgesetz eingefügt wurde<sup>62</sup>.

**Art. 39**

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 30 GestG, doch werden – zur Klarstellung – nun auch die Versicherungspolizen ausdrücklich genannt. Damit kann Artikel 13 Absatz 1 VVG aufgehoben werden.

**Art. 40**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 31 GestG.

**Art. 41**

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 32 GestG; redaktionell wurde sie jedoch stark vereinfacht.

**Art. 42**

Diese Bestimmung bezweckt zweierlei: Einerseits nimmt sie den bestehenden gerichtsstandsrechtlichen Vorbehalt zu Gunsten des SchKG auf (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. b GestG) und andererseits dient sie der Klarstellung: Wenn das SchKG, auf das hier verwiesen wird, für eine seiner Klagen keinen Gerichtsstand statuiert, so bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Vorentwurf.

Unter der Herrschaft des GestG wurde postuliert, die örtliche Zuständigkeit bei Schweigen des SchKG durch kantonales Recht zu regeln. Einige Kantone haben

---

<sup>61</sup> So schon die Botschaft zum GestG, BBl 1999 2866.

<sup>62</sup> Vgl. die Botschaft zum FusG.

diesen Weg beschritten. Andere Lehrmeinungen erwogen, die Zuständigkeitsvorschriften des GestG seien diesfalls analog anzuwenden<sup>63</sup>. Diese Kontroverse wird mit Artikel 42 obsolet.

Für eine SchKG-Klage ist der Gerichtsstand somit zunächst im SchKG selbst zu suchen. Findet sich dort kein Forum, so bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach diesem Kapitel des Vorentwurfs. 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).

### 3. Kapitel: Ausstand

#### Art. 43

Konkretisiert wird der verfassungsmässige Anspruch auf ein unparteiisches und unbefangenes Gericht (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV).

Die Generalklausel findet sich im **Einleitungssatz**: Es darf kein Anschein der Parteilichkeit entstehen. Gemeint ist die so genannte subjektive Befangenheit. Sie liegt vor, wenn ein bestimmtes Verhalten des Richters bei objektiver Betrachtungsweise – der Richter muss nicht tatsächlich befangen sein – den Anschein der Befangenheit erweckt<sup>64</sup>.

Beispielartig werden in den **Buchstaben a-c** die drei typischen Ausstandsgruppen aufgezählt: Verwandtschaft und Verschwägerung, vormundschaftliche Verbindungen, Vorbefasstheit.

Gegenüber den bisherigen kantonalen Regelungen sind die Ausstandsgründe eher verschärft worden. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass der Ausstand auch für Konkubinatspartner und gegenüber Ehepartnern nach Auflösung der Ehe weiter gilt.

#### Art. 44

Eingehend wird das Ausstandsverfahren geregelt. Die betreffende Gerichtsperson (Richter, Gerichtsschreiber) hat einen Ausstandsgrund rechtzeitig, d.h. vor ihrem Tätigwerden, offen zu legen und von sich aus in den Ausstand zu treten („Selbstanzeige“; **Abs. 1**). Diese Pflicht gilt auch für einen Sachverständigen (Experten), da er Hilfsperson des Gerichts ist.

Entdeckt eine Partei einen Ausstandsgrund, so muss sie gegen die Gerichtsperson ein Ausstandsbegehren stellen (**Abs. 2**). Dies kann mündlich oder schriftlich erfolgen, doch muss es unverzüglich geschehen: 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. Der Ausstandsgrund ist nicht voll zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> BSK-Claudia Meyer, Art. 1 GestG N 1 ff.; Spühler/Vock, GestG, Art. 1 N 6.

<sup>64</sup> BGE 126 I 73.

<sup>65</sup> BGE 88 I 14, 120 II 398.

Dem Erfordernis blossen Glaubhaftmachens entspricht das summarische Verfahren, in welchem das Gericht über den Ausstandsgrund zu entscheiden hat (**Abs. 3**). Die abgelehnte Gerichtsperson wirkt dabei nicht mit. Die Kantone haben eine Regelung zu treffen, wer über den Ausstand von Einzelrichtern sowie aller Gerichtsmitglieder von Kollegialgerichten zu befinden hat.

#### **Art. 45**

Heikel ist die Frage, wie es sich mit Amtshandlungen verhält, an denen eine befundene Gerichtsperson mitgewirkt hat. Nach **Absatz 1** sind sie nicht eo ipso ungültig (und gegebenenfalls zu wiederholen), sondern es bedarf hierzu eines ausdrücklichen Aufhebungsantrages einer Partei, und zwar binnen 5 Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes.

Eine besondere Regel gilt für nicht wiederholbare Beweismassnahmen: 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. 150).

Wenn der Ausstandsgrund erst nach Rechtskraft eines Entscheides entdeckt wird, kann es zur Revision kommen (**Abs. 3**).

### **3. Titel: Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen**

#### *Vorbemerkung*

Die Vorschläge zu den Verfahrensgrundsätzen und zu den Prozessvoraussetzungen entsprechen weitgehend den bisherigen kantonalen Regeln oder den Vorgaben, wie sie sich teilweise bereits aus der BV ergeben.

#### **1. Kapitel: Verfahrensgrundsätze**

#### **Art. 46**

Diese Bestimmung betrifft zwei Aspekte. Zunächst wird in **Absatz 1** im Sinne eines Verfahrensgrundsatzes festgelegt, dass auf eine Klage oder ein Gesuch nur eingetreten werden darf, wenn ein rechtlich oder tatsächlich schützenswertes Interesse besteht. Dies entspricht der ständigen Bundesgerichtspraxis<sup>66</sup>.

**Absatz 2** schreibt im Sinne der Privatautonomie vor, dass eine Behörde nur dann einen Zivilprozess einleiten oder in einem solchen intervenieren darf, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Damit wird auf die Fälle Bezug genommen, in denen das materielle Privatrecht den Behörden explizit ein Klagerecht einräumt (vgl. z.B. Art. 78, 89 Abs. 1, 106 Abs. 1, 260a Abs. 1 ZGB).

---

<sup>66</sup> Vgl. z.B. BGE 120 II 5.



## Art. 47

Das Handeln nach Treu und Glauben ist ein grundsätzliches Gebot der schweizerischen Rechtsordnung (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Neuere Zivilprozessordnungen sehen diesen Verfahrensgrundsatz ausdrücklich vor<sup>67</sup>. Das Bundesgericht hat es indessen teilweise abgelehnt, einen solchen einheitlichen bundesrechtlichen Verfahrensgrundsatz zu anerkennen<sup>68</sup>. Vielmehr hat es dieses Verfahrensgebot zunächst dem kantonalen Gewohnheitsrecht<sup>69</sup> und später vereinzelt dem ungeschriebenen Bundeszivilprozessrecht zugerechnet<sup>70</sup>. Der Vorentwurf erhebt es zu einer eigenständigen Verfahrensregel – nach dem Vorbild moderner kantonaler Zivilprozessordnungen. Die Wahrung von Treu und Glauben durch die Gerichte bei der Rechtsprechung ergibt sich bereits aus verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 9 BV).

## Art. 48

**Absatz 1** übernimmt wörtlich Artikel 29 Absatz 2 BV. Der Verfahrensgrundsatz des rechtlichen Gehörs ist derart zentral, dass er ausdrücklich erwähnt und in **Absatz 2** in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht konkretisiert wird.

## Art. 49

Artikel 30 Absatz 3 BV schreibt vor, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind, das Gesetz aber Ausnahmen vorsehen kann. Artikel 49 konkretisiert diese Verfassungsbestimmung. Als Grundsatz gilt gemäss **Absatz 1**, dass die Verhandlungen öffentlich sind. **Absatz 2** schränkt das Öffentlichkeitsprinzip ein, indem entweder aus Gründen des öffentlichen Interesses oder wegen des schutzwürdigen Interesses einer beteiligten Person die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausgeschlossen werden kann. Der Entscheid darüber liegt im Ermessen des Gerichts. Generell nicht öffentlich sind familienrechtliche Verfahren (**Abs. 3**).

Völlig uneinheitlich ist heute im kantonalen Recht geregelt, ob die Urteilsberatung öffentlich oder unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Diese Frage hängt derart eng mit der jeweiligen Gerichtsorganisation zusammen, dass dafür weiterhin das kantonale Recht massgebend sein soll (**Abs. 4**).

## Art. 50

**Absatz 1** schreibt die Verhandlungsmaxime vor. Nach dieser Bestimmung obliegen den Parteien die Darlegung des Prozessstoffes. Dies entspricht der Regelung, wie sie heute in der überwiegenden Mehrzahl aller schweizerischen Zivilprozessordnungen gilt.

Für gewisse Bereiche schreibt der Vorentwurf die Ermittlung des Sachverhalts von Amtes wegen vor; darauf weist der Vorbehalt von **Absatz 2** hin (vgl. die Erläuterungen zu Art. 240, 244 Abs. 1, 247 Abs. 3 und Art. 252 Abs. 1). Für das Beweismittel

<sup>67</sup> Vgl. § 50 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 54 ZPO/UR; § 57 ZPO/LU; § 77 ZPO/AG.

<sup>68</sup> BGE 111 II 66 f. Erw. 3.

<sup>69</sup> BGE 83 II 352.

<sup>70</sup> BGE 105 II 155 ff. Erw. 3.

des Augenscheins ist die Verhandlungsmaxime in dem Sinn durchbrochen, als das Gericht nicht nur auf Antrag, sondern zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhalts auch von Amtes wegen einen Augenschein durchführen kann (Art. 174 Abs. 1).

### **Art. 51**

Das hier vorgeschlagene gerichtliche Fragerecht hat sein Vorbild in entsprechenden Regeln moderner kantonaler Zivilprozessgesetze. Es führt zu einer gewissen Mildereung und Abschwächung der Verhandlungsmaxime (vgl. Art. 50 Abs. 1). Es darf jedoch nicht so extensiv ausgeübt werden, dass im Ergebnis eine Ermittlung des Sachverhalts von Amtes wegen stattfindet. Das Fragerecht kann sowohl in Verfahren zum Tragen gebracht werden, die vorwiegend mündlich geführt werden (vgl. Art. 237 ff.), wie auch im ordentlichen Verfahren (vgl. Art. 217). Damit will der Vorentwurf gewährleisten, dass es möglichst zu einem den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Urteil kommt.

### **Art. 52**

Diese Bestimmung schreibt den Gerichten die Rechtsanwendung von Amtes wegen vor. Damit ist einerseits die Rechtsanwendung des materiellen Bundesprivatrechts gemeint. Insofern entspricht die Vorschrift Artikel 63 Absatz 1 OG. Andererseits ist damit auch die Anwendung des Zivilprozessrechtes von Amtes wegen gemeint.

### **Art. 53**

Nach **Absatz 1** darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Mit dieser Bestimmung wird die heute in den kantonalen Zivilprozessordnungen regelmässig verankerte Dispositionsmaxime in den Vorentwurf übernommen. Vorbehalten bleiben jedoch gesetzliche Vorschriften, wonach das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist. Regelmässig handelt es sich dabei um Fälle, in denen den Parteien die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand entzogen ist, wie z.B. bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Verfahren (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 252 Abs. 2).

## **2. Kapitel: Prozessvoraussetzungen**

### *Vorbemerkung*

Die Vorschriften über die Prozessvoraussetzungen (Art. 54 bis Art. 56) entsprechen den herkömmlichen Regeln.

### **Art. 54**

Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (**Abs. 1**). Andernfalls ergeht ein Nichteintretensentscheid.

**Absatz 2** zählt einzelne Prozessvoraussetzungen auf, wie sie sich heute teilweise schon aus dem Bundesrecht ergeben. Das trifft zu für das erforderliche Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei<sup>71</sup>, die örtliche Zuständigkeit (vgl. Art. 34 Abs. 1 GestG), die Partei- und Prozessfähigkeit<sup>72</sup>, die fehlende anderweitige Rechtshängigkeit<sup>73</sup> sowie die fehlende materielle Rechtskraft<sup>74</sup>. Die – nicht abschliessende – Aufzählung beinhaltet somit eine Zusammenfassung bereits heute geltender Regeln des Bundesrechts und teilweise des kantonalen Rechts.

#### **Art. 55**

Die Vorschrift, wonach das Gericht von Amtes wegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen zu prüfen hat, ist schon heute ein allgemein anerkannter Grundsatz und auf allen Gerichtsstufen (kantonale Gerichte, Bundesgericht) geltendes Recht. Die Regel gilt jedoch nicht absolut, sondern ist durch eine Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Faktisch ist das Gericht auf entsprechende Vorbringen der Parteien angewiesen, so wenn es etwa um die Frage der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit oder der fehlenden materiellen Rechtskraft geht.

#### **Art. 56**

Vergleiche den Kommentar zur Schiedsgerichtsbarkeit, Artikel 362 Absatz 2.

## **4. Titel: Die Parteien und die Beteiligung Dritter**

### *Vorbemerkung*

Die vorgeschlagene Regelung der Parteien und Beteiligung Dritter am Prozess entspricht bewährter Lehre und Praxis. Neu ist einzig die Streitverkündung mit Klage vorgesehen (Art. 71 f.), welche heute lediglich die Kantone Waadt und Genf als so genannten „appel en cause“ kennen.

### **1. Kapitel: Partei- und Prozessfähigkeit**

#### **Art. 57 und Art. 58**

Übernommen werden die anerkannten Begriffe der Partei- und der Prozessfähigkeit, welche an das materielle Recht anknüpfen. So ist die Parteifähigkeit die Möglichkeit, in einem Prozess Partei zu sein. Prozessfähigkeit stellt die prozessuale Handlungsfähigkeit dar. Dazu gehört auch die Berechtigung, den Prozess als Partei selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter zu führen (Postulationsfähigkeit).

---

<sup>71</sup> Vgl. BGE 120 II 5.

<sup>72</sup> So bereits BGE 77 II 9 Erw. 1, 42 II 555 Erw. 1.

<sup>73</sup> BGE 114 II 186 Erw. 2 a.

<sup>74</sup> BGE 95 II 639 ff.

## 2. Kapitel: Parteivertretung

### Art. 59

Entsprechend geltendem Prozessrecht sind die Interessen einer prozessunfähigen Person durch die gesetzlichen Vertreter wahrzunehmen (**Abs. 1**). Sind diese verhindert, rechtzeitig zu handeln, oder ist sonst Gefahr in Verzug, so kann der Unmündige oder Entmündigte – wenn er urteilsfähig ist – die gebotene Prozesshandlung selber vornehmen (**Abs. 2**). Diese Bestimmung wurde dem kantonalen Recht entnommen (z.B. ZH, SZ).

### Art. 60

Die Regelung der Prozessvertretung beruht auf der gängigen Lehre. So regeln die **Absätze 1 und 2**, dass jede prozessfähige Partei berechtigt ist, ihren Prozess durch einen gewillkürten Vertreter führen zu lassen.

**Absatz 3** sieht jedoch vor, dass auch eine vertretene Partei zum persönlichen Erscheinen verpflichtet werden kann (z.B. zu Vergleichsverhandlungen oder zwecks Beweismassnahmen). Viel weiter geht die persönliche Erscheinungspflicht beim Schlichtungsverfahren (Art. 198): Dort können die Parteien grundsätzlich keinen Vertreter schicken, sondern sie müssen persönlich erscheinen – im Interesse der persönlichen Aussprache und Konfliktlösung. Sie können sich jedoch immer durch einen Anwalt oder durch eine Vertrauensperson begleiten lassen.

**Absatz 4** schliesslich behält weiteres Bundesrecht und auch kantonales Recht über die berufsmässige Vertretung vor: Bundesrechtlich ist vor allem auf das BGFA hinzuweisen. Die Kantone ihrerseits bleiben wie bis anhin ermächtigt, für die berufsmässige Vertretung ein Anwaltsmonopol vorzusehen oder auch andere berufsmässige Vertreter zuzulassen (z.B. Sachwalter für gewisse SchKG-Sachen<sup>75</sup>).

### Art. 61

Entsprechend verschiedenen kantonalen Prozessordnungen sieht **Absatz 1** vor, dass das Gericht eine Partei, die ihre Sache selber vertritt, auf unzuweckmässige oder gar schlechte Prozessführung hinweisen und den Beizug einer Anwältin oder eines Anwaltes nahe legen kann. Von einer zwangsweisen Beiordnung einer Anwältin oder eines Anwaltes (Anwaltszwang) sieht der Vorentwurf jedoch ab – dies im Unterschied zum BGG (vgl. dort Art. 38). Die betroffene Partei bleibt somit berechtigt, den Prozess persönlich weiterzuführen. Sie trägt jedoch das Risiko, dass das Gericht bei seiner Entscheid auf mangelhaftes persönliches Vorbringen abstellen muss oder auf die betreffende Eingabe erst gar nicht eintritt (Art. 123). Bei möglichem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ist die Partei darauf hinzuweisen (**Abs. 2**).

Hat das Gericht Zweifel an der eigentlichen Prozessfähigkeit einer Partei und erachtet es vormundschaftliche Massnahmen als geboten, so benachrichtigt es die Vormundschaftsbehörde (**Abs. 3**). Gegebenenfalls sistiert es den Prozess (Art. 116) und wartet die Anordnungen vormundschaftlicher Massnahmen ab.

---

<sup>75</sup> So z.B. § 9 EG SchKG/LU.

### 3. Kapitel: Streitgenossenschaft

#### Art. 62

**Absatz 1** umschreibt den etablierten Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft. Das materielle Recht bestimmt, in welchen Fällen eine gemeinsame Prozessführung notwendig ist. Wird die Klage in solchen Fällen nicht von allen Berechtigten erhoben oder nicht gegen alle Berechtigten gerichtet, so fehlt die erforderliche Aktiv- bzw. Passivlegitimation: Die Klage wird abgewiesen.

**Absatz 2** lehnt sich an verschiedene kantonale Prozessordnungen an (z.B. ZH, BE, SZ und OW). Er sieht vor, dass rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen auch für die säumigen Mitstreiter gelten: Diese werden vom Nicht-Säumigen also gewissermassen vertreten. Ausgenommen von diesem Grundsatz sind die Rechtsmittel.

#### Art. 63

**Absatz 1** definiert die einfache Streitgenossenschaft. Sie ist in aktiver (mehrere Kläger gegen einen Beklagten) sowie in passiver Form (ein Kläger gegen mehrere Beklagte) denkbar. Gemeinsame Voraussetzung ist das Vorliegen gleichartiger Tatsachen und Rechtsgründe. Anders als bei der notwendigen Streitgenossenschaft könnten die mehreren Klagen auch getrennt erhoben werden: Aus Zweckmässigkeitsgründen werden sie jedoch in *einem* Prozess vereinigt. Bei der aktiven einfachen Streitgenossenschaft kann auch von freiwilliger Streitgenossenschaft gesprochen werden.

Nach **Absatz 2** ist die subjektive Klagenhäufung – so wird die Streitgenossenschaft auch genannt – nur dann zulässig, wenn für sämtliche Ansprüche die gleiche Verfahrensart gilt. Das entspricht geltendem Prozessrecht.

#### Art. 64

Sowohl notwendige als auch einfache Streitgenossen sind nicht verpflichtet, eine gemeinsame Vertretung zu bezeichnen. Solange sie dies nicht tun, erfolgen Zustellungen und Vorladungen an jeden einzelnen Streitgenossen persönlich bzw. an seine individuelle Vertretung.

### 4. Kapitel: Intervention

#### Vorbemerkung

Unter dem Begriff der Intervention regelt der Vorentwurf eine geläufige Form der Beteiligung eines Dritten am Prozess. Dabei wird aber nur die *abhängige* Intervention vorgesehen (vgl. Art. 67 Abs. 2). Auf die so genannte streitgenössische (d.h. unabhängige) Intervention, wie sie die BZP und auch vereinzelte kantonale Ordnungen kennen, kann verzichtet werden. Angesichts der übrigen Beteiligungsarten, die der Vorentwurf interessierten Dritten bereitstellt, besteht dafür kein Bedürfnis.

Der Vorentwurf regelt nur die *Nebenintervention*; die so genannte *Hauptintervention* wird nicht ausdrücklich erwähnt<sup>76</sup>. Das bedeutet aber keineswegs, dass sie nicht mehr zulässig wäre. Vielmehr erfolgt die selbstständige Klagemöglichkeit des Hauptintervenienten aus dem materiellen Recht. Zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile in den beiden Prozessen kann der auslösende Erstprozess sistiert werden (Art. 116). Sollte für die Klage des Hauptintervenienten ein anderes Gericht zuständig sein, so kann sie an das Gericht des Erstprozesses überwiesen und vorrangig behandelt werden (Art. 117).

### Art. 65

Bei der Intervention kann ein Dritter aus eigener Initiative – oder auf einfache Streitverkündung hin (Art. 70 Abs. 1 Bst. a) – als Nebenpartei am Prozess teilnehmen. Er unterstützt dabei die Hauptpartei, an deren Obsiegen er interessiert ist (etwa zwecks Vermeidens eines Regressanspruchs der Hauptpartei gegen ihn). Dieses Interesse muss er in seinem Interventionsgesuch glaubhaft machen. Die Intervention ist jederzeit zulässig, solange das Verfahren läuft. Sie kann auch noch in zweiter Instanz erfolgen.

### Art. 66

Die Bestimmung enthält die Modalitäten des Interventionsgesuchs (**Abs. 1**). Das Gericht entscheidet nach Anhörung der Hauptparteien über die Zulassung des Intervenienten (**Abs. 2**). Dieser Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 310 Bst. a).

### Art. 67

Der Intervenient hat – entsprechend dem Verfahrensstand, den er antrifft – die gleichen prozessualen Befugnisse wie eine Hauptpartei (**Abs. 1**). Er kann zu ihrer Unterstützung sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen (z.B. Beweismittel beantragen, Einreden erheben, Ansprüche begründen, Plädieren usw.) und auch Rechtsmittel einlegen. Doch bleibt er dabei vom Willen der Hauptpartei abhängig: Seine Handlungen sind für sie nur insoweit wirksam, als sie mit deren eigenen nicht im Widerspruch stehen (**Abs. 2**).

Diese Einschränkung kennen die meisten kantonalen Prozessordnungen. Sie geht darauf zurück, dass nur die Hauptpartei über den Streitgegenstand verfügen kann. Der Intervenient ist daher 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 des Intervenienten zurückzuziehen oder sich mit dem Gegner zu vergleichen. Insofern nimmt der Intervenient eine unselbstständige Stellung im Prozess ein. Ob sich eine konkrete Prozesshandlung des Intervenienten mit einer solchen der Hauptpartei verträgt, ist jeweils aus dem Verfahrenskontext zu ermitteln: Die Hauptpartei muss nicht ausdrücklich widersprechen.

---

<sup>76</sup> Hauptintervenient ist, wer am Streitgegenstand ein eigenes, beide Parteien ausschliessendes Recht geltend macht (Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 5. Kap. N 90 ff.). Er macht dieses Recht gegen beide Parteien in einem *neuen* Prozess geltend.

**Absatz 3** stellt klar, dass auch dem Intervenienten alle prozessleitenden Verfügungen (und Entscheide) zuzustellen sind.

### Art. 68

Oft hat die unterstützte Hauptpartei, wenn sie im Prozess verliert, aus materiellem Recht einen Regressanspruch gegen den Intervenienten (z.B. will die Verkäuferin, die den Schadenersatzprozess gegen den Käufer verloren hat, nun auf den Lieferanten des schadhafte Produktes Rückgriff nehmen). Dann stellt sich die Frage, inwieweit der Lieferant – im Erstprozess nur Intervenient, im Regressprozess nunmehr Beklagter – die Richtigkeit des Urteils des Erstprozesses in Frage stellen darf.

Obwohl die meisten kantonalen Prozessordnungen zu dieser Frage schweigen<sup>77</sup>, haben sich in Lehre und Praxis bewährte Grundsätze herausgebildet, die der Vorentwurf übernimmt:

- Der Intervenient kann grundsätzlich nicht einwenden, dass der Erstprozess unrichtig entschieden wurde (**Bst. a**). Damit wird die Rechtskraft dieses Urteils auf den Intervenienten erstreckt: Er muss es de facto gegen sich gelten lassen.
- Hingegen kann der Intervenient der Gegenpartei unter gewissen Voraussetzungen vorwerfen, sie habe den Erstprozess mangelhaft geführt (**Bst. b**). Dies ist der Fall, wenn sie den Intervenienten durch entsprechende Prozesshandlungen behindert oder ihm Angriffs- und Verteidigungsmittel verschwiegen hat. Ein häufiger Fehler der Hauptpartei ist eine verspätete Streitverkündung: Da der Intervenient den Prozess in der Lage aufnehmen muss, wie er ihn vorfindet, kann ihm die positive Einflussnahme aufgrund eines fortgeschrittenen Verfahrensstandes verwehrt sein.

Die Begründetheit dieser Einrede hat zur Folge, dass die Regresspflicht entweder ermässigt oder gänzlich verneint wird.

## 5. Kapitel: Streitverkündung

### Vorbemerkung

Der Vorentwurf sieht zwei Arten der Streitverkündung vor:

- Die einfache Streitverkündung: Sie entspricht dem heutigen Institut der Litisdenuntiatio, wie es der grossen Mehrheit der kantonalen Zivilprozessordnungen bekannt ist.
- Die Streitverkündung mit Klage („Streitverkündungsklage“): Dieses Institut ist neu. Es übernimmt die Funktion der so genannten „Interventions- und Gewährleistungsklage“ bzw. des „appel en cause“<sup>78</sup>, welche auf das französische Recht

<sup>77</sup> Vgl. immerhin Art. 51 ZPO/BE, Art. 55 ZPO/TI sowie die DZPO (§ 68).

<sup>78</sup> Vgl. Fabienne Hohl, Procédure civile I, S. 127 ff.; BK-Fabio Soldati, Art. 8 GestG N 7 ff.; Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 7. Kap. N 19b.

zurückgehen und hierzulande in dieser Form nur in den Kantonen Genf und Waadt bekannt sind<sup>79</sup>.

## Einfache Streitverkündung

### Art. 69

Bei dieser klassischen Streitverkündung handelt es sich – hinsichtlich ihrer Wirkungen – um ein Institut des materiellen Rechts<sup>80</sup>. Mit ihr fordert eine Partei oder eine Nebenpartei einen Dritten – auch „Streitberufener“ genannt – auf, sie im Prozess zu unterstützen. Dies deshalb, weil sie gegen diesen Dritten im Falle des Unterliegens regressieren will oder ihrerseits Regressansprüche dieses Dritten befürchtet. Die einfache Streitverkündung ist so lange möglich, als die Partei zur Prozessführung berechtigt ist (**Abs. 1**). Im Hinblick auf die mögliche Intervention des Streitberufenen ist aber ein möglichst früher Zeitpunkt zu empfehlen. Die streitberufene Person kann den Streit ihrerseits weiter verkünden (**Abs. 2**).

### Art. 70

**Absatz 1** regelt die Stellung der streitberufenen Person:

- Sie kann ohne weiteres – d.h. ohne besonderen Interessennachweis (Art. 65) – intervenieren (**Bst. a**). Dann konstituiert sie sich als *Nebenpartei* (Intervenientin). Das wird der Normalfall sein.
- Die streitberufene Person kann aber auch an Stelle der streitverkündenden den Prozess übernehmen, sofern diese damit einverstanden ist (**Bst. b**). Dann konstituiert sie sich als *Hauptpartei*, wird also nicht nur Vertreterin der streitverkündenden Person<sup>81</sup>: Vielmehr führt sie den Prozess in eigenem Namen für fremdes Recht (Prozessstandschaft). Damit findet eine Art Parteiwechsel statt, doch ist in diesem besonderen Fall die Zustimmung der Gegenpartei nicht erforderlich (vgl. demgegenüber die allgemeine Bestimmung von Art. 73 Abs. 1).

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

## Streitverkündung mit Klage

### Art. 71

Diese qualifizierte Streitverkündung ist gewissermassen die scharfe Alternative zur einfachen Litisdenuntiatio, denn sie geht wesentlich weiter: Die Drittperson wird nicht nur um Hilfe gerufen, sondern es wird gegen sie von der Hauptpartei direkt Klage erhoben (die vom Käufer auf Schadenersatz belangte Verkäuferin klagt ihren Re-

<sup>79</sup> Art. 104 f. ZPO/GE; Art. 83 ff. ZPO/VD.

<sup>80</sup> Ursprung ist Art. 193 OR.

<sup>81</sup> Anders z.B. Art. 49 ZPO/BE.



gressanspruch gegen den Lieferanten unmittelbar ein – statt ihm nur den Streit zu verkünden).

Das GestG hat dieses Institut den Kantonen als blosse Option zur Verfügung gestellt – noch unter der zu engen Bezeichnung „Interventions- und Gewährleistungsklage“ (Art. 8 GestG)<sup>82</sup>. Der Vorentwurf nun führt es für die ganze Schweiz ein, denn es kann ganz erheblich zu einem ökonomischen Verfahren beitragen:

- Vermeidung widersprüchlicher Urteile in Haupt- und Regressprozess: Die „Streitverkündungsklage“ wird nicht nur am Ort des Hauptprozesses (Art. 14), sondern auch gleich beim befassten Gericht erhoben,
- Erhaltung der Aktenkenntnis des Gerichts,
- Nutzung von Verfahrenssynergien (z.B. Zusammenlegung von Beweismassnahmen: Ein Augenschein oder eine Zeugenbefragung kann an einem Gerichtstag gerade im Hinblick auf beide Prozesse durchgeführt werden),
- dadurch Kostenersparnis,
- kein aufwändiger Gerichtsstandswechsel für die Beteiligten.

Das Gericht entscheidet nach Zweckmässigkeit, ob es den Haupt- und Regressprozess in einem einzigen Verfahren durchführen will oder die Prozesse zur besseren Übersichtlichkeit lieber trennt (Art. 115). Auch bei Trennung der Verfahren behält die „Streitverkündungsklage“ ihre Vorteile, denn beide Streitsachen bleiben bei ein und demselben Gericht hängig.

**Absatz 1** regelt die Voraussetzungen der qualifizierten Streitverkündung: Das Gericht muss auch für den Regressanspruch sachlich zuständig und es muss die gleiche Verfahrensart anwendbar sein. Die beklagte Drittperson kann dann ihrerseits keine weitere „Streitverkündungsklage“ erheben (**Abs. 2**): Sie muss ihre Ansprüche gegen die vierte Person vielmehr in einem selbstständigen Prozess geltend machen. Meist ist ein anderes Gericht an einem andern Ort für die Klage des Dritten zuständig, doch kann dann gleichwohl eine Überweisung an das Gericht des Hauptprozesses stattfinden, um dem Sachzusammenhang Rechnung zu tragen (Art. 117).

## Art. 72

Die Streitverkündung mit Klage kann – anders als Intervention und einfache Litisdenuntiatio – nicht zu jedem beliebigen Verfahrenszeitpunkt erfolgen, denn sonst wird das Verfahren insbesondere durch zusätzliche Schriftenwechsel unnötig verlängert. Der Vorentwurf setzt daher Zeitlimiten:

Die beklagte Partei hat ihre „Streitverkündungsklage“ spätestens mit der Klageantwort einzureichen (**Bst. a**), die Klägerin bis zur Replik (**Bst. b**). Bis dahin können die Parteien abschätzen, ob der Einbezug der Drittperson sinnvoll ist: Denn die Argumente liegen im Wesentlichen auf dem Tisch.

---

<sup>82</sup> Zu eng deshalb, weil der Ausdruck „Gewährleistung“ kaufrechtlich geprägt ist: Die „Streitverkündungsklage“ kann jedoch jede Art Rückgriffsanspruch betreffen. Auch der Terminus „Interventionsklage“ ist unbefriedigend, weil die beklagte Partei ja keineswegs aus freien Stücken interveniert – und schon gar nicht zu Gunsten der „streitverkündenden“ Person.

## 6. Kapitel: Parteiwechsel

### Art. 73

Diese Bestimmung regelt das anerkannte Institut des Parteiwechsels. Beim Parteiwechsel scheidet eine Hauptpartei aus und wird durch eine Drittperson infolge Eintritts in den Prozess ersetzt. Diese nimmt den Prozess so auf, wie er sich im Moment des Parteiwechsels befunden hat. Die Prozesshandlungen und Versäumnisse der ausscheidenden Partei behalten ihre Wirkung, wie wenn der Rechtsnachfolger schon von Anfang an Partei gewesen wäre. Das Urteil ergeht nur gegen oder für den Rechtsnachfolger. Da durch den Parteiwechsel die Stellung der Gegenpartei geschwächt werden kann, wird grundsätzlich deren Zustimmung verlangt (**Abs. 1**).

**Absatz 2** erlaubt – entsprechend neueren Prozessordnungen – eine Ausnahme für den Fall, dass der Streitgegenstand während des Prozesses veräussert wird. Hier ist die Zustimmung der Gegenpartei für den Eintritt der Erwerberin nicht erforderlich. Hingegen kann sie Sicherstellung für den Vollzug des Entscheides verlangen. Ob die ausscheidende Partei durch die Veräusserung des Streitgegenstandes tatsächlich von der eingeklagten Verpflichtung befreit wird, ist eine Frage des materiellen Rechts.

Die eintretende Partei haftet – im Falle ihres Unterliegens – für die gesamten Prozesskosten, also nicht nur für jene, die ab dem Beitritt entstehen. Für die bis zum Parteiwechsel aufgelaufenen Kosten haftet die austretende Partei solidarisch mit (**Abs. 3**).

In **Absatz 4** werden besondere gesetzliche Regelungen der Gesamtnachfolge – z.B. Erbgang (Art. 560 ZGB) und Fusion (Art. 648 OR bzw. FusG) – sowie der Einzelrechtsnachfolge (wie Art. 131 Abs. 1 SchKG) vorbehalten.

## 5. Titel: Klagen

### Art. 74

Die Leistungsklage, mit der die klagende Partei die Durchsetzung eines behaupteten Anspruches verlangt, ist die klassische Klage des Zivilprozesses. Artikel 74 unterscheidet drei in der Praxis anerkannte Typen: So kann die klagende Partei verlangen, dass die beklagte Partei eine positive Leistung – wie das Bezahlen einer Geldsumme – erbringt, dass sie eine widerrechtliche Handlung unterlässt, wenn deren Begehung oder Wiederholung unmittelbar droht<sup>83</sup>, oder dass sie eine Handlung der klagenden Partei duldet.

---

<sup>83</sup> Vgl. z.B. BGE 124 III 72.

## Art. 75

Es ist ein anerkannter Grundsatz, dass Rechtsbegehren, welche auf eine Geldforderung gerichtet sind, beziffert sein müssen. Dieser Grundsatz kann indessen die Verwirklichung eines materiellen Anspruches behindern, wenn es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, die Rechtsbegehren im Zeitpunkt der Klageerhebung zu beziffern. Der Vorentwurf übernimmt in **Absatz 1** die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach in einem solchen Fall das kantonale Recht die Bezifferung einer Forderungsklage nicht verlangen darf<sup>84</sup>. Die mit der Zulassung unbeziffelter Rechtsbegehren verbundenen Unannehmlichkeiten wurden berücksichtigt. So muss die klagende Partei einen Mindestwert angeben, um die Zuständigkeit des Gerichts festzusetzen, und sie kann, sobald dies möglich ist, in einem fortgeschritteneren Stadium zur Bezifferung ihrer Forderung aufgefordert werden (**Abs. 2**). Übersteigt nun der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des mit der Streitsache befassten Gerichts, so muss es den Prozess an das zuständige Gericht überweisen.

Die Unmöglichkeit, bezifferte Rechtsbegehren einzureichen, kann auf dem materiellen Recht beruhen, welches eine unbezifferte Klage zulässt (Art. 73 Abs. 2 PatG) oder den Richter zur Festsetzung des Betrages auf sein Ermessen verweist (Art. 42 Abs. 2 OR). Es kann auch sein, dass die Höhe der Forderung von Angaben, welche von der beklagten Partei oder von Dritten zu liefern sind, abhängt. So kann der Makler, welcher einen prozentualen Anteil auf dem vermittelten Geschäft nimmt, seine Forderung nicht beziffern, wenn ihm sein Auftraggeber nicht die Höhe des abgeschlossenen Geschäfts mitteilt. Des Weiteren kann sich als übertrieben erweisen, die klagende Partei zur Bezifferung ihrer Forderung zu verpflichten: Dies ist der Fall, wenn eine Bezifferung einen übermässigen Aufwand oder unverhältnismässige Kosten verursachen würde. Die klagende Partei ist daher nicht gehalten, vorgängig ein teures Gutachten erstellen zu lassen, um ihre Forderung zu beziffern. Dies wird anlässlich des Beweisverfahrens erfolgen, wenn die klagende Partei ihren Anspruch gemäss Absatz 2 beziffern muss.

## Art. 76

Die Möglichkeit für den Inhaber eines teilbaren Rechts, bloss einen Teil davon einzuklagen, ergibt sich aus dem Dispositionsgrundsatz. Der Inhaber eines Anspruches ist frei, nur einen Teil davon einzuklagen. So kann die klagende Partei ein Urteil mit reduzierten Kosten – welche von der Höhe des Streitwertes abhängen – erwirken oder vor Gericht nur denjenigen Teil des Anspruches geltend machen, für den die juristische Situation am klarsten erscheint. Zum Beispiel könnte das Opfer eines Strassenunfalles ausschliesslich die Entschädigung des Sachschadens verlangen, wenn der Schaden infolge der Körperverletzung schwer zu ermitteln ist.

Die beklagte Partei kann der Teilklage eine Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des gesamten Anspruches begegnen (vgl. die Voraussetzungen der Widerklage in Art. 80). Die Prozesskosten bestimmen sich nach dem gesamten Streitwert (Art. 85).

---

<sup>84</sup> BGE 116 II 215.

## Art. 77

Das materielle Recht sieht in gewissen Fällen vor, dass die Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses – zwingend oder nicht – durch ein gerichtliches Urteil herbeigeführt wird. Die in **Absatz 1** vorgesehene Gestaltungsklage ist das hierfür allgemein anerkannte prozessuale Instrument. Zum Beispiel die Scheidung (Art. 111 ff. ZGB), die Zusprennung des Grundeigentums (Art. 665 ZGB) oder die Auflösung juristischer Personen (Art. 78 ZGB; Art. 736 Ziff. 4 OR) werden durch Einreichung einer Gestaltungsklage erwirkt.

**Absatz 2** regelt zwei spezielle Anwendungsfälle der Gestaltungsklage betreffend das Immaterialgüterrecht. Das Urteil auf Übertragung eines Immaterialgüterrechts (vgl. z.B. Art. 53 MschG) überträgt das Recht auf die klagende Partei. Die durch Urteil verliehene Lizenz (Art. 40 PatG) entspricht einer Gebrauchsüberlassung und begründet aufgrund dieser Tatsache eine neue rechtliche Beziehung.

Das Urteil, welches gestützt auf eine Gestaltungsklage zustande kommt, bewirkt eine Rechtsänderung (aufgelöste Ehe, übertragenes Eigentum). Da das Gestaltungsurteil rechtsbegründender Natur ist, hat es nur Wirkung für die Zukunft. Dieses Prinzip ist in **Absatz 3** formuliert. Die Fälle, bei denen das Gesetz eine Rückwirkung des Entscheides vorsieht, sind indessen vorbehalten (dies ist z.B. der Fall bei der Klage auf Anfechtung der Vaterschaft gemäss Art. 256 ZGB oder bei der Klage auf Ungültigerklärung von letztwilligen Verfügungen nach Art. 519 ZGB).

## Art. 78

Zusammen mit der Leistungsklage und der Gestaltungsklage stellt die Feststellungsklage den dritten Typus der im schweizerischen Zivilprozessrecht grundsätzlich zulässigen Klagen dar. Neben ihrer ausdrücklichen Erwähnung in verschiedenen Bundesgesetzen (vgl. z.B. Art. 25 BZP; Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 26 PatG; Art. 85a SchKG) hat das Bundesgericht erkannt, dass sie mit der Durchsetzung des Bundesrechts verknüpft ist und dass ihre Existenz und Voraussetzungen auf dem Bundesrecht beruhen<sup>85</sup>.

Artikel 78 übernimmt diese Rechtsprechung und stellt die Voraussetzungen der Klage auf (hinreichendes Interesse). Eine engere Definition wurde als nicht zweckmässig betrachtet, da sie nicht alle möglichen Fälle abdecken würde. Es ist an der Rechtsprechung, für jeden einzelnen Fall die Zulässigkeit der Klage gestützt auf die vom Bundesgericht entwickelten und weiterhin gültigen Kriterien zu bestimmen.

Artikel 78 beschränkt den Gegenstand der Feststellungsklage auf ein Recht oder ein Rechtsverhältnis. Er übernimmt daher die Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>86</sup>. Insbesondere ausgeschlossen sind Klagen auf Feststellung von Tatsachen oder zum Entscheid abstrakter Rechtsfragen, welche keinen Bezug zu einer bestimmten Rechtsbeziehung haben. So kann ein Käufer auf Feststellung der Ungültigkeit eines Kaufvertrages infolge fehlender Zustimmung klagen, sofern er ein hinreichendes Interesse zum Handeln hat. Demgegenüber kann er nicht auf Feststellung klagen, dass der Verkäufer bezüglich der Qualität der verkauften Ware gelogen hat.

<sup>85</sup> BGE 77 II 347, dann BGE 110 II 354.

<sup>86</sup> Siehe die in BGE 80 II 362 aufgestellten Grundsätze.

Das Vorhandensein eines rechtlichen oder tatsächlich schützenswerten Interesses wird für die Zulässigkeit jeder gerichtlichen Klage vorausgesetzt (vgl. Art. 46). Es wird aber für die Leistungs- oder Gestaltungsklage vermutet, denn es geht unmittelbar aus dem Zweck der Klage hervor: Bei der Ersteren die Verurteilung der beklagten Partei zur Ausführung einer Leistung und bei der Zweiteren zur Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses. Diese Evidenz gilt nicht für die Feststellungsklage, welche nur dazu dient, eine juristische Situation zu klären. Deshalb verlangt der Vorentwurf, dass das Interesse hinreichend und nicht nur schützenswert ist. Das hinreichende Interesse ist durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert. Danach muss das betreffende Recht oder das Rechtsverhältnis ungewiss oder bestritten sein, was der beklagten Partei unzumutbare Schwierigkeiten verursacht. So kann eine Person, deren Eigentumsrecht an einem Grundstück von einem Dritten bestritten wird, auf Feststellung klagen. Sie muss nicht abwarten, dass der Dritte das Grundstück besetzt und dann auf Beseitigung der Störung klagen. Ebenso kann ein Schuldner das Nichtbestehen einer noch nicht fälligen Schuld feststellen lassen, um sich einen klaren Überblick über seine finanziellen Verhältnisse zu verschaffen.

Die Feststellungsklage ist grundsätzlich subsidiär zur Leistungsklage, sie ist unzulässig, wenn die Vollstreckung dieses Anspruches verlangt werden kann. Es gibt aber Ausnahmen hiervon, wenn das Feststellungsurteil eine selbstständige Bedeutung hat. Das Bundesgericht lässt z.B. die Feststellung des Bestehens einer Haftung zu, wenn nur ein Teil des Schadenersatzes verlangt werden kann<sup>87</sup>. Es kann auch sein, dass eine Feststellung bereits ausreicht; dies ist der Fall, wenn die nachfolgende Erfüllung der Leistung gesichert ist, so z.B. bei einem Gemeinwesen als Schuldner<sup>88</sup>.

## Art. 79

Das klassische Modell des Zivilprozesses basiert auf der Geltendmachung eines Rechts durch seinen alleinigen Träger. Daraus können sich beträchtliche Schwierigkeiten ergeben, wenn eine Streitigkeit eine grosse Anzahl von Personen betrifft, denn es kann zu einer Vielzahl von Prozessen führen. Neben diesen praktischen Schwierigkeiten zeigt die Einzelbetrachtung, dass sich betroffene Personen infolge der oftmals niedrigen Streitwerte, ihrer Unerfahrenheit und ihrer finanziell schwachen Stellung von einer gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte abschrecken lassen. Diesen Schwierigkeiten kann Rechnung getragen werden, indem bestehende Institute betreffend Klagenbündelung (durch einheitlichen Gerichtsstand, Streitgenossenschaft und Vereinigung), betreffend die kollektive Klage von Vereinen und Organisationen und die Sammelklage (*class action*) erweitert und ein einfaches Verfahren geschaffen werden.

Die Einführung der Sammelklage ins schweizerische Recht ist in den letzten Jahren oft diskutiert worden<sup>89</sup>. Die Expertenkommission verzichtet darauf. Sie hat die vermehrten Möglichkeiten der Bündelung von Klagen durch die klassischen Institute (vgl. Art. 13 und 35, welche dem GestG entnommen wurden, sowie Art. 63, 81 und

---

<sup>87</sup> Z.B. BGE 114 II 255.

<sup>88</sup> Vgl. z.B. BGE 97 II 375.

<sup>89</sup> Vgl. insb. Motion 98.3401 Jutzet, Einführung der Sammelklage im Arbeits-, Miet- und Konsumentenrecht; Isabelle Romy, *Litiges de masse*, Habilitationsschrift, Fribourg 1997.

117) und durch eine Verbandsklage für Vereine und Organisationen als bei weitem ausreichend erachtet. Diese Institute sind im schweizerischen Recht bereits bekannt und erfordern nicht, wie es für eine Sammelklage erforderlich wäre, die Einrichtung eines speziellen Verfahrens.

In der Tat hätte die Einführung der Sammelklage gewichtige Schwierigkeiten zur Folge. Gestützt auf den Umstand, dass nicht sämtliche vom Urteil betroffenen Personen als Parteien auftreten, müsste ein neues, bisher in der Schweiz nicht bekanntes, besonderes Verfahren eingeführt werden. So müsste zum Beispiel das Gericht eine gewisse Überwachungsfunktion über die Diligenz der Prozessführung des Vertreters der Parteien ausüben. Ausserdem besteht die Gefahr, dass bei hohen Streitwerten unbegründete Klagen einzig aus dem Grund eingereicht werden, um die beklagte Partei zu einem Vergleich zu nötigen. Schliesslich haben die Bestimmung der gesamthaften Leistung und deren Verteilung unter den einzelnen Angehörigen der Gruppe ernsthafte Probleme zur Folge. Ausserdem wird die Wirksamkeit der Klage durch den Umstand geschwächt, wonach sich jeder Angehörige von der Gruppe abgrenzen und selbstständig klagen kann.

Die Verbandsklage hingegen ist dem schweizerischen Recht bekannt. Sie ist vom Bundesgericht seit vielen Jahren für Berufsverbände anerkannt<sup>90</sup> und mehrere Bundesgesetze sehen sie für bestimmte Rechtsgebiete unter Einschluss weiterer Vereine und Organisationen vor<sup>91</sup>. Nach dem Vorentwurf soll die Legitimation auf alle Vereine und Organisationen ausgedehnt werden.

Die Verbandsklage ist nur unter den Voraussetzungen nach **Absatz 1** zulässig. Die Vereine und Organisationen können klagen, wenn Rechte im Zusammenhang mit den durch ihre Statuten zu wahren Interessen betroffen sind. Der Vorentwurf geht hier weiter als die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung. Er beschränkt sich nicht auf Berufsverbände, welche die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder verteidigen. Ausserdem schliesst er Vereine, welche ideelle Interessen vertreten, nicht aus. Diese Lösung stimmt teilweise mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überein, wonach jedoch – ohne Vereine mit ideellen Zielen zuzulassen – seit BGE 114 II 345 auf Klagen zum Schutz von nicht wirtschaftlichen Interessen eingetreten wird. Weiter trägt sie der neueren Entwicklung gestützt auf die Verabschiedung von Artikel 7 Absatz 1 GIG Rechnung. So wird eine Konsumentenschutzorganisation, selbst wenn sie keine Mitglieder hat, für durch ein genetisch verändertes Gemüse vergiftete Personen klagen können. Ebenso wird ein Verein, welcher gegen nukleare Folgen kämpft, im Namen von Opfern nuklearer Schäden handeln können.

Die Vereine oder Organisationen können mit der Verbandsklage nur auf Feststellung, auf Unterlassung künftiger Verletzungen oder auf Beseitigung klagen. Die Geltendmachung von Schadenersatz ist ausgeschlossen, denn dabei handelt es sich um ein individuelles Recht, über welches nur dessen Träger verfügen können soll. Die Anhebung einer Verbandsklage ist in solchen Fällen angesichts der zwischen den Einzelnen bestehenden Unterschiede schwierig.

**Absatz 2** behält besondere Bestimmungen des Bundesrechts vor. Dies sind weiter oder strenger gefasste Voraussetzungen, die der Gesetzgeber in besonderen Rechtsgebieten vorgesehen hat (vgl. die zu Art. 78 im ersten Abschnitt genannten Bestimmungen).

---

<sup>90</sup> BGE 73 II 65; 125 III 82, 83 f.

<sup>91</sup> Z.B. Art. 56 MschG; Art. 10 Abs. 2 UWG; Art. 7 Abs. 1 GIG; Art. 15 Abs. 2 Mitwirkungsgesetz.

## Art. 80

Es ist ein zentrales Anliegen des Vorentwurfs, dass konnexe Verfahren möglichst zusammen unter der Leitung eines einzigen Gerichts erledigt werden können – sofern dies im Einzelfall prozessökonomisch ist. Die Expertenkommission schlägt mehrere Instrumente vor, die diesem Zweck dienen (vgl. Art. 71 f., 115 ff.). Auch die Widerklage gehört dazu, zumal sie allen kantonalen Prozessordnungen vertraut ist.

Die Zulässigkeit der Widerklage ist an die folgenden klassischen Voraussetzungen geknüpft:

- *Sachlicher Zusammenhang* zwischen der Hauptklage und der Widerklage (**Bst. a**). Diese Voraussetzung ist schon in Artikel 6 Absatz 1 GestG vorgesehen.
- Das Widerklagebegehren muss sodann in die *gleiche Verfahrensart* wie die Hauptklage gehören (**Bst. b**). Es ginge also nicht, einer Hauptklage, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen ist, eine Widerklage gegenüberzustellen, die ins ordentliche Verfahren gehört.

Beispiel:

- *Klage auf Bezahlung* des Gehaltes eines Arbeitnehmers, Streitwert CHF 25'000. Zur Anwendung kommt das vereinfachte Verfahren (Art. 237), und zwar mit zusätzlichen Attributen: Kostenlosigkeit (Art. 104) und Untersuchungsgrundsatz (Art. 238, 241).
- *Widerklage* des Arbeitgebers (ebenfalls gestützt auf den Arbeitsvertrag), Streitwert CHF 35'000.
- Die Widerklage ist unzulässig. Zwar wäre auch für sie das vereinfachte Verfahren anzuwenden, doch nicht in derselben Art: Wegen des höheren Streitwertes wäre es weder kostenlos noch würde die Untersuchungsmaxime spielen. Die Art des Verfahrens wäre somit im Ergebnis nicht dieselbe und der besondere Sozialschutz des vereinfachten Verfahrens würde unterlaufen. Der Arbeitgeber muss seine Widerklage daher auf CHF 30'000 reduzieren oder aber seine Gegenforderung in einem separaten Prozess geltend machen.

Dass für die Widerklage auch die gleiche *sachliche Zuständigkeit* wie für die Hauptklage gegeben sein muss – dies herkömmlicherweise die dritte klassische Voraussetzung der Widerklage –, verlangt der Vorentwurf nicht. Das heisst freilich nicht, dass dieses Kriterium nicht mehr spielen würde. Vielmehr kommt dafür *kantonales Recht* zur Anwendung, und zwar aus dem einfachen Grund, dass der Vorentwurf die Regelung der sachlichen Zuständigkeit den Kantonen belässt (Art. 2 Abs. 1). Das kantonale Recht hat damit auch die Frage zu beantworten, was mit einer Widerklage geschieht, die nach den Kriterien des Vorentwurfs an sich zulässig wäre, die aber – v.a. wegen des Streitwertes – die sachliche Zuständigkeit des befassensten kantonalen Gerichts übersteigt. Die Kantone können im Wesentlichen folgende Möglichkeiten vorsehen:

- *Überweisung* von Haupt- und Widerklage an das Gericht mit höherer Spruchkompetenz – unter Erhaltung der Verfahrensart. Diesfalls bleiben die Klagen im selben Verfahren, was dem Geist des Vorentwurfs entspricht (Vereinigung konnexer Verfahren).

- Beurteilung der Widerklage durch das bereits befasste Gericht trotz an sich fehlender sachlicher Zuständigkeit (*Kompetenzattraktion*). Auch diese Möglichkeit liegt durchaus im Sinne des Vorentwurfs.
- *Trennung* der Verfahren oder *Nichteintreten* auf die Widerklage. Hier würde der Sachzusammenhang gesprengt, weshalb diese – zwar ebenfalls zulässigen – Varianten wenig empfehlenswert sind.

Die Möglichkeit einer Widerklage wird sich somit nicht ausschliesslich nach Bundesrecht bestimmen. Systematisch vermag dies zwar nicht voll zu befriedigen, es ist jedoch die unvermeidliche Konsequenz des föderalistischen Konzepts des Vorentwurfs.

**Absatz 2** schliesst die Widerklage auf Widerklage aus. Der Prozess würde ansonsten zu sehr belastet. Der Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage ist in Artikel 213 geregelt.

## Art. 81

Diese Bestimmung regelt die objektive Klagenhäufung. Indem der klagenden Partei ermöglicht wird, mehrere Klagen gegen dieselbe beklagte Partei in eine Klage zu vereinen, wird wie bei der Widerklage eine schnelle, vernünftige und kohärente Streitbeilegung gefördert. Die Klagenhäufung ist den meisten kantonalen Prozessordnungen vertraut und auch Artikel 7 Absatz 2 GestG sieht eine Vereinigung von mehreren konnexen Ansprüchen bei jedem Gericht, das für einen der Ansprüche zuständig ist, vor.

Die in Artikel 81 vorgesehenen Voraussetzungen sind allgemein anerkannt: sachliche Zuständigkeit und gleiche anwendbare Verfahrensart. Der sachliche Zusammenhang ist notwendig für die örtliche Zuständigkeit (Art. 13).

## 6. Titel: Streitwert

### *Vorbemerkungen*

Der Streitwert ist im Prozess in verschiedener Hinsicht von Bedeutung: Einmal ist er ein Kriterium für die sachliche Zuständigkeit, aber auch die Verfahrensart (Art. 205, 237) und die Kostenfreiheit des Verfahrens (Art. 103 f.) hängen zum Teil vom Streitwert ab. Im Weiteren ist ein gewisser Streitwert Voraussetzung dafür, dass ein Entscheid über vermögensrechtliche Streitigkeiten mit Appellation weitergezogen werden kann (Art. 290). Schliesslich ist der Streitwert ein häufiger Massstab für die Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten, die aufgrund eines kantonalen (oder vom Bundesrat zu erlassenden) Tarifs erfolgt (Art. 86).

Die Bestimmungen über den Streitwert orientieren sich stark an bisherigen kantonalen Regelungen sowie an Art. 36 OG (bzw. Art. 47 ff. BGG). Einzig bei der Appellation weicht die Berechnung des Streitwertes von vergleichbaren bisherigen Regelungen ab. Entscheide über vermögensrechtliche Streitigkeiten sind nämlich nur appellabel, wenn die *Differenz* zwischen den zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbehörden und dem Entscheid mindestens CHF 10'000 beträgt (Art. 290 Abs. 2)<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Dieser Methode folgt auch Art. 47 Abs. 1 Bst. a BGG.



## Art. 82

Der Streitwert bestimmt sich nach dem Rechtsbegehren, wenn die Klage eine Geldleistung betrifft (**Abs. 1**). Nicht zum Streitwert gehören – wie nach den geltenden Regelungen – Zinsen sowie die Kosten des laufenden Verfahrens, die als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Als Zinsen gelten gesetzliche oder vertragliche Zinsen, aber auch akzessorisch neben einer Kapitalforderung verlangte Schadenszinsen<sup>93</sup>. Unter Kosten sind Gerichts- und Parteikosten zu verstehen (Art. 86). Als Gerichtskosten gelten neben der Entscheidegebühr und den Beweiskosten auch die Kosten eines vorausgegangenen Schlichtungs- oder Massnahmeverfahrens.

Wird keine Geldleistung verlangt, so ist der Streitwert nach dem objektiven Wert festzulegen (**Abs. 2**). Ist dieser nicht für beide Parteien gleich, wird in der Regel auf den höheren Wert abgestellt. Über die Bestimmung des Streitwerts besteht eine reiche Praxis<sup>94</sup>, die auch unter dem neuen Recht herangezogen werden kann.

In erster Linie ist es Sache der Parteien, sich über den Streitwert zu einigen. Nur wenn eine solche Einigung nicht zustande kommt oder wenn die gemeinsame Festlegung des Streitwertes offensichtlich unzutreffend ist, hat das Gericht den Streitwert festzusetzen. Es tut dies aufgrund der Vorbringen der Parteien. Zum Teil ist es schwierig, zu Beginn eines Verfahrens den objektiven Wert eines Begehrens zu ermitteln. Das Gericht ist dann auf Schätzungen angewiesen. Für die sachliche Zuständigkeit kommt es auf den Streitwert bei Eintritt der Rechtshängigkeit an (Art. 208 Abs. 1 Bst. b).

## Art. 83

Als Streitwert wiederkehrender Nutzungen und Leistungen wie z.B. Renten, Alimenter, Nutzniessungen usw. gilt nicht die Summe der einzelnen Leistungen, sondern der Kapitalwert, also der Betrag, der aufgewendet werden muss, um eine entsprechende Rente zu bezahlen (**Abs. 1**)<sup>95</sup>. Bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen auf bestimmte und beschränkte Dauer kann der Kapitalwert einfach bestimmt werden.

Bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen auf ungewisse oder unbeschränkte Dauer behilft man sich (wie heute schon) mit einer Fiktion (**Abs. 2**): Als Kapitalwert gilt in diesen Fällen der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung<sup>96</sup>. Ist die unbestimmte Dauer an das Leben eines oder mehrerer Menschen geknüpft, gilt als Streitwert der Barwert einer entsprechenden Leibrente, der nach Lebenserwartungs- oder Aktivitätstabellen berechnet wird.

---

<sup>93</sup> BGE 118 II 363 ff.

<sup>94</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 138 N 3; Frank/Sträuli/Messmer, § 18 N 8 ff.; Poudret/Sandoz-Monod, Art. 36 N 9; Bühler/Edelmann/Killler, §§ 16 und 17 N 11 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 73 N 3 und Art. 75 N 4.

<sup>95</sup> Vgl. z.B. Art. 36 Abs. 4 OG.

<sup>96</sup> Vgl. z.B. Art. 36 Abs. 5 OG.

**Art. 84**

Der Streitwert von Klagenhäufung und einfacher Streitgenossenschaft bestimmt sich nach geläufigen Regeln<sup>97</sup>: Da sich der wirtschaftliche Wert des Prozesses erhöht, werden die Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.

**Art. 85**

Der Streitwert der Widerklage wird – nach der üblichen Regel – nicht zusammengerechnet<sup>98</sup>. Damit wird das Verfahren vor demjenigen Gericht durchgeführt, welches für die Klage mit dem höheren Streitwert zuständig ist. Zusammengerechnet werden die Streitwerte von Klage und Widerklage jedoch für die Bestimmung der Prozesskosten. In dieser Hinsicht wird dem wirtschaftlichen Wert des Verfahrens Rechnung getragen. Eine Zusammenrechnung ist aber auch hier nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen.

## 7. Titel: Prozesskosten und unentgeltliche Prozessführung

### *Vorbemerkungen*

Der Prozess lässt beim Gericht und bei den Parteien Kosten entstehen. Da die Rechtsprechung eine grundlegende Staatsaufgabe darstellt, tragen die Kantone und der Bund einen grossen Teil der beim Gericht anfallenden Kosten. Zu einem Teil jedoch werden diese Kosten auf die Prozessparteien überwältzt, denn das Gericht erbringt seine Leistung auch in ihrem Interesse.

Zu bezahlen sind die Prozesskosten grundsätzlich durch die unterliegende Partei. Das Risiko, mit Prozesskosten belastet zu werden, bewirkt einen gewissen Anreiz, eine Streitsache (aussergerichtlich oder gerichtlich) gütlich zu regeln. Bei Streitsachen in bestimmten existentiellen Materien wie Arbeit und Miete befreit der Vorentwurf generell von Gerichts- und Schlichtungskosten. Im Übrigen besteht in allen Verfahren ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn eine Partei nicht über die notwendigen Mittel verfügt und das Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint.

---

<sup>97</sup> Vgl. z.B. Art. 47 Abs. 1 OG.

<sup>98</sup> Vgl. z.B. Art. 47 Abs. 2 OG; Art. 12 ZPO/TI; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 139 N 3; Bühler/Edelmann/Killer, § 19 N 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 74 N 3. Zusammengezählt wird der Streitwert von Klage und Widerklage allerdings nach zürcherischem Prozessrecht (§19 Abs. 2 ZPO/ZH).

## 1. Kapitel: Prozesskosten

### Art. 86

Die Bestimmung definiert zunächst die Begriffe: „Prozesskosten“ ist der Oberbegriff für „Gerichtskosten“ und „Parteikosten“ (**Abs. 1**).

Als Gerichtskosten gelten die Entscheidgebühren und die Kosten der Beweiserhebung (**Abs. 2**). Die Gebühren der Gerichte und Schlichtungsbehörden werden in Form einer Pauschale festgesetzt, welche alle gerichtlichen Leistungen abgilt. Es werden somit neben der Entscheidgebühr und den Beweiskosten keine weiteren Gebühren für Schreiarbeiten, Zustellungen, Fristerstreckungen usw. ausgeschieden. Umfangreiche Kanzleiarbeiten und Auslagen können bei der Festsetzung der Pauschale berücksichtigt werden. Dieses Vorgehen bringt eine erhebliche Vereinfachung gegenüber einer detaillierten Gebührensatzung, wie sie zum Teil noch angewandt wird.

Als Parteikosten gelten im Wesentlichen die Kosten der Vertretung sowie diejenigen, die unmittelbar im Hinblick auf die Einleitung des Prozesses entstanden sind (**Abs. 3**). Gegebenenfalls sind auch Entschädigungen für Aufwendungen der Partei selber dazuzuzählen<sup>99</sup>. Die Kosten müssen aber für die Interessenwahrung notwendig sein. Hinzu kommt der Ersatz von Auslagen (z.B. Reisespesen, Fernmeldedienstleistungen, Versandkosten, Kopien). Entschädigt werden solche Kosten nur, soweit sie angemessen sind. Die Anwaltshonorare und gewisse Auslagen richten sich nach Tarif, jedenfalls soweit die Gegenpartei oder, im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung, der Staat damit belastet wird.

Für die Prozesskosten sind Tarife festzusetzen (**Abs. 4**). Nach dem Legalitätsprinzip genügt es, dass die Gebühren dem Grundsatz nach im Gesetz geregelt werden, im Einzelnen aber in Verordnungen bzw. in Tarifen enthalten sind<sup>100</sup>. Diese Tarife haben sich nach den verfassungsmässigen Grundsätzen zu richten<sup>101</sup>. Der Tarif für die Gerichtskosten hat das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten. Nach dem Kostendeckungsprinzip dürfen die Gesamteinnahmen einer Gebühr die Gesamtkosten der betreffenden Amtshandlung nicht oder höchstens geringfügig übersteigen<sup>102</sup>. Das Äquivalenzprinzip verlangt, dass die Gebühr nicht in ein offensichtliches Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung gerät und sich in vernünftigen Grenzen bewegt. Die Kosten dürfen sich auch nicht als prohibitiv erweisen. Ein Tarif etwa, der sich lediglich auf den Streitwert abstützt, kann sich nach der Rechtsprechung als zu starr erweisen und zu unverhältnismässigen Gebühren führen<sup>103</sup>. In den Tarifen können auch Pauschalen für bestimmte Beweiserhebungen wie Zeugenentschädigungen festgelegt werden. Im Zusammenhang mit den Tarifen ist auch zu regeln, ob dessen Ansätze zwischen Anwalt oder Anwältin und der

<sup>99</sup> Sterchi, S. 15; Bühler/Edelmann/Killer, § 100 N 5 und § 121 N 9 ff.

<sup>100</sup> BGE 121 I 235 Erw. 3e.

<sup>101</sup> Würzburger, S. 299 ff.

<sup>102</sup> BGE 126 I 188 Erw. 3 a aa, 125 I 196 Erw. 4h, 124 I 244 Erw. 4a, 122 I 289, 121 I 236 Erw. 3 f., 120 Ia 175 Erw. 3, 106 Ia 252 Erw. 3a.

<sup>103</sup> BGE 126 I 188 Erw. 3 a bb, 125 I 196 Erw. 4h, 124 I 244 Erw. 4a, 122 I 289, 121 I 238 Erw. 3g, 120 Ia 175 Erw. 4, 106 Ia 253 Erw. 3a.

eigenen Klientschaft zwingend sind oder ob Absprachen über die Höhe des Honorars getroffen werden dürfen.

Ob die Tarife für die Gerichts- und Anwaltskosten sowie für die Vorschüsse von den Kantonen oder vom Bundesrat erlassen werden sollen, ist eine politische Frage. Die Kommission schlägt primär eine kantonale Regelung vor, stellt aber als **Variante** eine Bundeslösung zur Diskussion. Kantonale Prozesskostentarife können Rücksicht nehmen auf die unterschiedlichen Kostenstrukturen der Gerichte sowie auf die – je nach der Regelung der sachlichen Zuständigkeit – verschieden besetzten Gerichte (z.B. Einzelrichter, Dreier- oder Fünferbesetzung). Auch kantonale Anwaltshonorarordnungen können auf unterschiedliche Kostenniveaus in den Kantonen reagieren. Die kantonale Regelung dieser Tarife ermöglicht es damit besser, auf die kantonalen Unterschiede und die kantonalen Gerichtsorganisationen einzugehen. Der Nachteil einer kantonalen Regelung besteht allerdings darin, dass ein Prozess mit dem gleichen Streitwert in verschiedenen Kantonen unterschiedlich hohe Kosten verursachen kann. Dies könnte im Rahmen der Wahlmöglichkeiten, welche die örtlichen Zuständigkeiten eröffnen, zu einem gewissen Prozesstourismus führen. Die als Variante vorgeschlagene Bundeslösung würde diesen Nachteil beseitigen. Sie würde einheitliche und transparente Kostenansätze für die ganze Schweiz schaffen, wie das schon seit langem im Betreibungs- und Konkurswesen gilt (vgl. die Gebührenverordnung vom 23. September 1996 zum SchKG<sup>104</sup>).

#### **Art. 87**

Die klagende Partei hat bei Einleitung eines Verfahrens einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen (**Abs. 1**). So können die mutmasslichen Gerichtskosten und damit das Kostenrisiko abgeschätzt werden. Der Vorschuss ist aber nicht so hoch, um den Zugang zu den Gerichten übermässig zu erschweren. Der Vorentwurf verfolgt in diesem Punkt eine mittlere Linie zwischen den kantonalen Regelungen, welche die vollen mutmasslichen Kosten als Vorschuss verlangen (zum Teil auch von der beklagten Partei) und den Kantonen, die keine allgemeine Vorschusspflicht kennen und nur bei Vorliegen besonderer Kautionsgründe zur Bezahlung eines Vorschusses auffordern<sup>105</sup>.

Nur in besonderen Fällen verlangt der Vorentwurf einen Vorschuss der gesamten Gerichtskosten (**Abs. 2**), nämlich für das Schlichtungsverfahren, das summarische Verfahren und das Rechtsmittelverfahren.

#### **Art. 88**

Die klagende Partei – auch eine Partei, die ein Rechtsmittel einlegt – hat für die gesamten Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten) Sicherheit zu leisten, wenn bestimmte Gründe vorliegen, die darauf hinweisen, dass ein zukünftiges Eintreiben von Prozesskosten schwierig sein wird (**Abs. 1**). Der Vorentwurf übernimmt die herkömmlichen Kautionsgründe; im internationalen Verhältnis sind staatvertragliche Vorbehalte zu beachten (Art. 1 Abs. 2).

---

<sup>104</sup> SR 281.35.

<sup>105</sup> Sterchi; Spühler/Reetz, Kautionen, S. 96 ff.; Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 11. Kap. N 31 und 39 ff.

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

Der Vorentwurf nimmt – wie heute die kantonalen Prozessordnungen<sup>106</sup> – verschiedene Verfahren von der Kautionspflicht aus (**Abs. 3**): Aus öffentlichem Interesse und sozialen Gründen die selbstständigen Verfahren über die Belange unmündiger Kinder (**Bst. a**), zur Beschleunigung und Vereinfachung das vereinfachte Verfahren, sofern es sich nicht um unqualifizierte Streitigkeiten im Sinne von Artikel 237 Buchstabe g handelt (**Bst. b**), sowie das summarische Verfahren, welches ebenfalls besondere Raschheit erfordert (**Bst. c**). Für den schnellen Rechtsschutz hingegen (Art. 266 f.) kann Sicherheit verlangt werden, denn diese Fälle könnten auch im ordentlichen Verfahren beurteilt werden. Die klagende Partei soll nicht durch ein Gesuch um schnellen Rechtsschutz die Sicherheitsleistung umgehen können.

Keine Kautionsleistung wird angeordnet, soweit ein Verfahren ohnehin kostenlos ist (Art. 103 f.) oder – im umgekehrten Fall – soweit eine Partei die vollen mutmasslichen Gerichtskosten vorzuschiessen hat (Art. 87 Abs. 2). Aus diesem Grund sind z.B. für Schlichtungsverfahren keine Sicherheitsleistungen möglich.

#### Art. 89

Die Sicherheitsleistung ist in der Höhe der gesamten voraussichtlichen Gerichts- und Parteikosten zu leisten (**Abs. 1**). Für die Festsetzung gelten damit die Regeln, die auf die Prozesskosten anzuwenden sind<sup>107</sup>.

Während der Vorschuss für die Gerichtskosten mit einer Geldüberweisung oder bar zu bezahlen ist, kann die Sicherheit auch durch Hinterlegung solider Wertschriften oder durch Garantie einer Bank oder Versicherung geleistet werden (**Abs. 2**). Sie kann nachträglich erhöht werden (**Abs. 3**), z.B. wenn sich das Verfahren später als aufwändiger herausstellt; sie kann aber auch herabgesetzt werden, wenn sich zeigt, dass das Verfahren einfacher ist als ursprünglich angenommen. Die Sicherheitsleistung ist grundsätzlich zurückzuerstatten (soweit sie die Vorschusspflicht übersteigt), wenn der Kautionsgrund nachträglich dahinfällt, z.B. wenn eine Partei vom Ausland in die Schweiz umzieht.

#### Art. 90

Diese Bestimmung regelt die Modalitäten des Kostenvorschusses und der Kautionsleistung (Fristansetzung, **Abs. 1**). Bei der Sicherheitsleistung ist die klagende Partei in der Regel zuvor anzuhören (**Abs. 2**). Wenn hingegen keine Zweifel am Vorliegen eines Kautionsgrundes bestehen, kann die Anhörung auch erst nach der Fristansetzung geschehen. Dies ist etwa der Fall, wenn die klagende Partei im Ausland Wohnsitz hat und kein Staatsvertrag die Sicherheitsleistung ausschliesst oder wenn die klagende Partei mit der Bezahlung von Gerichtskosten im Rückstand ist.

Die Zahlung des Vorschusses oder der Sicherheitsleistung ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 54 Abs. 2 Bst. f). Das Gericht tritt daher auf die Klage nicht ein, wenn

<sup>106</sup> Z.B. § 78 ZPO/ZH; Art. 277 ZPO/SG; vgl. auch: Spühler/Reetz, Kautionen, S. 99.

<sup>107</sup> Spühler/Reetz, Kautionen, S. 100 ff.

die Leistung auch nach einer kurzen Nachfrist nicht erfolgt. Eine vorsorgliche Massnahme hingegen kann erlassen werden, bevor die Sicherheit geleistet wird – dies im Interesse eines schnellen und effektiven Rechtsschutzes (**Abs. 3 und 4**).

### **Art. 91**

Neben dem Vorschuss für die Gerichtskosten haben die Parteien auch die Kosten für Beweiserhebungen vorzuschüssen. Den Vorschuss hat die Partei zu leisten, welche einen Beweis (oder einen Gegenbeweis) beantragt hat (**Abs. 1**). Wenn beide Parteien das gleiche Beweismittel beantragen, kann das Gericht von beiden den vollen Vorschuss verlangen, damit auch bei Säumnis einer Partei die Kosten der Beweisabnahme gedeckt sind (**Abs. 2**).

Wird der Vorschuss auch innert einer Nachfrist nicht geleistet, so setzt das Gericht den Prozess ohne die beantragte Beweiserhebung fort (**Abs. 3**; vgl. auch 142 Abs. 2). Nur in Kinderbelangen erfolgt die Beweiserhebung gleichwohl, da die Parteien hier nicht über den Streitgegenstand verfügen können und das Gericht die Beweise von Amtes wegen zu erheben hat (Art. 252).

### **Art. 92**

Entscheide über Kostenvorschüsse und Sicherheitsleistungen sind von einiger Bedeutung: Wird die Sicherheit nicht geleistet, tritt das Gericht auf die Klage bzw. auf das Rechtsmittel nicht ein. Bleibt der Vorschuss für die Beweiserhebungen aus, unterbleibt die entsprechende Beweisabnahme. Diese Entscheide können daher mit Rekurs (Art. 299 ff.) angefochten werden. Die zur Bezahlung einer Sicherheitsleistung verpflichtete Partei kann z.B. geltend machen, ein entsprechender Grund sei nicht gegeben. Der Beweiskostenvorschuss kann u.a. in Bezug auf die Höhe angefochten werden.

### **Art. 93**

Nach **Absatz 1** kann das Gericht die Forderung für die Gerichtskosten stunden. Ein Erlass kann angeordnet werden, wenn dauernde Mittellosigkeit der betreffenden Partei anzunehmen ist. Doch ist darauf zu achten, dass über den nachträglichen Kostenerlass nicht die (engeren) Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung umgangen werden: Für diese ist nämlich nicht nur die Mittellosigkeit Bedingung, sondern auch, dass die Klage nicht aussichtslos erscheint.

Da es sich bei den Gerichtskosten um öffentlich-rechtliche Forderungen handelt, sind die privatrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung und den Verzugszins höchstens analog anwendbar. Der Vorentwurf trifft daher eigene Regelungen (**Abs. 2 und 3**; Verjährungsfrist: 5 Jahre; Verzugszins: 5 %).

## **2. Kapitel: Verteilung der Prozesskosten**

### **Art. 94**

Das Gericht befindet über die Prozesskosten im Endentscheid, also nicht etwa in einer nachträglichen separaten Verfügung (**Abs. 1**).

Vor dem Endentscheid können in folgenden Fällen Prozesskosten verteilt werden. Einmal bei Zwischenentscheiden nach Artikel 229 (**Abs. 2**). Eine selbstständige Kostenverteilung rechtfertigt sich hier, soweit das Gericht über gewichtige strittige Punkte entschieden hat. Auch bei vorsorglichen Massnahmen können die Kosten separat verteilt werden. Das Gericht kann sie jedoch auch zu der Hauptsache schlagen; dies kann der vergleichsweisen Erledigung des Prozesses dienen (**Abs. 3**). Aus praktischen Gründen wird das aber nur möglich sein, wenn die vorsorgliche Massnahme vom Hauptsachegericht angeordnet worden ist.

Bei Rückweisungsentscheiden kommt es vor, dass im Zeitpunkt der Rückweisung kein Obsiegen und Unterliegen sichtbar ist, z.B. weil die untere Instanz weitere Beweise nachholen muss. In diesem Fall rechtfertigt es sich, nur über die Kostenhöhe zu entscheiden, die Verteilung aber der Vorinstanz zu überlassen (**Abs. 4**).

### **Art. 95**

Anders als die Parteikosten werden die Gerichtskosten aus naheliegenden Gründen nicht auf Parteiantrag, sondern von Amtes wegen verteilt (**Abs. 1**).

Kosten, die keine Partei veranlasst hat, sollen zu Lasten des Staates gehen (**Abs. 2**). Dies ist etwa der Fall, wenn der erstinstanzliche Entscheid als offensichtlich falsch aufzuheben ist und keine Partei mit einem Antrag auf diesen Entscheid hingewirkt hat. Gleich könnte verfahren werden, wenn ein Gericht eine Expertise in Auftrag gibt, in der Folge aber die Forderung wegen Verjährung abweist.

### **Art. 96**

Die Parteikosten werden entsprechend dem Dispositionsgrundsatz nur auf Antrag einer Partei zugesprochen. In Bezug auf die Antragstellung lässt der Vorentwurf Raum für die Gepflogenheiten in den Kantonen: Die Parteien können dem Gericht entweder beantragen, Parteikosten in angemessener Höhe zuzusprechen, oder sie können ihm Kostennoten einreichen, in denen sie ihren Aufwand bzw. das geforderte Honorar begründen. In beiden Fällen hat das Gericht seinen Kostenentscheid auf den Tarif über das Anwaltshonorar zu stützen (Art. 86 Abs. 4 und Variante).

Parteikosten werden grundsätzlich in allen gerichtlichen Verfahren zugesprochen. Im Schlichtungsverfahren, in dem ja versucht werden soll, eine gütliche Einigung herbeizuführen, ist es aber sachgerecht, dass die Parteien die Kosten ihrer Beratung und Vertretung selber tragen. Entsprechend wird im Schlichtungsverfahren – unter Vorbehalt von Artikel 103 – nur über die Gerichtskosten abgerechnet (Art. 203).

Der Vorentwurf enthält kein spezielles *Moderationsverfahren* über die Anwaltskosten. Dieses betrifft das Verhältnis zwischen Anwalt- und Klientschaft und ist daher – sofern erwünscht – in den kantonalen Anwaltsgesetzen zu regeln (das BGFA enthält diesbezüglich keine Regelung). Im Moderationsverfahren wird üblicherweise geprüft, ob eine Anwaltsrechnung dem Tarif entspricht. Einwendungen betreffend mangelhafte Erfüllung sind in einem ordentlichen Verfahren zu prüfen.

### **Art. 97**

Nach allgemeiner Regel werden die Prozesskosten nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (**Abs. 1**). Als unterlegen gilt auch die Partei, die ein Begehren zurückzieht, anerkennt oder auf deren Begehren nicht eingetreten wird. Wer vollkommen unter-

liegt, trägt die Prozesskosten ganz. Unterliegen die Parteien teilweise, so werden die Prozesskosten verhältnismässig verteilt (**Abs. 2**).

**Absatz 3** trifft eine besondere Verteilungsregel für notwendige Streitgenossen: Sie haften für auferlegte Kosten solidarisch, denn sie mussten den Prozess zusammen führen. Das Gericht kann die Streitgenossen jedoch auch zu einer anteilmässigen Bezahlung der Prozesskosten verpflichten, z.B. wenn die Interessen dieser Streitgenossen am Streit unterschiedlich waren. Bei einfacher Streitgenossenschaft ist eine anteilmässige Bezahlung der Prozesskosten anzuordnen.

## Art. 98

Oft sind die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen (somit abweichend vom Verhältnis Obsiegen/Unterliegen). Der Vorentwurf zählt die Gründe dafür nicht abschliessend auf, sondern nennt sie beispielartig (**Abs. 1**): Obsiegen im Grundsatz, gutgläubige Prozessführung (die Partei hat etwa auf eine Praxis vertraut, die in der Folge geändert wurde, oder eine Praxis hatte in der umstrittenen Frage überhaupt gefehlt; **Bst. a und b**). Auch andere besondere Umstände sind denkbar, die einen Kostenentscheid nach Billigkeit rechtfertigen (**Bst. c**). So ist Ermessen etwa angezeigt, wenn der Beklagte zwar durch Erhebung von Verrechnungseinreden obsiegt, das Gericht aber zahlreiche zum Teil unbegründete Verrechnungsforderungen beurteilen musste, bis die Klage endlich vollständig abgewiesen werden konnte<sup>108</sup>.

Gleiches gilt bei angeordneter Vertretung eines Kindes (**Bst. d**; vgl. Art. 147 Abs. 3 ZGB, der aufgehoben wird; Ziff. 2 des Anhanges). Der Vorentwurf gibt dem Gericht in dieser Frage etwas mehr Spielraum als das geltende Recht: Es kann die angefallenen Kosten<sup>109</sup> gemäss Ausgang des Verfahrens den Eltern auferlegen, sofern diese finanziell in der Lage sind, die Kosten zu tragen. Ist dies nicht der Fall, können die Kosten im Sinne der unentgeltlichen Prozessführung zu Lasten des Staates genommen werden. Ist das Kind aber vermögend, liegt es im Ermessen des Gerichts, diese Kosten auch dem Kind aufzuerlegen.

Ebenfalls nach Ermessen werden die Prozesskosten verteilt, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird (**Abs. 2**). Dabei ist zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben<sup>110</sup>. Es ist selbstverständlich, dass die Parteien dazu angehört werden.

Auch ausserhalb der ZPO bestehen bundesrechtliche Regeln über die Kostenverteilung, so bei der Sonderprüfung (Art. 697g OR), bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft (Art. 706a Abs. 3 OR), bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen (Art. 759 Abs. 2 OR)<sup>111</sup> sowie bei patentrechtlichen Stufenklagen (Art. 71 PatG). Sie gehören dort in den unmittelbaren Sachzusammenhang der Materie.

---

<sup>108</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 66 N 4; Cocchi/Trezzini, Art. 151 N 9-12.

<sup>109</sup> Schweighauser, Art. 147 N 46; Sutter/Freiburghaus Art. 146/147 N 59 ff.

<sup>110</sup> Frank/Sträuli/Messmer, N 1 f. zu § 65; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3b zu Art. 266.

<sup>111</sup> BGE 125 III 138 ff.



### Art. 99

Ebenfalls in Abweichung der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen können unnötige Prozesskosten derjenigen Partei auferlegt werden, welche sie verursacht (z.B. durch Säumnis oder fehlerhafte Prozesshandlungen). Es gilt das Verursacherprinzip – ein vorwerfbares Verhalten ist nicht vorausgesetzt. Doch ist diese „Kausalhaftung“ insofern gemildert, als dass sie auf *offensichtlich* unnötige Kosten beschränkt bleibt. Solche können auch entstehen, wenn ein Prozess eingeleitet wird, obschon die Gegenpartei Zahlungsbereitschaft gezeigt hat<sup>112</sup>.

Der Vorentwurf weist ausdrücklich auf den Fall hin, in dem eine Partei im Entscheid letztlich nicht wesentlich mehr erhält als ihr vergleichsweise angeboten worden war. Unnötig sind hier die Kosten, die nach dem Vergleichsangebot entstehen. Um die vergleichsweise Erledigung von Prozessen zu fördern, beschränkt der Vorentwurf das Vergleichsangebot zeitlich nicht: Es kann irgendwann im Laufe des Prozesses – auch noch im Rechtsmittelverfahren – erfolgen, braucht also nicht schon zu Beginn des Prozesses gemacht zu werden<sup>113</sup>.

### Art. 100

Schliessen die Parteien einen Vergleich, sind sie frei, sich auch über die Verteilung der Prozesskosten zu einigen. Tun sie das nicht, hat das Gericht im Abschreibungsentscheid die Kosten zu verteilen. Die Regel des Vorentwurfs, die dabei zu befolgen ist, entspricht einer häufigen Vergleichsbestimmung: Jede Partei trägt die eigenen Parteikosten und die Hälfte der Gerichtskosten. Sind mehr als zwei Parteien am Prozess beteiligt, hat das Gericht die Regel sinngemäss anzuwenden.

### Art. 101

Wird eine Partei zur Bezahlung von Gerichtskosten verpflichtet, so werden ihre Vorschüsse und eine allfällige Sicherheitsleistung an diese Gerichtskosten angerechnet. Im umgekehrten Fall sind sie ihr zurückzuerstatten. Der Vorentwurf lässt damit nicht zu, dass die geleisteten Vorschüsse und Sicherheitsleistungen an die Gerichtskosten der *anderen* Partei angerechnet werden, auch nicht mit allfälligem Rückgriffsrecht der vorschliessenden Partei. Der Staat darf sein Inkassorisiko nicht auf die vorschliessende – aber nachträglich „kostenbefreite“ – Partei überwälzen<sup>114</sup>. Eine Verzinsung der zurückzubehaltenden Beträge sieht der Vorentwurf – durchaus verfassungskonform – nicht vor<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, N 1 zu Art. 60.

<sup>113</sup> So im Kanton St. Gallen: vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 266 N 4a; für Begrenzung auf Vergleichsangebote auf die Zeit vor der Rechtshängigkeit: Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 59 N 1c, Bühler/Edelmann/Killer, § 113 N 3.

<sup>114</sup> So z.B. die Regelungen in den Kantonen Aargau und St. Gallen: Bühler/Edelmann/Killer, § 104 N 1 f., Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 280 N 1 f.; ähnlich § 67 ZPO/ZH.

<sup>115</sup> BGE 107 Ia 120 Erw. 2c.

**Art. 102**

Der erstinstanzliche Kostenentscheid kann mit der Streitsache selber weitergezogen werden. Ist die Streitsache z.B. appellabel, so kann auch der Kostenentscheid im Rahmen der Appellation überprüft werden. Soll aber ausschliesslich der Kostenentscheid weitergezogen werden, so kann dies nur mit Beschwerde geschehen (Art. 310 ff.). Die Anfechtung zweitinstanzlicher Kostenentscheide richtet sich nach dem BGG.

**3. Kapitel: Besondere Kostenregelungen***Vorbemerkung*

Bereits das geltende Recht kennt kostenlose Verfahren:

- das Schlichtungsverfahren bei Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 274d Abs. 2 OR)
- das Verfahren für arbeitsrechtliche Streitigkeiten und nach AVG bis CHF 30'000 (Art. 343 OR, 10 AVG)
- das Verfahren nach Mitwirkungsgesetz (Art. 15 Abs. 3 Mitwirkungsgesetz)
- das Verfahren nach GIG (Art. 11 Abs. 4 und 12 Abs. 2 GIG).

Dieser Rechtszustand wird im Wesentlichen übernommen, denn er geht auf rechtspolitische Entscheidungen des Eidgenössischen Parlamentes zurück. Zur besseren Übersichtlichkeit trifft der Vorentwurf jeweils für das Schlichtungsverfahren (das dem Entscheidverfahren grundsätzlich vorausgeht, Art. 191) und das Entscheidverfahren eine separate Regelung.

**Art. 103**

Diese Bestimmung betrifft das Schlichtungsverfahren. Zunächst ist – wie nach geltendem Recht – die miet- und pachtrechtliche Schlichtung kostenlos (**Bst. a**). Die Streitigkeiten aus landwirtschaftlicher Pacht werden dabei den übrigen Pachtstreitigkeiten ausdrücklich angeglichen.

Darüber hinaus ist das Schlichtungsverfahren immer dann kostenlos, wenn auch später im Entscheidverfahren keine Kosten gesprochen werden dürfen (**Bst. b und c**). Das ist nur folgerichtig, denn ist das Entscheidverfahren kostenlos, dann muss es zuvor erst recht das Schlichtungsverfahren sein.

Es ist zu beachten, dass die Kostenlosigkeit der Schlichtung – anders als jene im Entscheidverfahren (Art. 104)– die Gerichts- *und* Parteikosten betrifft. Letzere werden im Schlichtungsverfahren generell nicht zugesprochen (Art. 203).

**Art. 104**

Die Kostenlosigkeit des Entscheidverfahrens wird in dreierlei Hinsicht enger umschrieben als für das Schlichtungsverfahren (**Abs. 1**):

- Zum einen betrifft sie – wie nach geltendem Recht – nur die Gerichtskosten (nicht also auch die Parteikosten);

- zum andern gilt sie nicht für die Angelegenheiten aus Miete und Pacht. Auch das entspricht dem geltenden Rechtszustand;
- schliesslich ist das Entscheidungsverfahren in den arbeitsrechtlichen Fällen nur bis zum Streitwert von CHF 30'000 kostenlos – ebenfalls wie nach geltendem Recht. Die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens ist demgegenüber streitwertunabhängig (diesbezüglich ist der Vorentwurf grosszügiger als das geltende Recht).

Vorbehalten bleibt in allen Fällen – wie grundsätzlich schon im im geltenden Recht – die Kostenaufgabe für bös- und mutwillige Prozessführung (**Abs. 2**).

#### 4. Kapitel: Unentgeltliche Prozessführung

##### *Vorbemerkung*

Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung ergibt sich als prozessuales Grundrecht aus Artikel 29 Absatz 3 BV. Er wird für den Zivilprozess in Art. 105 ff. des Vorentwurfs konkretisiert. Bei der Auslegung dieser Bestimmungen wird die bisherige reiche Praxis des Bundesgerichts im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung zu berücksichtigen sein.

Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung gilt für jedes Verfahren, in welches eine Partei einbezogen wird oder dessen sie zur Wahrung ihrer Rechte bedarf<sup>116</sup>. Er steht Schweizern und Ausländern mit in- und ausländischem Wohnsitz gleichermaßen zu<sup>117</sup>. Unentgeltliche Prozessführung (bzw. unentgeltlicher Rechtsbeistand) kann somit auch im Schlichtungsverfahren gewährt werden, wenn die Streitsache dies rechtfertigt<sup>118</sup>. Der Anspruch besteht auch in betriebsrechtlichen Summarsachen, grundsätzlich im Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung<sup>119</sup> sowie im Rechtsöffnungsverfahren<sup>120</sup>.

##### **Art. 105**

Voraussetzung für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ist, dass die betreffende Person nicht über die *notwendigen Mittel* verfügt, um für die Prozesskosten aufzukommen ohne erhebliche Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts (**Abs. 1**). Bei der Frage des notwendigen Unterhalts wird üblicherweise vom betriebsrechtlichen Notbedarf ausgegangen. Es darf aber nicht allein darauf abgestellt werden<sup>121</sup>. Der zivilprozessuale Notbedarf liegt daher regelmässig 10-30 % höher als das betriebsrechtliche Existenzminimum<sup>122</sup>. Bei

---

<sup>116</sup> BGE 121 I 62, 119 Ia 265 Erw. 3a.

<sup>117</sup> BGE 120 Ia 217 ff.

<sup>118</sup> BGE 119 Ia 264 ff. betreffend das Mietschlichtungsverfahren.

<sup>119</sup> BGE 119 III 29 Erw. 2a und 113 ff., 118 III 27.

<sup>120</sup> BGE 121 I 60 ff.

<sup>121</sup> BGE 124 I 2 Erw. 2a.

<sup>122</sup> Alfred Bühler, Prozessarmut, S. 181 ff.; Bühler/Edelmann/Killer, § 125 N 7; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 77 N 4a.

der Beurteilung der finanziellen Verhältnisse ist das massgebende Einkommen dem zivilprozessualen Notbedarf gegenüber zu stellen. Ergibt sich ein Aktivsaldo und können die Prozesskosten innerhalb einer angemessenen Frist (in der Regel ein bis zwei Jahre) bezahlt werden, wird die unentgeltliche Prozessführung nicht bewilligt. Ist dies nicht möglich oder ergibt sich ein Negativsaldo, ist die unentgeltliche Prozessführung ganz oder teilweise zu gewähren. Vorhandenes Vermögen kann die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung zur Folge haben, wenn es frei verfügbar ist und nicht für die notwendigen laufenden oder voraussehbaren Bedürfnisse oder für eine den Verhältnissen angemessene Reservebildung<sup>123</sup> ("Notgroschen") verwendet werden muss. Zu den Fragen des massgebenden Einkommens und Vermögens sowie des notwendigen Bedarfs besteht eine reichhaltige Literatur und Rechtsprechung<sup>124</sup>. Die Rechtsprechung weist allerdings von Kanton zu Kanton gewisse Unterschiede auf<sup>125</sup>. Unter einer schweizerischen Zivilprozessordnung wird sich in den Kantonen eine einheitlichere Praxis bilden müssen.

Im Weiteren ist Voraussetzung für die unentgeltliche Prozessführung, dass das Rechtsbegehren *nicht aussichtslos* erscheint. Das ist nach gefestigter Praxis der Fall, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Nicht von Aussichtslosigkeit kann aber gesprochen werden, wenn die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder wenn sie nur wenig geringer sind<sup>126</sup>.

**Absatz 2** regelt die Ausnahmen. Wie in vielen kantonalen Prozessordnungen wird der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung ausgeschlossen für juristische Personen (**Bst. a**). Obwohl das Bundesgericht diese Frage offen gelassen hat<sup>127</sup>, sieht der Vorentwurf davon ab, hier von der geltenden kantonalen Gesetzgebung und Praxis abzuweichen. Das Bedürfnis der unentgeltlichen Rechtspflege für juristische Personen wäre kaum von praktischer Bedeutung, weil juristische Personen bei Zahlungsunfähigkeit letztlich aufzulösen sind<sup>128</sup>. Ein Anspruch besteht jedoch für Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, wenn sowohl die Gesellschaft als auch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter bedürftig sind<sup>129</sup>.

Nicht bewilligt wird die unentgeltliche Prozessführung für Konkurs- und Nachlassmassen (**Bst. b**), was der heutigen Praxis entspricht. Auch im Verfahren vor Schiedsgerichten besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, weil dieser Anspruch – aus naheliegenden Gründen – auf das Verfahren vor staatlichen Gerichten beschränkt ist (**Bst. c**).

## Art. 106

Die unentgeltliche Prozessführung wird immer nur soweit gewährt, als sie notwendig ist (**Abs. 1**). Kann eine Partei die Prozesskosten teilweise selber aufbringen, ist die

---

<sup>123</sup> Alfred Bühler, Prozessarmut, S. 154 ff.

<sup>124</sup> Alfred Bühler, Prozessarmut, S. 131 ff.

<sup>125</sup> Schöbi (Hrsg.), S. 211 ff.

<sup>126</sup> BGE 119 Ia 253.

<sup>127</sup> BGE 124 I 246 Erw. 4d, 119 Ia 337 ff.

<sup>128</sup> Vgl. aber Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 11. Kap. N 62, und Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 77 N 3a.

<sup>129</sup> BGE 124 I 246 Erw. 4d, 116 II 651 ff.

unentgeltliche Prozessführung nur im nicht selber finanzierbaren Umfang zu gewähren, indem z.B. nur von den Gerichtskosten befreit, aber kein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt wird oder indem ein "prozessualer Selbstbehalt" festgelegt wird. Ist eine Klage nur zum Teil nicht aussichtslos, kann sich die unentgeltliche Prozessführung auf diesen Teil beschränken.

In **Absatz 2** wird dieser Grundsatz präzisiert: Je nach Bedarf wird die betreffende Partei von den Vorschüssen oder Sicherheitsleistungen oder von den Vorschüssen für die Beweiserhebungen befreit (**Bst. a**). Damit wird es der Partei ermöglicht, das Verfahren überhaupt einzuleiten und durchzuführen. Der Vorentwurf geht aber über diesen verfassungsmässigen Minimalanspruch hinaus, indem die betreffende Partei am Ende des Prozesses – unter Vorbehalt der Nachzahlung (Art. 112) – von der Bezahlung von Gerichtskosten befreit werden kann (**Bst. b**). Nicht umfasst von der unentgeltlichen Prozessführung sind jedoch – wie in den kantonalen Prozessordnungen – allfällige Parteikosten, welche der Gegenpartei gleichwohl zu leisten sind.

Die unentgeltliche Prozessführung umfasst auch den Anspruch auf einen Rechtsbeistand (**Bst. c**). Die Bestellung hängt allerdings von der sachlichen Notwendigkeit ab, d.h. von der Schwierigkeit der sich im Prozess stellenden Fragen, von der Rechtskundigkeit der gesuchstellenden Partei sowie vom Umstand, ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten und deshalb "Waffengleichheit" herzustellen ist<sup>130</sup>.

Ein verfassungsmässiger Anspruch auf *vorprozessualen* unentgeltlichen Rechtsbeistand besteht hingegen grundsätzlich nicht<sup>131</sup>. Der Vorentwurf lässt ihn ausnahmsweise zu (**Abs. 3**). Dabei ist etwa an die Vorbereitung einer Konventionalscheidung zu denken (Art. 111 ZGB). Zusätzliche Kosten, die mit dem *Wechsel* eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes verbunden sind, übernimmt der Staat nur, wenn die betreffende Partei dartun kann, dass sie das Vertrauen in den Rechtsbeistand verloren habe, und dies als objektiv begründet erscheint<sup>132</sup>.

## Art. 107

Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird zwar vom Gericht ernannt (**Abs. 1**), doch wird dadurch die freie Anwaltswahl nicht eingeschränkt (vgl. Art. 108 Abs. 2). Anwältinnen und Anwälte sind im Übrigen verpflichtet, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung Rechtsvertretungen zu übernehmen (Art. 12 lit. g BGFA).

Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird vom Staat bezahlt (**Abs. 2**). Wenn jedoch zu Gunsten der unterstützten Partei Parteikosten gesprochen werden, so hat der Rechtsbeistand sein Honorar zunächst aus dieser Parteientschädigung zu decken und sich an die Gegenpartei zu halten (z.B. Betreuung einleiten). Der Staat springt erst ein, wenn das Honorar dort nicht erhältlich gemacht werden kann. Das kann aber bereits im Voraus feststehen (z.B. bei Konkurs der Gegenpartei); dann kann sich der Rechtsbeistand ohne weiteres direkt an den Staat wenden. Mit der Zahlung geht der Anspruch gegen die Gegenpartei auf den Staat über.

Der Vorentwurf stellt klar, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif zu entschädigen ist (**Abs. 3**). Insofern weicht der Vorentwurf von verschiedenen kan-

<sup>130</sup> BGE 122 III 392 ff., 119 Ia 265 ff.

<sup>131</sup> BGE 121 I 321 ff.

<sup>132</sup> BGE 114 I a 101 ff.

tonalen Regelungen ab, die dem unentgeltlichen Rechtsbeistand nur eine reduzierte Entschädigung gewähren. Dies ist aber im Hinblick auf die bundesgerichtliche Praxis ohnehin nur in einem beschränkten Ausmass zulässig<sup>133</sup>.

### **Art. 108**

Für den Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung ist ein Gericht und nicht etwa eine Verwaltungsbehörde zuständig (**Abs. 1**). Das kantonale Recht hat festzulegen, ob das in der Sache entscheidende Gericht, dessen Präsident oder ein anderes Gericht zuständig ist (Art. 2).

Das Gericht entscheidet in einem summarischen Verfahren, doch werden keine Prozesskosten gesprochen, auch dann nicht, wenn die unentgeltliche Prozessführung verweigert wird. Vorbehalten sind bös- und mutwillige Gesuche (z.B. Fälle, in denen die gesuchstellende Partei ganz offensichtlich über genügend Mittel verfügt).

Die gesuchstellende Partei hat ihre Mittellosigkeit nicht strikte nachzuweisen; es genügt – wie nach heutiger Praxis – blosses Glaubhaftmachen (**Abs. 2**). Es gilt in diesem Verfahren ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz, wobei aber die gesuchstellende Partei bei der Abklärung ihrer finanziellen Verhältnisse mitzuwirken hat (Belegen der finanziellen Verhältnisse)<sup>134</sup>.

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung kann jederzeit gestellt werden, sei es vor der Rechtshängigkeit oder erst im Laufe des Verfahrens (**Abs. 3**). Rückwirkende Bewilligung darf nur ausnahmsweise erfolgen.

Die Gegenpartei des Hauptprozesses ist im Verfahren betreffend die unentgeltliche Prozessführung nicht Partei. Trotzdem ist sie anzuhören, soweit die Sicherheitsleistung für die Parteikosten ausgeschlossen werden soll (**Abs. 4**). Eine Anhörung kann auch in den übrigen Fällen erfolgen, da die Gegenpartei vielfach in der Lage ist, zur Abklärung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie der Erfolgsaussichten beizutragen<sup>135</sup>.

### **Art. 109**

Die unentgeltliche Prozessführung wird entzogen, wenn sich im Laufe des Prozesses ergibt, dass die Partei über die erforderlichen Mittel verfügt. Gleiches gilt, wenn sich im Laufe des Verfahrens (z.B. nach einer Beweisabnahme) herausstellt, dass das Rechtsbegehren aussichtslos ist.

Der Entzug erfolgt für die Zukunft. Wenn die unentgeltliche Prozessführung aber von Anfang an zu Unrecht gewährt wurde, weil die betreffende Partei bereits im Zeitpunkt des Entscheides über genügend Mittel verfügt hatte, dann kann sie zur Nachzahlung der bereits angefallenen Kosten verpflichtet werden (Art. 112).

---

<sup>133</sup> BGE 122 I 3 Erw. 3a, 118 I a 133 ff.

<sup>134</sup> BGE 120 I a 181 f. Erw. 3a.

<sup>135</sup> Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 285 N 2 c; Bühler/Edelmann/Killer, § 129 N 4.

**Art. 110**

Verweigerung und Entzug der unentgeltlichen Prozessführung sind einschneidende Entscheide, die deshalb mit Rekurs angefochten werden können. Der Gegenpartei steht aber nur die Beschwerde (Art. 310ff.) offen, wenn sie geltend machen will, die gesuchstellende Partei sei zu Unrecht von der Sicherheitsleistung für Parteikosten befreit worden.

**Art. 111**

Wie in den meisten Kantonen gilt die unentgeltliche Prozessführung im Rechtsmittelverfahren weiter, solange sie von der oberen Instanz nicht entzogen wird. Für die Appellation, den Rekurs sowie die Beschwerde braucht somit kein neues Gesuch gestellt zu werden. Die finanziellen Verhältnisse haben sich in der Zwischenzeit in der Regel ohnehin kaum geändert. Es ist Sache der Rechtsmittelinstanz, bei Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels die unentgeltliche Prozessführung zu entziehen. Ausgenommen ist die Revision, für die immer ein neues Gesuch zu stellen ist. Mangels Anwendbarkeit der vorliegenden Regelung auf das bundesgerichtliche Verfahren ist auch im Verfahren vor Bundesgericht ein neues Gesuch einzureichen.

**Art. 112**

Der Staat befreit eine Partei nicht definitiv von der Bezahlung von Prozesskosten. Er kann die Kosten zurückverlangen, wenn es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse nachträglich erlauben (**Abs. 1**). Dies trifft zu, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ausschliessen würden<sup>136</sup>. Auch der Prozessausgang kann zeigen, dass genügend Mittel zur Nachzahlung vorhanden sind<sup>137</sup>.

Der Vorentwurf äussert sich nicht darüber, welche Behörde eine Partei zur Nachzahlung auffordert und wer über die Nachforderung entscheidet. Dies ist Sache des kantonalen Rechts.

Der Nachzahlungsanspruch verwirkt 5 Jahre nach Abschluss des Verfahrens (**Abs. 2**). Es handelt sich hierbei um eine Verwirkungsfrist, die als solche weder gehemmt noch unterbrochen werden kann.

**8. Titel: Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen****1. Kapitel: Prozessleitung****Art. 113**

**Absatz 1** regelt einen allgemein anerkannten Grundsatz des schweizerischen Zivilprozessrechts. Während die Anrufung eines Gerichts der Partei überlassen ist, obliegt nach Einreichung der Klage die Leitung des Prozesses dem Gericht. Das

---

<sup>136</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 82 N 2 b.

<sup>137</sup> BGE 122 I 324 f. Erw. 2c.

Gericht ist für alles verantwortlich, was mit dem Verfahren im Zusammenhang steht. So zum Beispiel bestimmt es über den Ablauf des Verfahrens, leitet die Verhandlungen und lädt die Parteien und Zeugen vor. Die Parteien haben Anspruch darauf, dass ein Entscheid innert einer angemessenen Frist ergeht (Art. 29 Abs. 1 BV).

Gemäss **Absatz 2** kann das Gericht jederzeit versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Daneben können sich die Parteien natürlich auch aus eigenem Anlass einigen. Eine Lösung gestützt auf ein gegenseitiges Einverständnis, d.h. von beiden Parteien getragen, ist wünschenswert und muss daher gefördert werden.

#### **Art. 114**

Grundsätzlich obliegt dem erkennenden Gericht die Prozessleitung. Dies ergibt sich aus dem Unmittelbarkeitsprinzip, welches besagt, dass dem Gericht alle für den Entscheid erheblichen Umstände direkt zur Kenntnis gebracht werden müssen, damit eine eigenständige Wahrnehmung durch die einzelnen Richter gewährleistet ist. Jedoch kann ein Verfahren, welches für jeden Prozessakt die Anwesenheit des gesamten erkennenden Gerichts erfordert, sehr schwerfällig sein. Daher regeln einige kantonale Prozessordnungen die Übertragung von bestimmten Handlungen und Prozessabschnitten an ein einzelnes Mitglied des Gericht.

Auch **Absatz 1** regelt eine solche Übertragung der Prozessleitung, diese ist aber auf Vorbereitung der Hauptverhandlung beschränkt (Art. 217 ff.). Artikel 114 des Vorentwurfs sieht jedoch keine Übertragungspflicht vor, sondern überlässt dies dem Ermessen des Gerichts. Gegebenenfalls wird der Instruktionsrichter die Beweisverfügungen (Art. 218-219) erlassen und anlässlich der Vorbereitungsverhandlung die Beweise abnehmen (Art. 217).

**Absatz 2** räumt dem Gericht eine umfassende Kontrollbefugnis über die Verfügungen des Instruktionsrichters ein. Es kann diese auf eigene Initiative hin aufheben oder abändern, soweit es sich nicht um mit Rekurs anfechtbare Verfügungen handelt (z.B. eine Verfügung gemäss Art. 116 oder 117). In einem solchen Fall steht der Rechtsmittelbehörde eine vollständige Überprüfungsbefugnis zu (vgl. Art. 300). Ausserdem können die Parteien jederzeit verlangen, dass die Beweisabnahme durch das gesamte erkennende Gericht erfolgt (Art. 149 Abs. 2).

#### **Art. 115**

Der Stoff eines Prozesses ergibt sich aus der Klage und der Klageantwort. Es sind somit die Parteien, die den Prozessgegenstand innerhalb den Grenzen der Zulässigkeitsregeln bestimmen. Das Gericht muss seinerseits dafür sorgen, dass die Streitigkeiten ohne Verzug behandelt werden. Um dies durchführen zu können, muss das Gericht über geeignete Instrumente verfügen, die das Verfahren vereinfachen. Der Vorentwurf sieht hierzu bereits aus den kantonalen Prozessordnungen bekannte Instrumente vor. Das Gericht entscheidet nach seinem Ermessen über deren Anwendung.

Die **Buchstaben a und b** ermächtigen das Gericht, das Verfahren auf einzelne Fragen oder Rechtsbegehren zu beschränken. Da eine Vereinfachung des Verfahrens angestrebt wird, müssen diese Fragen oder Rechtsbegehren die Herbeiführung eines Endentscheids (Art. 228) oder Zwischenentscheids (Art. 229) erlauben. Das Gericht kann zum Beispiel das Verfahren auf die Prüfung der Prozessvoraus-



setzungen oder in einem Verantwortlichkeitsprozess auf die Frage der Verjährung beschränken.

Die **Buchstaben c und d** sehen die Trennung und Vereinigung von Klagen vor. Das Gericht kann entscheiden, ob es selbstständig eingereichte Klagen in einem Verfahren oder ob es mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Verfahren behandeln will. Die zu vereinigenden Klagen müssen Gemeinsamkeiten oder Zusammenhänge aufweisen, denn es soll vermieden werden, dass die gleichen Fragen Gegenstand verschiedener Prozesse sind. Genauso erfolgt eine Trennung, wenn die in einer Klage vereinigten Ansprüche den Prozess zu komplex gestalten würden und es zu lange dauern würde, sie gemeinsam zu behandeln.

**Buchstabe e** sieht die Möglichkeit vor, eine Widerklage in ein getrenntes Verfahren zu verweisen, selbst wenn sie zulässig ist. Auch diese Trennung muss darauf abzielen, dass die Widerklage den Prozess nicht zu sehr erschwert.

### Art. 116

Ist ein Verfahren einmal anhängig gemacht worden, soll es bis zu seinem Abschluss nicht mehr unterbrochen werden. In gewissen Fällen kann jedoch eine Sistierung des Verfahrens angebracht sein. So kann eine Sistierung von Gesetzes wegen erfolgen; zum Beispiel wenn eine Partei in Konkurs fällt (Art. 207 SchKG). Daneben muss ein Gericht eine Sistierung aussprechen können, ohne dass dies ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen ist. Artikel 36 Absatz 1 GestG sieht die Sistierung vor, wenn Klagen miteinander in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Die Sistierung ist in verschiedenen kantonalen Prozessordnungen für einzelne konkrete Fälle oder in grundsätzlicher Weise vorgesehen.

**Absatz 1** - der inhaltlich mit Artikel 36 Absatz 1 GestG übereinstimmt - enthält eine generelle Bestimmung, welche den Vorteil hat, dass das Gericht bei jedem einzelnen Prozess angesichts der Umstände über eine Sistierung entscheiden kann. Da die Gründe hierzu sehr unterschiedlich sind, ist ihre abschliessende Aufzählung nicht möglich. Die Sistierung hat aber einem Bedürfnis zu entsprechen. So muss ein objektiver Grund vorliegen, welcher die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich oder unzweckmässig macht.

Absatz 1 nennt beispielhaft zwei Fälle, die eine Sistierung des Verfahrens bewirken können. Der erste Fall bezieht sich auf ein bei einer anderen zivil-, straf- oder öffentlichrechtlichen Behörde hängiges Verfahren, bei dem eine für den sistierten Prozess ausschlaggebende Frage entschieden wird. Hier geht es darum, eine unnötige Fortsetzung des Prozesses zu vermeiden und eine Übereinstimmung zwischen den Entscheiden der verschiedenen Gerichtsbarkeiten zu garantieren. Das zweite Beispiel betrifft den Fall, bei dem sich die Parteien auf die Durchführung einer *Mediation* geeinigt haben. Die Mediation ist im Vorentwurf nicht geregelt, da sie über das Gebiet einer Zivilprozessgesetzgebung hinausgeht. Wesentlich ist aber, dass in den Fällen, in denen die Parteien eine Mediation durchführen möchten, das Gericht ihrem Wunsch folgt und dem Mediator vollen Handlungsspielraum gewährt. Die Beilegung einer Streitigkeit durch eine Einigung zwischen den Parteien soll unterstützt werden.

Das Gericht entscheidet über eine Sistierung nach seinem Ermessen. Gemäss **Absatz 2** können die Parteien den Entscheid über die Sistierung mit Rekurs anfechten; die Rechtsmittelbehörde überprüft mit voller Kognition.

**Art. 117**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 36 Absatz 2 GestG.

Die Parteien können gegen den Entscheid betreffend die Überweisung Rekurs erheben.

**Art. 118**

Keine Streitigkeit darf lange dauern, gewisse davon müssen aber so rasch als möglich entschieden werden. So schreibt **Absatz 1** dem Gericht vor, dringliche Sachen als solche zu bezeichnen und ausser der Reihe möglichst rasch zu behandeln.

**Absatz 2** enthält zwei bedeutsame Beispiele. **Buchstabe a** beinhaltet sämtliche SchKG-Klagen, für welche heute das beschleunigte Verfahren vorgesehen ist (Art. 25 Ziffer 1 SchKG). Nach dem geltenden Recht obliegt es den Kantonen die Einzelheiten zu regeln. In Zukunft wird das "beschleunigte Verfahren" in der Schweizerischen ZPO geregelt sein: Es handelt sich um ein ordentliches Verfahren - beschleunigt durch die Massnahmen nach Absatz 3. Ausserdem wird bei diesen SchKG-Klagen vorgängig kein Schlichtungsverfahren durchgeführt, was eine zusätzliche Beschleunigung garantiert (Art. 193 Abs. 2). Materiell bleibt also das "beschleunigte Verfahren" erhalten. **Buchstabe b** erwähnt die Streitigkeiten, bei denen eine nicht dringliche Behandlung zu einer Vergrösserung des Schadens führt.

**Absatz 3** überlässt es dem Gericht zu entscheiden, welche Massnahmen zur Beschleunigung des Verfahrens zu ergreifen sind. Es ist in jedem Fall diejenige Massnahme zu wählen, welche eine rasche Entscheidung erlaubt, dabei aber weder die Feststellung des Sachverhalts noch die Rechtsanwendung beeinträchtigt. Die **Buchstaben a und c** betreffen die Fristen, welche das Gericht strenger handhaben kann. **Buchstabe b** erwähnt den Ausschluss des zweiten Schriftenwechsels.

**Art. 119**

Die Verfahrensteilnehmer müssen sich dergestalt benehmen, dass sie den Gang des Verfahrens nicht beeinträchtigen. **Absatz 1** regelt diese Pflicht und sieht bei deren Verletzung gerichtlichen Sanktionen vor. Es sind nicht nur die Parteien, sondern auch deren Vertretung und Dritte (Zeugen und Begleitung) angesprochen.

**Absatz 2** ermächtigt das Gericht, nötigenfalls die Polizei beizuziehen.

**2. Kapitel: Formen des prozessualen Handelns****Art. 120**

Neben der Schriftlichkeit sieht **Absatz 1** für alle Eingaben der Parteien als gleichwertige Alternative die elektronische Form vor. Diese Form ist die ökonomischste und erlaubt, die Dauer einer Frist voll auszuschöpfen. Die elektronische Übermittlung wird allgemein anerkannt, wenn sie gewisse, in **Absatz 2** aufgestellte Voraussetzungen

erfüllt. Auch im Verfahren vor dem Bundesgericht ist sie zulässig<sup>138</sup>. Es ist daher folgerichtig, die elektronische Übermittlung auch in zivilprozessualen Verfahren vor kantonalen Gerichten vorzusehen. Damit überhaupt eine Kommunikation auf elektronischem Weg möglich ist, muss das Gericht über die entsprechende Infrastruktur verfügen. Dies stellt wiederum eine Investition dar, welche dem Gericht nicht aufgezungen werden darf. Dasselbe gilt für die Parteien.

Der Vorentwurf legt die Voraussetzungen fest, unter denen die elektronische Form zulässig ist. Er folgt dabei der in Artikel 39 Absatz 4 BGG vorgesehenen Lösung. Die elektronisch übermittelten Eingaben müssen mit einer anerkannten elektronischen Signatur versehen sein<sup>139</sup>. Ihre Vollständigkeit und ihre Echtheit sind dadurch gewährleistet. Ebenfalls müssen sie in einem für das Gericht lesbaren Format übermittelt werden. Da Bestimmung des Formats der Übermittlung eine technische Frage ist, wird deren Regelung dem Bundesrat überlassen. Das Format wird so für alle Kantone identisch sein und wird mit demjenigen, welches das Bundesgericht wählen wird, koordiniert werden können.

**Absatz 3** erlaubt dem Gericht trotz allem, eine Eingabe in Papierform zu verlangen. Es kann so allfällige Schwierigkeiten beheben, die sich durch eine elektronische Übermittlung ergeben können.

#### **Art. 121**

Diese Bestimmung übernimmt die allgemein anerkannten Regeln betreffend die einzureichende Anzahl Eingaben. Die genügende Anzahl hängt vom konkreten Prozess ab. Sie enthält die Kopien für das Gericht und die anderen Parteien. Im Falle einer ungenügenden Anzahl hat das Gericht die Wahl, auf Kosten der Partei zusätzliche Kopien erstellen zu lassen oder ihr eine Nachfrist zur Einreichung ansetzen. Das Gericht wählt die hinsichtlich der Dauer der Handlung einfachere Lösung.

#### **Art. 122**

Der Vorentwurf hält den Gebrauch der offiziellen Amtssprache des Kantons für Eingaben und mündliche Vorträge der Parteien fest (**Abs. 1**). Es wird den Kantonen mit mehreren Amtssprachen überlassen, den Gebrauch der Sprache zu regeln. Sie können zum Beispiel eine Wahl zwischen den Amtssprachen oder einen regionalen Gebrauch vorsehen.

**Absatz 2** lässt demgegenüber den Gebrauch einer anderen Sprache zu, wenn das Gericht und die Gegenpartei zustimmen. Unter diesen Umständen besteht kein Grund, den Gebrauch der Amtssprache aufzuerlegen. So könnte zum Beispiel ein französischsprachiger Anwalt in einem deutschschweizerischen Kanton in französisch prozessieren, wenn das Gericht und die Gegenpartei damit einverstanden sind.

---

<sup>138</sup> Vgl. grundsätzlich Ziffer 2.6 der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4259, und Artikel 39 Absatz 4 BGG.

<sup>139</sup> Für die Anforderungen an diese Signatur und die Gleichwertigkeit zur schriftlichen Form vgl. die Botschaft zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, BBl 2001 5679.

**Art. 123**

Diese Bestimmung betrifft die formellen Mängel einer Eingabe; sie entspricht der Lösung des BGG (vgl. dort Art. 31 Abs. 5 und 6). **Absatz 1** erlaubt der Partei, welche eine mit formellen Mängeln behaftete Eingabe macht, diese innert einer angemessenen gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt. **Absatz 2** unterstellt unleserliche, ungebührliche und unverständliche Eingaben derselben Regelung.

**Art. 124**

Die Vorladung durch das Gericht erfolgt schriftlich muss zwingend bestimmte, in den Buchstaben a bis f aufgezählte Angaben enthalten. Es handelt sich hierbei um für die vorgeladene Person wichtige Informationen wie die Folgen eines Nichterscheinens. Die Vorladung kann sich an die Partei oder an andere Personen, welche vor dem Gericht zu erscheinen haben (Zeugen, sachverständige Person etc.), richten. Sie muss gemäss den Artikeln 128 ff. zugestellt werden.

**Art. 125**

Die betreffende Person muss so früh als möglich über ihre Erscheinungspflicht vor dem Gericht informiert werden. Die vorgesehene Frist von 10 Tagen beginnt vom Zeitpunkt des Versands und nicht bei Erhalt der Vorladung durch den Adressaten zu laufen. So kann das Gericht den Ablauf der Frist berechnen und das Datum der Vorladung präzise bestimmen. Wird die Zustellung der Vorladung verzögert, kann die davon betroffene Person um Verschiebung des Erscheinungsdatums auf einen späteren Zeitpunkt ersuchen (Art. 126).

**Art. 126**

Nach dieser Bestimmung kann der Erscheinungstermin verschoben werden. Eine erste Verschiebung ist möglich bei zureichenden Gründen, eine zweite hingegen nur bei Vorliegen von wichtigen Gründen oder der Zustimmung der Gegenpartei bzw. der Parteien bei der Vorladung eines Dritten (so auch Art. 137 Abs. 2).

**Art. 127**

**Absatz 1** definiert entsprechend der heutigen Praxis den Inhalt gerichtlicher Entschiede (vgl. Art. 227 ff.):

- Die **Buchstaben a-c** umschreiben das Rubrum.
- Dann wird die Streitigkeit durch Nennung der Rechtsbegehren, des Streitwerts und des Streitgegenstandes bezeichnet (**Bst. d**).
- Es folgen das Dispositiv (**Bst. e**), die Angabe der Personen und Behörden, denen der Entscheid zuzustellen ist (**Bst. f**), und die Unterschrift des Gerichts (**Bst. i**).

Falls die Parteien auf das Rechtsmittel verzichten (Art. 231), hat es damit sein Bewenden. Andernfalls enthält der Entscheid weiter:

- Die Entscheidungsgründe mit gedrängter Darstellung der behaupteten Tatsachen und des Beweisergebnisses (**Bst. g**). Indem ausdrücklich eine gedrängte Darstellung vorgeschrieben wird, soll sich das Gericht auf das zur Verständlichkeit des Entscheids Notwendige beschränken.
- **Buchstabe h** sieht schliesslich die Angabe der Rechtsmittelbelehrung vor.

**Absatz 2** gibt dem Gericht die Möglichkeit, Minderheitsmeinungen im Entscheid darzustellen. Dies steigert die Transparenz eines Entscheids und kann dessen Akzeptanz begünstigen. Gleichzeitig können die Parteien dadurch aber auch ermutigt werden, den Entscheid anzufechten. Eine Minderheitsmeinung wird nur nach Ermessen des Gerichts dargestellt. Ausserdem muss die Meinung nicht zwingend im Entscheid dargelegt werden. Dieser kann sich auf einen entsprechenden Verweis auf die Akten beschränken.

### Art. 128

Als Beispiele werden die wichtigsten Verfahrensurkunden, welche gerichtlich zustellen sind (Art. 130 ff.), genannt. Ist die Zustellungsform gewahrt, kann der Adressat nicht mehr einwenden, er habe die Sendung nicht erhalten.

### Art. 129

Die direkte Zustellung einer Urkunde an die betreffende Partei ist nicht sinnvoll, wenn sie die Verfahrensführung einer Vertretung übertragen hat, denn sie müsste jede Urkunde ihrem Vertreter zur Kenntnis bringen. **Absatz 1** sieht daher für solche Fällen die direkte Zustellung an die Vertretung vor.

Eine Ausnahme hiervon regelt **Absatz 2** bezüglich Vorladungen zum persönlichen Erscheinen. Diese müssen neben der Zustellung an den Vertreter auch direkt der Partei zugestellt werden, es sei denn, sie lebt im Ausland und hat kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet (Art. 132 Abs. 2).

### Art. 130

**Absatz 1** regelt die verschiedenen Zustellungsformen. Vorab wird die eingeschriebene Postsendung genannt, die in der Praxis häufigste Übermittlungsart. Daneben sind auch andere Formen möglich unter der Bedingung, dass eine Empfangsbestätigung unterzeichnet wird. Die Urkunde kann auch durch einen Boten (z.B. Gerichtsdienstler) oder, falls nötig, durch die Polizei überbracht werden. Die Zustellung richtet sich direkt an den Adressaten, selbst wenn dieser in einem anderen Kanton lebt. Dies ist bereits heute für die Postzustellung vorgesehen<sup>140</sup>.

**Absatz 2** entspricht der geltenden Rechtsprechung, wonach die Zustellung einer Urkunde anzunehmen ist, auch wenn sie nicht an den Adressaten persönlich, sondern an eine Person aus seinem Umfeld erfolgt. Es muss sich dabei um eine angestellte oder im gleichen Haushalt lebende, mindestens 16-jährige Person handeln, damit garantiert ist, dass die Urkunde ohne Verzug an den Adressaten übergeben wird. Die Urkunde kann zum Beispiel an den Ehegatten, an ein volljähriges Kind oder an die Sekretärin des Adressaten ausgehändigt werden.

---

<sup>140</sup> Vgl. Art. 6 des Konkordats über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen; SR 274.

**Absatz 3** beschreibt diejenigen Situationen, in denen es sich rechtfertigt, eine Zustellung als erfolgt anzunehmen, selbst wenn die Urkunde nicht übergeben werden konnte.

- **Buchstabe a** übernimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die eingeschriebene Postsendung, welche nicht zugestellt werden konnte und nicht abgeholt worden ist. Die Zustellung gilt am siebten Tag nach dem missglückten Zustellungsversuch als erfolgt. Vorausgesetzt wird indessen, dass der Adressat mit einer Zustellung rechnen muss, was zum Beispiel bei einer Partei eines hängigen Prozesses, nicht aber bei einer Person, welche als Zeuge angerufen wird und während zwei Wochen in den Ferien verweilt, der Fall ist.
- **Buchstabe b** lässt entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu, dass die Zustellung als erfolgt gilt, wenn der Adressat zwar anwesend ist, aber die Annahme verweigert.
- Gemäss **Buchstabe c** muss eine Person, die sich daraus ergebenden Konsequenzen tragen, wenn sie während des Verfahrens ihre Adresse ändert, ohne dies bekannt zu geben. Deshalb gilt eine Zustellung an die alte Adresse als erfolgt.

### Art. 131

Wie für die Eingaben der Parteien an das Gericht (Art. 120) gestattet der Vorentwurf dem Gericht, seine Urkunden auf elektronischem Weg zuzustellen und so die administrativen Kosten zu senken. Auch hier handelt es sich um eine Befugnis der Gerichte und nicht um eine Verpflichtung. Sie sind somit nicht gehalten, die entsprechende Infrastruktur für eine elektronische Kommunikation einzurichten. Die Adressaten von zuzustellenden Urkunden sind ebenfalls nicht verpflichtet, eine Adresse für elektronische Zustellungen zu haben. Heute besteht zur postalischen Adresse kein elektronisches Äquivalent und dies kann auch nicht mittels einer eidgenössischen Zivilprozessordnung erreicht werden. Die hier gewählte Lösung folgt derjenigen des BGG<sup>141</sup>.

**Absatz 1** verlangt das vorgängige Einverständnis der von der Zustellung betroffenen Person. Diese Zustimmung beschränkt sich grundsätzlich auf das hängige Verfahren, sie kann aber auch in genereller Weise erfolgen, so zum Beispiel bei Anwälten, welche regelmässig mit Gerichtsbehörden verkehren.

**Absatz 2** delegiert die Regelung der Einzelheiten betreffend die elektronische Zustellung an den Bundesrat. Es wird darum gehen, wie für die Parteieingaben (Art. 120 Abs. 2) das Format des zuzustellenden elektronischen Dokuments zu bestimmen.

### Art. 132

Die Zustellung ins Ausland ist ein Anwendungsfall der internationalen gerichtlichen Zusammenarbeit, welche in Artikel 11 IPRG (vgl. Anhang Ziffer 17) geregelt ist.

**Absatz 1** verweist auf die vorrangige Anwendung internationaler Übereinkommen<sup>142</sup> und die Zuständigkeit des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes.

---

<sup>141</sup> Vgl. Art. 56 Absatz 3 BGG.

<sup>142</sup> Insb. das Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen; SR 0.274.131.

Die Zustellung muss nicht am ausländischen Wohnsitz des Adressaten erfolgen, wenn dieser ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (zum Beispiel an der Adresse seines Vertreters; **Abs. 2**). Bei Streitigkeiten, welche die Gültigkeit der Eintragung von Immaterialgüterrechten betreffen, erfolgt die Zustellung am Geschäftssitz des im Register eingetragenen Vertreters, falls kein anderes Zustellungsdomizil bezeichnet worden ist (**Abs. 3**). Dies entspricht dem geltenden Recht.

### **Art. 133**

Die Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung erfolgt nur dann, wenn die anderen Zustellungsformen nicht möglich sind. Sie besteht gemäss **Absatz 1** aus einer Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt, das Gericht kann sich aber auch für eine andere und zweckmässigere Art entscheiden (**Abs. 3**). Zum Beispiel kann es die Anzeige in einer anderen Zeitung publizieren.

Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist und zumutbare Nachforschungen nichts ergeben haben (**Bst. a**). Diese letzte Voraussetzung, welche bereits aus dem kantonalen Recht und aus der Praxis zu Artikel 66 SchKG bekannt ist, beinhaltet namentlich, dass die Parteien hinreichende Nachforschungen betrieben haben. Gemäss **Buchstabe b** erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung, wenn eine Zustellung ins Ausland unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden ist, oder wenn sich der Adressat trotz mehrfacher Versuche einer Zustellung entzieht (**Bst. c**).

**Absatz 3** bestimmt den Tag der Zustellung auf den Tag der Bekanntmachung.

## **3. Kapitel: Fristen, Säumnis und Wiederherstellung**

### *Vorbemerkung*

Im Interesse des Rechtsfriedens müssen die Prozesse beförderlich durchgeführt werden können – ein ganz zentrales Anliegen einer jeden modernen Verfahrensordnung und auch des Vorentwurfs. Die prozessualen Zeitbestimmungen können somit eine gewisse Strenge nicht vermeiden – gerade auch im Interesse der Parteien! –, gemildert allerdings durch Korrekturmöglichkeiten (Fristerstreckung, Wiederherstellung).

Zu beachten ist die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen. Die Dauer der gesetzlichen Fristen wird durch das Gesetz bestimmt; sie können nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen abgekürzt oder erstreckt werden (z.B. Rechtsmittelfristen). Richterliche Fristen werden vom Gericht jeweils im Einzelfall festgesetzt und können ganz allgemein aus zureichenden Gründen erstreckt werden (z.B. im Rahmen der Prozessleitung angesetzte Fristen).

### **Art. 134**

Die vorgeschlagenen Berechnungsregeln entsprechen geläufigen Vorbildern (**Abs. 1 und 2**; vgl. etwa Art. 32 OG, 31 SchKG).

Besonders hinzuweisen ist auf **Absatz 3**: Massgebend ist die Feiertagsordnung am Gerichtsort. Damit werden lokale Feiertage anerkannt und dem Umstand Rechnung

getragen, dass in ein und demselben Kanton regional verschiedene Feiertagsregelungen bestehen<sup>143</sup>.

Nicht ausdrücklich zu regeln ist der Fall, in dem eine Frist nach Jahren bestimmt wird (zum Beispiel Art. 521, 533 ZGB): Für das Fristende gilt dann Artikel 77 Absatz 1 Ziffer 3 OR.

### Art. 135

Die Regelung von **Absatz 1** entspricht geltendem Recht (vgl. etwa Art. 32 Abs. 3 OG; 12 IPRG).

**Absatz 2** betrifft die rechtzeitige Zahlung an das Gericht. Die Frist ist gewahrt, wenn die verpflichtete Partei den Zahlungsauftrag erstens innert Frist und zweitens zur sofortigen Ausführung einer Bank mit Niederlassung in der Schweiz oder der schweizerischen Post abgeschickt hat. Es ist also nicht mehr – wie oft nach heutiger Praxis – auf den (unberechenbaren) Zeitpunkt abzustellen, in dem der Betrag dem Gericht gutgeschrieben wird<sup>144</sup>. Die Regelung gilt für alle Arten von Zahlungen an das Gericht.

### Art. 136

Diese Bestimmung entspricht der Regelung des BGG (vgl. dort Art. 44 Abs. 2). Die Voraussetzungen elektronischer Eingaben werden in Artikel 120 geregelt.

### Art. 137

Die Bestimmung regelt die Erstreckung von Fristen. Dabei wird zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen unterschieden. Gesetzliche Fristen sind nicht erstreckbar; auch das prozessleitende Gericht ist an sie gebunden (**Abs. 1**).

Demgegenüber können richterliche Fristen grundsätzlich erstreckt werden (**Abs. 2**). Ein Fristerstreckungsgesuch kann aber nur bei Vorliegen *zureichender Gründe* bewilligt werden (z.B. Krankheit, Hospitalisierung, Todesfall, Militärdienst, Verhaftung, Abwesenheit, Arbeitsüberlastung, Weitläufigkeit der Sache, Auslandsaufenthalt usw.). Es ist also jeweils auf den Einzelfall abzustellen, und es sind die konkreten Umstände nach Recht und Billigkeit zu würdigen. Der Gesuchsteller muss die geltend gemachten Verlängerungsgründe glaubhaft machen.

Die Regelung ist insofern restriktiv, als grundsätzlich nur eine einzige Fristerstreckung in Frage kommt. Weitere Fristverlängerungen sind nur unter zwei engeren alternativen Voraussetzungen zulässig: Vorliegen *wichtiger Gründe* oder *Zustimmung* der Gegenpartei. Damit soll der Prozessverschleppung Einhalt geboten werden. Zu beachten ist, dass ein „zureichender“ Grund (erste Erstreckung) – je nach Intensität – später durchaus auch einen „wichtigen“ Grund für eine weitere Erstreckung abgeben kann (z.B. fortbestehende Krankheit, sehr komplexer Fall).

---

<sup>143</sup> So ist im Kanton Zürich der Fasnachtsmontag auf dem Land gesetzlicher Feiertag, nicht aber im Bezirk Zürich.

<sup>144</sup> Vgl. für die nicht mehr zeitgemässe Praxis BGE 55 II 200 ff. und BGE 114 Ib 67; gemäss diesem Urteil genügt ein rechtzeitiger Zahlungsauftrag an eine Bank nicht. Verschiedene kantonale Gerichte sind dieser Praxis nicht gefolgt, vgl. BJM 1970 S. 161.



### Art. 138

**Absatz 1** definiert die Gerichtsferien, ein Institut, welches mit Ausnahme der beiden Halbkantone Basel alle Kantone kennen<sup>145</sup>. Die Gerichtsferien decken ein praktisches Bedürfnis nicht nur der Gerichte, sondern auch der Parteien und vor allem der kleineren Anwaltskanzleien. Der Stillstand der Fristen betrifft dabei die gesetzlichen und die richterlichen Fristen. Die vorgeschlagene Regelung entspricht jener des BGG (vgl. dort Art. 42).

Es gibt jedoch Verfahren, die keinen Aufschub ertragen (**Abs. 2**). Dies gilt für das Schlichtungsverfahren, das summarische Verfahren und für dringlich erklärte Sachen. Der gesetzliche Ausnahmenkatalog ist abschliessend.

Das Gericht muss die Parteien auf eine solche Ausnahme hinweisen (**Abs. 3**). Es handelt sich hierbei nicht lediglich um eine Ordnungsvorschrift, sondern dieser Hinweis ist konstitutiv für den ausnahmsweisen Fristenlauf während der Gerichtsferien<sup>146</sup>. Wird er unterlassen, so stehen die Fristen still.

### Art. 139

Gerichtliche Zustellungen während des Friststillstands sind grundsätzlich möglich. Doch beginnt dann eine mitgeteilte Frist – gleichgültig, ob eine gesetzliche oder eine richterliche – erst am ersten Tag nach Ende des Stillstands zu laufen. Erfolgt also beispielsweise die gerichtliche Zustellung eines Urteils am 10. August, so beginnt die Rechtsmittelfrist am 16. August zu laufen.

### Art. 140

Während der Gerichtsferien finden grundsätzlich keine Gerichtsverhandlungen statt. Darunter werden nicht nur Klage, Klageantwort, Vorbereitungshandlung, Hauptverhandlung usw. verstanden, sondern auch Beweiserhebungen und Referentenaudienzen. Ausnahmen bedürfen des ausdrücklichen Einverständnisses der Parteien und Nebenparteien. Zu beachten ist stets, dass ein Verzicht auf den Schutz der Gerichtsferien nur dann rechtswirksam ist, wenn er klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird<sup>147</sup>.

### Art. 141

Hier werden die besonderen Fristenregelungen des SchKG vorbehalten (insb. Art. 31 ff. sowie Art. 56 ff. SchKG). Der Vorbehalt ist jedoch restriktiv auszulegen: Er soll nur für die eigentlichen SchKG-Verfahren gelten (betreibungsrechtliche Summarsachen und Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern). Für die materiellrechtlichen und gemischtrechtlichen SchKG-Klagen (z.B. Kollokationsklage, Aussonderungsklage, Paulianische Anfechtungen usw.) hingegen gilt das Fristenrecht der ZPO.

---

<sup>145</sup> Betreffend Bedeutung und Tragweite der Gerichtsferien im Allgemeinen vgl. Hauser/Schweri, S. 484 f.

<sup>146</sup> So auch Hauser/Schweri, S. 486.

<sup>147</sup> Hauser/Schweri, S. 486.

## Art. 142

**Absatz 1** enthält eine Legaldefinition der Säumnis: Verpassen einer Prozesshandlung durch eine Partei.

Säumnis darf den Fortgang des Verfahrens nicht hindern. Sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, hat sie deshalb nur zur Folge, dass das Verfahren unbesehen davon seinen Fortgang nimmt (**Abs. 2**). Besondere Folgen sieht das Gesetz insbesondere in den Artikeln 90 und 91 (Vorschüsse, Sicherheitsleistung), 123 (mangelhafte Eingabe), 145 (Beweisabnahme), 200 (Schlichtungsverfahren), 212 (Klageantwort) und 225 (Hauptverhandlung) vor.

Nach dem Prinzip von Treu und Glauben hat das Gericht die Parteien auf die Säumnisfolgen jeweils hinzuweisen (**Abs. 3**). Wird dies unterlassen, ist Säumnis grundsätzlich ausgeschlossen.

## Art. 143

Die Wiederherstellung ist ein Ventil gegen zu rigorosen prozessrechtlichen Formalismus zugunsten der materiellen Wahrheitsfindung. Auf Bundesebene war sie bisher eher streng geordnet: Verlangt wird durchwegs ein unverschuldetes Hindernis (Art. 35 OG, vgl. auch Art. 33 SchKG). In Anlehnung an das Recht vieler kantonaler Prozessordnungen<sup>148</sup> – und in bewusster Abweichung von der Regelung im BGG (vgl. dort Art. 46) – schlägt der Vorentwurf eine gewisse Lockerung vor: Leichtes Verschulden der Partei oder ihrer Vertretung soll die Wiederherstellung nicht ausschliessen (**Abs. 1**). Bei grobem Verschulden ist jedoch jegliche Wiederherstellung ausgeschlossen. Dadurch wird eine Schranke gegen liederliches Prozessieren errichtet. Die Unterscheidung zwischen grobem und leichtem Verschulden ist nicht immer einfach und lässt sich im Einzelfall nur durch das Ermessen des Richters bestimmen<sup>149</sup>. Die Partei hat ihre Schuldlosigkeit oder ihr nur leichtes Verschulden nicht voll zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen.

Weil der Prozess durch Säumnis nicht verschleppt werden darf, ist das Gesuch um Wiederherstellung innert kurzer Frist (10 Tage) seit Wegfall des Hindernisses einzureichen (**Abs. 2**). In Bezug auf die Frist ist der Vorentwurf bewusst strenger als das BGG, das 30 Tage gewährt (vgl. dort Art. 46). Versäumte Prozesshandlungen sind gleichzeitig nachzuholen (z.B. Einreichung der Klageantwort zusammen mit dem Wiederherstellungsgesuch; gleichzeitiger Zahlungsauftrag für den Kostenvorschuss). Prozesshandlungen, welche die betroffene Partei nicht selber vornehmen kann (z.B. Beweismassnahmen), werden nach Bewilligung der Wiederherstellung durchgeführt.

**Absatz 3** ist die Rechtsgrundlage für die Wiederherstellung gegen Säumnisurteile. Die Lehre spricht dabei vom „Reinigungsgesuch“. Dieses Institut kennt annähernd die Hälfte der Kantone, weshalb es sich rechtfertigt, es mit der gebotenen Zurückhaltung auch auf Bundesebene zu verankern<sup>150</sup>. Aus Gründen der Rechtssicherheit

<sup>148</sup> Vgl. Zusammenstellung bei Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 9. Kap. N 100.

<sup>149</sup> Dazu und allgemein zur Unterscheidung grobes/leichtes Verschulden vgl. Hauser/Schweri, S. 723 ff.

<sup>150</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 9. Kap. N 105.

kann um die Wiederherstellung gegen ein Säumnisurteil jedoch nicht beliebig lange ersucht werden, sondern nur binnen eines Jahres seit Rechtskraft.

#### **Art. 144**

Diese Bestimmung regelt das Verfahren der Wiederherstellung. Es handelt sich – im Interesse eines beförderlichen Prozessgangs und in Entsprechung zum Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung (Art. 143 Abs. 1) – um ein summarisches Verfahren. Das Gericht entscheidet dabei ohne mündliche Verhandlung.

### **9. Titel: Beweis**

#### *Vorbemerkung*

Zunächst drängt sich eine Bemerkung zum Aufbau dieses Titels auf. Rein systematisch betrachtet müsste wohl das Recht auf den Beweis am Anfang stehen. Indessen darf nicht der Eindruck erweckt werden, eine Prozesspartei habe Anspruch auf Abnahme sämtlicher von ihr angebotenen Beweismittel. Effektiv erstreckt sich das Recht zum Beweis nur, aber immerhin, auf die Abnahme tauglicher Beweisangebote zum Beweisthema. Deshalb wird zunächst der Gegenstand des Beweises geregelt und erst hernach das Recht zum Beweis normiert.

Materiell übernimmt der Vorentwurf vertraute Regeln aus kantonalem Recht und Bundesrecht.

#### **1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen**

#### **Art. 145**

Gegenstand des Beweises bilden – kumulativ – rechtserhebliche und streitige Tatsachen (**Abs. 1**). Rechtserheblich sind Tatsachen, von deren Richtigkeit der Entscheid in der Sache oder das Vorhandensein einer Prozessvoraussetzung abhängt<sup>151</sup>. Aus der Verhandlungsmaxime, welche den ordentlichen Prozess prägt, folgt, dass nur über streitige Tatsachen Beweis abzunehmen ist.

Grundsätzlich sind alle Tatsachen, die nicht zugestanden sind, streitig (**Abs. 2**). Das Zugeständnis kann ausdrücklich oder stillschweigend (konkludent) erfolgen. Ein konkludentes Zugeständnis liegt jedoch nicht bereits vor, wenn die Gegenpartei zu einer behaupteten Tatsache einfach schweigt. Vielmehr hat es sich aus dem Zusammenhang zu ergeben.

Dass als streitige Tatsache gilt, was vor Gericht nicht zugestanden wird, folgt aus Artikel 8 ZGB. Danach obliegt es jener Partei, welche die Beweislast trägt, die fragliche Tatsache zu behaupten und zu beweisen. Dies gilt jedenfalls im Anwendungsbereich der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime, welche den or-

---

<sup>151</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 133 N 3; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Bem. vor Art. 212.

entlichen Prozess beherrschen. Unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime hingegen ersetzt das Zugeständnis den Beweis nicht zwingend.

Bestehen Zweifel an der Richtigkeit einer einseitig behaupteten, von der Gegenpartei infolge Säumnis aber nicht bestrittenen Tatsache, so kann das Gericht – in Abweichung von der Verhandlungsmaxime – zur Feststellung des wahren Sachverhaltes gleichwohl Beweiserhebungen anordnen (**Abs. 3**). Solche drängen sich auf, wenn das Gericht befürchtet, seinen Entscheid auf einen unzutreffenden Sachverhalt abstützen zu müssen. Mit der entsprechenden Beweiserhebung wird verhindert, dass eine Partei die Säumnis der andern treuwidrig ausnützt.

Übung und Ortsgebrauch nehmen eine Mittelstellung ein zwischen Tatsachen und Rechtssätzen<sup>152</sup>. Eine Partei, die sich auf Übung oder Ortsgebrauch beruft, hat Bestand und Inhalt nachzuweisen. Insoweit können Übung und Ortsgebrauch Beweisgegenstand sein (**Abs. 4**).

Nach dem Grundsatz von Artikel 16 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts durch das Gericht von Amtes wegen festzustellen. Absatz 1 der genannten Bestimmung sieht jedoch eine Ausnahme vor: Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann den Parteien der Nachweis des ausländischen Rechts überbunden werden. Dieser Nachweis hat nach den Regeln und in den Formen des Beweisverfahrens zu erfolgen.

#### **Art. 146**

Tatsachen, die alle kennen oder an deren Vorhandensein vernünftigerweise nicht gezweifelt werden kann, sowie Umstände, die der allgemeinen sicheren Wahrnehmung zugänglich sind, dürfen im Prozess als bekannt vorausgesetzt und brauchen deshalb nicht bewiesen zu werden. Dasselbe gilt für Tatsachen und Vorgänge, die das Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit her kennt.

Nicht beweisbedürftig sind ferner die auf allgemeiner Lebenserfahrung oder auf Erfahrungssätzen der Kunst, der Wissenschaft, des Handels usw. beruhenden Erkenntnisse, soweit sie nicht nur für den konkreten Fall Bedeutung haben, sondern weitergehend die Funktion von Normen erfüllen<sup>153</sup>.

#### **Art. 147**

Das Recht auf Beweis ist wesentlicher Ausfluss des rechtlichen Gehörs (Art. 48). Es schliesst die Befugnis ein, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, sofern das Beweismittel tauglich ist und nach Inhalt, Form und Frist der ZPO entspricht (**Abs. 1**)<sup>154</sup>. Ein Anspruch auf Abnahme von Beweisen besteht allerdings nur in Bezug auf das jeweilige Beweisthema.

**Absatz 2** betrifft die so genannte antizipierte Beweiswürdigung: Damit ist gemeint, dass das Gericht beantragte Beweismitteln ablehnen darf, wenn es sie entweder zum vorneherein nicht für geeignet hält oder weil es seine Überzeugung bereits aus

<sup>152</sup> BK-Peter Liver, Art. 5 ZGB N 67; Deschenaux, SPR II, S. 45 ff.

<sup>153</sup> BGE 123 III 243, 120 II 99, 117 II 258; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 217/218 N 1 und 2; Frank/Sträuli/Messmer, § 133 N 12.

<sup>154</sup> BGE 122 III 223 m.w.H.

andern Beweismitteln gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgebenden Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermögen<sup>155</sup>.

Grundsätzlich sollen Beweismittel, die in Verletzung von Rechtsnormen beschafft worden sind, keine Berücksichtigung finden; denn es erscheint widersprüchlich, wenn sich die Justiz auf Unrecht abstützt (**Abs. 3**). Andererseits ist es problematisch, rechtswidrig beschaffte Beweismittel überhaupt auszuschliessen, vor allem, wenn es sich beim betreffenden Beweismittel um das einzige handelt und dieses prozessentscheidende Bedeutung hat. Daher kann kein absolutes Verbot aufgestellt werden; vielmehr muss die fallgerechte Lösung der Praxis überlassen bleiben. Im Einzelfall hat das Gericht somit eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung und dem Grundsatz, dass Unrecht nicht der Durchsetzung von Recht dienen darf. Bei dieser Güterabwägung hat sich das Gericht allerdings von der Überlegung leiten zu lassen, wonach in der Regel keine rechtswidrig erlangten Beweismittel verwendet werden dürfen. Davon darf aber dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn ein Beweisnotstand vorliegt.

#### Art. 148

Im Sinne einer Negativabgrenzung ist festzuhalten, dass es hier nicht um die in Artikel 8 ZGB geregelte Beweislastregel für das materielle Recht geht, sondern nur um die Beweislastverteilung in Bezug auf die Geltendmachung *prozessualer* Rechte. Erachtet beispielsweise eine Partei die Stellung eines Beweisantrages oder die Einlegung eines Rechtsmittels als verspätet und wird dies von der Gegenpartei bestritten, so stellt sich die Frage nach der Beweislastverteilung. Für solche Fälle regelt die vorliegende Bestimmung die Verteilung der Beweislast.

#### Art. 149

Erfahrungsgemäss ist die Durchführung der Beweisabnahme zu vielgestaltig, als dass dafür eine einzige Vorgehensweise gefunden werden könnte. Der Vorentwurf sieht deshalb ein Mischsystem von direkter und indirekter Beweisabnahme vor. Auch wenn das Unmittelbarkeitsprinzip der „Lebensnerv der Beweiswürdigung“ ist<sup>156</sup>, gilt es nicht automatisch für alle Fälle. Sachliche Gründe können eine mittelbare Beweisabnahme, in der Regel durch eine Delegation des Gerichts, nahelegen (**Abs. 1**): So bei zeit- und kostenaufwendigen Erhebungen an Ort und Stelle. Beispielsweise wäre die Vornahme eines Augenscheins durch das erkennende Kollegialgericht in der Karibik unverhältnismässig. Weiter erscheint die Anhörung von Kindern im Rahmen familienrechtlicher Verfahren durch eine Delegation des Gerichts sachgerecht. Allerdings haben die Parteien die Möglichkeit, auf der unmittelbaren Beweisabnahme durch das erkennende Gericht zu bestehen (**Abs. 2**).

Das Recht zur Mitwirkung der Parteien am Beweisverfahren und der Anspruch, zur Beweisführung Stellung zu nehmen, sind ebenfalls Ausfluss des rechtlichen Gehörs (**Abs. 3**)<sup>157</sup>. Dasselbe gilt für den Anspruch der Parteien, sich auch zum Beweisergebnis zu äussern, was systemgerecht in Artikel 223 geregelt ist.

<sup>155</sup> BGE 125 I 430, 124 V 94, 124 I 211, 122 III 219, 122 II 469, 121 I 112 und 308.

<sup>156</sup> Kummer, S. 83.

<sup>157</sup> BGE 124 I 241, 121 V 150, 119 Ia 261, 118 Ia 17.

**Art. 150**

Das Gericht soll seine Überzeugung auf das Ergebnis der Beweisabnahme stützen, aber auch das Verhalten der Parteien im Prozess mitberücksichtigen. Dazu gehört insbesondere auch die Vereitelung von Beweisen durch Verweigerung von Aussagen oder Zurückhalten von Beweismitteln (vgl. dazu Art. 155 Abs. 3).

**Art. 151**

Eine rasche Sachverhaltsfeststellung kann notwendig werden, wenn die spätere Beweisabnahme erschwert oder gar unmöglich wäre. Dies hat die interessierte Partei glaubhaft zu machen (**Abs. 1**). Beispiele: Beweisgefährdung wie der drohende Verlust eines Beweismittels (schwere Erkrankung eines Zeugen, Einsturzgefahr bei einem Gebäude usw.). Die Beweissicherung ist im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen anzuordnen (**Abs. 2**; Art. 275 ff.).

Der Beweissicherung dient auch die gerichtliche Zustellung privatrechtlicher Willenserklärungen bei unbekannter Abwesenheit des Adressaten (**Abs. 3**)<sup>158</sup>. In der Regel kann diese Zustellung unmittelbar auf dem Wege der Publikation (Art. 133) erfolgen; das Gericht muss also zuvor nicht noch vergebliche Zustellungsversuche unternehmen. Durch die Publikation wird der Zugang der betreffenden Erklärung (z.B. einer Vertragskündigung) fingiert.

**2. Kapitel: Mitwirkungspflicht und Verweigerungsrecht****Mitwirkungspflicht***Vorbemerkung*

Der Vorentwurf sieht sowohl für die Parteien wie auch für Drittpersonen eine grundsätzliche Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung vor. Gegenüber Dritten handelt es sich dabei um eine echte Pflicht: Ihre Verletzung kann Strafe oder zwangsweise Durchsetzung zur Folge haben. Weniger weit geht die Mitwirkungspflicht für die Parteien: Ihre Verletzung wird lediglich bei der Beweiswürdigung „geahndet“: Für die Parteien ist die Mitwirkungspflicht daher lediglich eine so genannte prozessuale Last.

Die Mitwirkungspflicht steht jeweils unter dem Vorbehalt spezieller Verweigerungsrechte. Diese tragen möglichen Interessen- und Loyalitätskonflikten oder auch bestimmten Funktionen der Betroffenen Rechnung und begegnen einem erhöhten Risiko von Falschaussagen. Zu den Verweigerungsrechten zählt der Vorentwurf insbesondere das Zeugnisverweigerungsrecht.

**Art. 152**

Die Mitwirkungspflicht wird exemplifiziert, was im Wort „insbesondere“ zum Ausdruck kommt (**Abs. 1**). Erwähnt werden die Verpflichtung zur Aussage im Rahmen der Parteibefragung oder des Zeugnisses (**Bst. a**), die Pflicht zur Herausgabe von

---

<sup>158</sup> Vgl. etwa Art. 235 ZPO/ZH.

Dokumenten (**Bst. b**) und die Pflicht zur Duldung von Untersuchungen durch Sachverständige, beispielsweise im Rahmen eines Abstammungsprozesses, oder zur Durchführung eines Augenscheins, etwa bei einem Immissionsprozess (**Bst. c**).

**Absatz 2** betrifft die Mitwirkung Minderjähriger. Im Unterschied zu gewissen kantonalen Zivilprozessordnungen<sup>159</sup> sieht der Vorentwurf dafür keine Mindestaltersgrenze vor. Ein Minimalalter würde auf eine negative Begrenzung der Beweismittel hinauslaufen, indem der Aussage eines Minderjährigen unterhalb der festgelegten Altersgrenze keinerlei Beweiswert zukäme, und zwar selbst dann nicht, wenn der Minderjährige zuverlässige Aussagen machen könnte wie etwa über die Situation bei einem Verkehrsunfall. Auch unter dem Gesichtswinkel des Rechts auf den Beweis (Art. 147) erscheint der generelle Ausschluss von Minderjährigen, die ein bestimmtes Alter noch nicht erreicht haben, problematisch, weil es sich möglicherweise um das einzige und gegebenenfalls sogar prozessentscheidende Beweismittel handelt, mit dessen Ausschluss die Wahrheitsfindung praktisch verunmöglicht würde. Umgekehrt wäre es ebenso problematisch, Unmündige, die eine bestimmte Altersgrenze überschritten haben, generell und schematisch der Mitwirkungspflicht zu unterstellen, weil auf die individuellen Verhältnisse, namentlich auf das Wohl des Minderjährigen, keine Rücksicht genommen würde.

Aus diesen Gründen schlägt die Expertenkommission eine flexible Lösung vor, die es dem Gericht ermöglicht, im Einzelfall über die Mitwirkungspflicht Minderjähriger zu entscheiden. Dabei sind alle Umstände der konkreten Situation zu berücksichtigen, wie etwa das Sinnes- und Denkvermögen des Betroffenen, seine Beziehungen zu den Parteien, das Beweisthema oder die mögliche Beeinträchtigung des physischen oder psychischen Wohls. Das Ausmass der Belastung für den Minderjährigen kann sich aus dem Beweisthema ergeben: Möglicherweise wird er durch die Mitwirkung überhaupt nicht belastet, weil er zum Beispiel über eine für ihn völlig unverdächtige Wahrnehmung berichten soll, während umgekehrt nur schon die Konfrontation mit einer bestimmten Frage eine schwere Belastung sein kann. Jedenfalls muss das Gericht die Möglichkeit haben, die Mitwirkungspflicht zu verneinen, wenn ihm dies vom Kindeswohl her geboten erscheint. Dieses wird als Entscheidkriterium denn auch ausdrücklich erwähnt.

Gegenstand der Entschädigung nach **Absatz 3** sind etwa der Ersatz von Auslagen, die Vergütung für den Zeitaufwand und die Entschädigung für Verdienstausschluss, wenn dem Mitwirkungspflichtigen ein solcher wirklich entstanden ist. Mit dem Begriff der Angemessenheit wird zum Ausdruck gebracht, dass im Einzelfall auch weitere Umstände berücksichtigt werden dürfen.

### Art. 153

Die Sachverhaltsermittlung im Prozess kann dazu führen, dass die Geheimsphäre der Parteien oder Dritter tangiert wird. Deshalb ist das Gericht befugt, die zur Wahrung von Geheimnissen notwendigen Massnahmen anzuordnen. Diese können u.a. darin bestehen, dass die eine oder beide Parteien, deren Anwälte oder auch Dritte von der Beweisabnahme in bestimmtem Umfang ausgeschlossen werden. So kann etwa das Recht auf Akteneinsicht eingeschränkt werden, indem eine Expertise, welche Geschäftsgeheimnisse betrifft, einer Partei nur auszugsweise zugänglich gemacht wird. Oder ein psychiatrisches Gutachten wird nicht der Partei selber,

---

<sup>159</sup> § 160 Ziff. 3 ZPO/BL, Art. 244 Ziff. 1 ZPO/BE, Art. 228 Ziff. 3 ZPO/TI.

sondern nur ihrem Vertreter eröffnet. Im Einzelfall hat das Gericht das Interesse an der Sachverhaltsermittlung gegen jenes an der Geheimhaltung abzuwägen, was im Element der Erforderlichkeit der Massnahme zum Ausdruck kommt.

### **Art. 154**

Die grundsätzliche Mitwirkungspflicht der Parteien und Dritter steht wie gesagt unter Vorbehalt der jeweiligen Verweigerungsrechte (Art. 155 ff.). Das Gericht hat die Betroffenen darüber aufzuklären (**Abs. 1**). Die gerichtliche Orientierung muss so klar und vollständig sein, dass bei der betroffenen Person kein Missverständnis darüber entsteht, ob sie im konkreten Fall mitzuwirken hat oder nicht.

Dem Zweck des Verweigerungsrechts würde diametral zuwiderlaufen, wenn aus befugter Verweigerung bei der Beweiswürdigung dann gleichwohl Schlüsse auf die zu beweisende Tatsache gezogen würden. Dadurch würde das Verweigerungsrecht ausgehöhlt; dies schliesst der Vorentwurf aus (**Abs. 2**).

Auch **Absatz 3** schützt das Verweigerungsrecht: Beweismittel, die ohne gerichtliche Aufklärung abgenommen wurden, dürfen bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt werden. Anders ist es, wenn die betreffenden Beweise nach erteilter Belehrung nachträglich bestätigt werden; in diesem Fall wird der Mangel fehlender Aufklärung geheilt.

## **Das Verweigerungsrecht der Parteien**

### **Art. 155**

Die Parteien können die Mitwirkung nur aus zwei Gründen verweigern (**Abs. 1**):

- Wenn sie sich oder eine nahe stehende Person einer Strafverfolgung aussetzen würden (die Aussage käme also gewissermassen einer Selbstanzeige gleich, **Bst. a**);
- wenn sie mit der Aussage ein Geheimnis verletzen würden (**Bst. b**).

Diese beiden Tatbestände entsprechen im Wesentlichen den betreffenden Verweigerungsrechten Dritter (vgl. also den Kommentar zu Art. 157 Abs. 1 Bst. a und b). Die ratio legis ist dieselbe.

Anders jedoch als gegenüber den Dritten bleibt die unbefugte Verweigerung der Mitwirkung durch die Parteien ohne Straf- oder Zwangssanktion: Ihr unkooperatives oder gar renitentes Verhalten wird lediglich bei der Beweiswürdigung berücksichtigt (**Abs. 2**).

## **Das Verweigerungsrecht Dritter**

### **Art. 156**

Bei Drittpersonen sieht der Vorentwurf eine ganze Reihe von Verweigerungsgründen vor, wobei zwischen umfassender und teilweiser Verweigerung unterschieden wird.

Artikel 156 betrifft das *umfassende Verweigerungsrecht*. Drittpersonen, die in bestimmten verwandtschaftlichen oder anderen engen persönlichen Beziehungen zu einer Partei stehen, dürfen jede Mitwirkung verweigern: Denn bei ihnen liegt der



Interessen- und Gewissenskonflikt geradezu auf der Hand. Ausserdem soll dadurch die Familie geschützt werden.

Das gilt für:

- Angehörige der geraden Linie sowie verschwägerte Personen (**Bst. a**);
- den Ehegatten sowie den Lebenspartner einer Partei (**Bst. b**). Der materielle Grund, weshalb Lebenspartner nicht mitwirken müssen, ist derselbe wie bei Ehegatten, nämlich die Vermeidung einer unerträglichen Konfliktsituation. Es muss sich nicht um eine registrierte Partnerschaft handeln; klassische Konkubinate fallen ebenfalls darunter.
- Geschwister einer Partei, deren Ehegatte bzw. Lebenspartner sowie die Nichten und Neffen einer Partei (**Bst. c**).
- Personen im Stief- oder Pflegeverhältnis zu einer Partei (**Bst. d**).

### Art. 157

Auch das *beschränkte Verweigerungsrecht* dient dazu, einer Drittperson Gewissens- und Interessenkonflikte zu ersparen. Hinzu tritt jedoch noch ein weiterer Gesichtspunkt: Es werden auch bestimmte Funktionen der Drittperson geschützt.

- Eine Konfliktsituation kann sich zunächst ergeben, wenn sich die Drittperson oder eine ihr nahe stehende Person durch die Mitwirkung einer Strafverfolgung aussetzen würde oder wenn sie mit einer schweren Beeinträchtigung ihrer Ehre rechnen müsste (**Abs. 1 Bst. a**). Ähnlich verhält es sich, wenn dem Dritten wegen der Mitwirkung ein unmittelbarer finanzieller Nachteil droht; so wenn er sich als Folge seiner Mitwirkung am Beweisverfahren mit einer Regressforderung konfrontiert sähe.
- In Konflikt geraten können sodann Personen, denen das Gesetz eine Schweigepflicht auferlegt und deren Verletzung mit Straffolgen sanktioniert (**Bst. b**). Deshalb wird den Angehörigen jener Berufe ein Verweigerungsrecht zugestanden, die der Strafnorm von Artikel 321 StGB unterstehen. Die Drittperson wird freilich mitwirkungspflichtig, wenn sie der Geheimnisherr oder die zuständige Behörde von der Geheimnispflicht schriftlich entbindet: Dann fällt die strafrechtlich geschützte Schweigepflicht dahin.

Bei gewissen Berufsgattungen beruht das Verweigerungsrecht allerdings nicht nur auf dem Geheimnisschutz, sondern auch auf dem Vertrauen des Publikums in den zur Geheimhaltung verpflichteten Berufsstand<sup>160</sup>. Im Hinblick darauf löst die Entbindung vom Berufsgeheimnis nicht ausnahmslos die Pflicht zur Mitwirkung aus, zumal der Geheimnisherr erfahrungsgemäss die Konsequenzen einer Entbindung oft nicht restlos zu überblicken vermag. In solchen Fällen vermag die Entbindung den Konflikt für den Mandatsträger, der oft wesentlich weiter sieht als sein Mandant, nicht zu beseitigen. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Arzt dem Gericht eine Diagnose preisgeben müsste, die er seinem Patienten aus Rücksicht auf dessen Gesundheit nicht eröffnet hat. Dasselbe gilt für den Anwalt, der von seinem Klienten vom Berufsgeheimnis entbunden wurde und demzufolge vor Gericht Aussagen machen müsste, die für den Klienten nachteilig wären. In derartigen Fällen muss der Arzt oder Anwalt sich auf ein

---

<sup>160</sup> BGE 91 I 205, 87 IV 108.

höheres Interesse berufen und die Mitwirkung trotz Entbindung ablehnen können.

Bereits nach geltendem Recht verpflichtet die Entbindung vom Berufsgeheimnis den Anwalt nicht zur Preisgabe von Dingen, die ihm sein Klient anvertraut hat (vgl. Art. 13 des Anwaltsgesetzes). Die Expertenkommission lässt diesen Entscheid des Parlaments unangetastet und stellt den Anwälten die Ärzte und die Geistlichen gleich. Die Angehörigen dieser – abschliessend genannten – Berufskategorien haben gewissenhaft abzuwägen, ob ihnen trotz Entbindung vom Berufsgeheimnis ein höheres Interesse die Mitwirkung am Beweisverfahren verbietet. Diese Güterabwägung müssen aber sie selber und nicht das Gericht vornehmen, weil sonst die Offenlegung des Geheimzuhaltenden unvermeidlich wäre. Selbstverständlich bleibt das Verweigerungsrecht auf den beruflichen Tätigkeitsbereich begrenzt.

- Die in **Buchstabe c** genannten Funktionsträger können ihre Aufgabe nur sinnvoll wahrnehmen, wenn sie möglichst umfassenden Einblick in die Probleme und Interessenlage jener Personen erhalten, die sie konsultieren. Müssten diese Personen damit rechnen, dass das Offenbarte später in einem Prozess verwendet wird, würden sie sehr wahrscheinlich erhebliche Zurückhaltung in der Darlegung ihrer Situation üben, was wiederum die Vermittlung massiv erschweren oder gar verunmöglichen würde. Das Verweigerungsrecht stärkt das Vertrauen in die genannten Funktionen und bewahrt die Funktionsträger gleichzeitig vor heiklen Konflikten.
- Geschiedene Ehegatten könnten in eine Konfliktsituation geraten, wenn sie über Umstände berichten müssten, die sich während der Ehedauer zugetragen haben (**Bst. d**). Das Verweigerungsrecht schützt das Vertrauen, welches die Gatten sich während der Ehe entgegengebracht haben.

Das beschränkte Verweigerungsrecht berechtigt nicht zur Ablehnung jeder Mitwirkung, sondern schützt nur vor Preisgabe der einschlägigen sensitiven Daten. So muss ein Arzt als Zeuge grundsätzlich aussagen, doch darf er dabei entsprechende Zurückhaltung üben.

**Absatz 2** statuiert – anders als Absatz 1 – kein gesetzliches Verweigerungsrecht, sondern sieht die Befugnis des Gerichts vor, die Mitwirkungspflicht in bestimmten Fällen zu erlassen. Das Gericht entscheidet aufgrund einer Abwägung zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung im Prozess und dem Geheimhaltungsinteresse. Letzteres erfasst Geheimnisse, die jemand dank seiner beruflichen Tätigkeit erworben hat und die einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen (z.B. Bankgeheimnis). Ausserdem werden besondere Vertrauensverhältnisse geschützt.

Nicht die ZPO, sondern das Verwaltungsrecht des Bundes und der Kantone bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Behördenmitglieder und Angestellte der öffentlichen Gemeinwesen die Mitwirkung im Rahmen eines Zivilprozesses verweigern können (**Abs. 3**). Zu denken ist dabei insbesondere an die Wahrung des Amtsgeheimnisses.

## Art. 158

Ist streitig, ob eine Drittperson mitzuwirken hat, so hat das mit der Streitsache befasste Gericht hierzu einen Entscheid zu treffen (**Abs. 1**). Er kann – anders als bei

unbefugter Verweigerung durch eine Partei – zwangsweise durchgesetzt werden (**Abs. 2**). Daher kann ihn die Drittperson mit Rekurs anfechten (**Abs. 3**).

### 3. Kapitel: Die Beweismittel

#### Art. 159

Der Beweismittelkatalog zählt die im ordentlichen Prozess zulässigen Beweismittel abschliessend auf (**Abs. 1**). Es dient der Rechtssicherheit, wenn in der ZPO klar und eindeutig gesagt wird, mit welchen Mitteln Beweis geführt werden kann. Vorbehalten sind die Verfahren über Kinderbelange, wo unter Umständen noch weitere Beweismittel zulässig sind (**Abs. 2**). Anders als im „gewöhnlichen“ ordentlichen Prozess bleibt dort Raum für den so genannten Freibeweis.

#### Zeugnis

##### Art. 160

Der Vorentwurf geht vom direkten Zeugnis aus (unmittelbare Sinneswahrnehmung), ohne jedoch das indirekte Zeugnis a priori auszuschliessen. Indessen muss der Zeuge offenlegen, dass er eine bestimmte Tatsache nicht selber wahrgenommen hat, sondern nur vom Hörensagen kennt. Einer solchen Aussage kommt zwar keine direkte Beweiskraft zu, doch kann sie als Indiz in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden.

Nur Drittpersonen können Zeugen sein. Organe einer juristischen Person, die im Prozess als Partei auftritt, sind daher nicht als Zeugen zu befragen, sondern werden als Parteien einvernommen (Beweisaussage nach Art. 186).

##### Art. 161

Zeugen werden in der Regel förmlich vorgeladen und im Gerichtsgebäude einvernommen (**Abs. 1**). Ausnahmsweise kann sich das Gericht die Vorladung sparen und der Partei gestatten, den Zeugen an die Verhandlung mitzubringen (**Abs. 2**).

Ist ein Zeuge am persönlichen Erscheinen verhindert, so kann er vom Gericht bzw. von einer Delegation an seinem Aufenthaltsort einvernommen werden (**Abs. 3**). Als Hinderungsgründe kommen gesundheitliche, berufliche oder andere triftige Ursachen (z.B. Untersuchungshaft) in Betracht. Die auswärtige Zeugeneinvernahme erfolgt durch das Prozessgericht selber (vgl. Art. 190). Denkbar ist auch eine rogatorische Zeugenbefragung auf dem Rechtshilfeweg.

##### Art. 162

Diese Bestimmung regelt die Form der Zeugeneinvernahme. Zunächst erfolgen die gerichtliche Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Strafbarkeit eines falschen Zeugnisses (**Abs. 1**). Gegenüber Personen bis 14 Jahren entfällt dieser Hinweis jedoch: Sie sind bei falschem Zeugnis nicht strafbar.

Jeder Zeuge wird einzeln einvernommen (**Abs. 2**). Dies soll verhindern, dass er Eindrücken ausgesetzt wird oder sich Informationen verschafft, welche zur Verfä-

schung seiner unmittelbaren Wahrnehmung führen könnten (zur Konfrontation Art. 165).

Grundsätzlich hat der Zeuge frei auszusagen (**Abs. 3**). Wo es die Umstände jedoch erfordern, kann ihm das Gericht gestatten, Notizen oder andere Unterlagen zu benutzen.

Es sind auch fremdsprachige Zeugnisse zulässig (**Abs. 4**), doch sind sie soweit nötig zu übersetzen.

### **Art. 163**

Weil die Prozessleitung beim Gericht bzw. beim delegierten Mitglied liegt (Art. 113, 114 und 149), führt es die Zeugenbefragung selber durch. Die Parteien oder deren Vertreter sind grundsätzlich nicht befugt, direkt Fragen an die Zeugen zu richten – das Gericht kann dies jedoch gestatten.

Der Zeuge wird zu seiner Person und seinen Beziehungen zu den Parteien befragt, bevor er zur Sache auszusagen hat (**Bst. a-c**).

### **Art. 164**

Das Recht der Parteien zu Ergänzungsfragen fliesst aus ihrem Gehörsanspruch (Art. 48). Weil aber direkt an den Zeugen gerichtete Fragen verfänglich sein können, sind Ergänzungsfragen grundsätzlich dem Gericht zu unterbreiten. Wo keine Gefahr von Suggestivfragen besteht, kann das Gericht den Parteien bewilligen, Ergänzungsfragen direkt an den Zeugen zu richten.

Lehnt das Gericht beantragte Ergänzungsfragen zu Unrecht ab, so liegt darin ein Rückgrund. Um eine Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen, müssen verweigerte Ergänzungsfragen protokollarisch festgehalten werden (Art. 167).

### **Art. 165**

Die Zeugen werden zunächst einzeln und in Abwesenheit der andern befragt (Art. 162). Nach der Einzeleinvernahme kann der Zeuge auf Parteiantrag oder Anordnung des Gerichts mit andern Zeugen, aber auch mit der einen oder beiden Parteien konfrontiert werden, damit Widersprüche in den Aussagen aufgeklärt werden können.

### **Art. 166**

Die Aussage einer sachverständigen Person stellt eine Kombination von unmittelbarer Sinneswahrnehmung und Beurteilung des Wahrgenommenen aufgrund persönlicher Fachkunde dar. Das Gericht kann daher den sachverständigen Zeugen nicht bloss zu dessen unmittelbaren Wahrnehmungen einvernehmen, sondern ihn überdies zu fachkundiger Beurteilung des Sachverhaltes befragen.

### **Art. 167**

Wegen der sehr unterschiedlichen Praxis in den Kantonen sieht der Vorentwurf für die Art und Weise, wie Zeugenaussagen festzuhalten sind, eine flexible Lösung vor

**(Abs. 1).** Unabdingbar ist aber, dass nachvollzogen werden kann, was der Zeuge in Bezug auf die prozessrelevanten Tatsachen ausgesagt hat. Ob diese Aussagen auf Tonband festgehalten, niedergeschrieben oder sonstwie fixiert werden, ist eine eher technische Angelegenheit, bei der die Gerichte Spielraum haben sollen. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Protokollierung wortwörtlich oder nur sinngemäss vorzunehmen ist, ob der Zeuge das Protokoll zu unterzeichnen hat oder die Verbalisierung durch eine Gerichtsperson genügt.

Inwieweit ein Protokoll nachträglich berichtigt werden kann, entscheidet das Gericht **(Abs. 2)**. Der Entscheid unterliegt der Beschwerde (Art. 310 Bst. a).

### **Art. 168**

Der Zeuge kann durch das Gericht von der Einvernahme der andern Zeugen und von andern Verfahrensabschnitten ausgeschlossen werden, um eine Beeinflussung (Verfahrenseindrücke, andere Aussagen) zu verhindern.

### **Urkunde**

#### **Art. 169**

Vor allem im Hinblick auf die rasche technische Entwicklung ist der Urkundenbegriff bewusst weit gefasst worden. Die Bestimmung enthält eine exemplikative Enumeration von Dokumenten mit Urkundenqualität. Gemeinsames Merkmal ist, dass das betreffende Dokument geeignet sein muss, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Anders als die strafrechtliche Definition wird nicht verlangt, dass das Dokument auch für den Beweis bestimmt sein muss – Eignung allein genügt.

#### **Art. 170**

Diese Bestimmung enthält die üblichen Definitionen der öffentlichen **(Abs. 1)** und der Privaturkunde **(Abs. 2)**.

#### **Art. 171**

Die Einreichung einer Urkunde im Prozess impliziert die Behauptung, dieses Dokument sei echt. Die Beweislast für die Echtheit trägt mit andern Worten die Partei, die sich auf das Dokument beruft. Dennoch kann sich die Gegenpartei nicht einfach auf die Bestreitung der Echtheit beschränken: Vielmehr muss sie zureichende Gründe für die angeblich fehlende Echtheit dartun. Nur wenn ihr dies gelingt, muss die Partei, die sich auf die Urkunde beruft, zum Echtheitsbeweis antreten. Dadurch werden rein vorsorgliche, pauschale oder gar schikanöse Echtheitsbestreitungen verunmöglicht. Die Beweisbedürftigkeit der Echtheit setzt somit eine substantiierte Bestreitung voraus, indem ernsthafte Zweifel an der Echtheit des Urkundeninhalts oder der Unterschrift namhaft zu machen sind.

#### **Art. 172**

Soweit die Bestimmung dem Inhalt öffentlicher Urkunden und Register erhöhte Beweiskraft verleiht, übernimmt sie geltendes Recht (Art. 9 ZGB). Neu ist dagegen, dass die gesetzliche Tatsachenvermutung generell auf öffentliche Urkunden und

Register ausgedehnt wird, also nicht mehr nur für jene des Bundesprivatrechts gilt: Für deren Sonderbehandlung sind keine sachlichen Gründe ersichtlich.

### **Art. 173**

Die Zulassung von Kopien zur Vermeidung des Risikos von Verlust oder Beschädigung des Originals hat sich auf breiter Basis eingebürgert (**Abs. 1**). Deshalb genügt grundsätzlich die Einreichung von Kopien. Allerdings kann das Gericht stets die Einreichung der Originalurkunde verlangen, ohne dass hierfür spezielle Gründe angeführt werden müssten. Anders verhält es sich, wenn eine Partei die Herausgabe des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangt: In diesem Fall müssen zur Vermeidung schikanöser Begehren ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Kopie dargetan werden.

Weil Urkunden erfahrungsgemäss häufig nur in ihrer Gesamtheit richtig beurteilt werden können, muss die Urkunde grundsätzlich als Ganzes eingereicht werden. Bei sehr umfangreichen Dokumenten wie einer ganzen Buchhaltung oder ausgedehnter Korrespondenz ist es indessen unabdingbar, dass die einreichende Partei die für die Beweisführung relevanten Stellen bezeichnet, weil es weder dem Gericht noch der Gegenpartei zugemutet werden kann, die massgebenden Stellen selber heraus zu suchen (**Abs. 2**).

Im Hinblick auf die beim Gericht herrschende Amtssprache kann das Gericht von sich aus oder auf Parteiantrag hin eine Übersetzung fremdsprachiger Urkunden verlangen (**Abs. 3**).

## **Augenschein**

### **Art. 174**

Der Augenschein ist einerseits Beweismittel, dient andererseits aber auch dem Gericht zur Sachverhaltsaufklärung. Soweit er Beweismittelfunktion hat, bedarf er unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime eines Parteiantrages. Wo er der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung dient, kann er von Amtes wegen angeordnet werden, wenn das Gericht ihn für nützlich oder gar notwendig erachtet (**Abs. 1**).

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ( Art. 48) folgt der Anspruch der Parteien, zum Augenschein beigezogen zu werden (**Abs. 2**). Etwas anderes gilt, wenn wichtige Gründe der Anwesenheit der Parteien entgegenstehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn schützenswerte Interessen Dritter auf dem Spiel stehen oder wenn der Augenschein unangemeldet durchgeführt werden muss, weil sonst sein Zweck verfehlt würde.

Die Verbindung von Augenschein und Zeugeneinvernahme an Ort und Stelle kann sich aus Gründen der Prozessökonomie aufdrängen (**Abs. 3**). Sind für die sachgerechte Durchführung des Augenscheines Fachkenntnisse oder Facherfahrung erforderlich, so kann das Gericht auch eine sachverständige Person beiziehen.

Handelt es sich beim Objekt des Augenscheines um einen transportablen Gegenstand, so ist er vor das Gericht zu bringen, wobei die Bestimmungen über die Einreichung von Urkunden sinngemäss zur Anwendung gelangen (**Abs. 4**).

**Art. 175**

Die Ergebnisse des Augenscheins müssen protokollarisch festgehalten werden: Im Urteil darf nur dann auf das Resultat des Augenscheines abgestellt werden, wenn es sich aus den Akten ergibt<sup>161</sup>.

**Gutachten****Art. 176**

Unter der Herrschaft der das ordentliche Verfahren prägenden Verhandlungsmaxime kann ein Gutachten nur auf Parteienantrag hin angeordnet werden; dies im Unterschied zum Augenschein, den das Gericht auch von Amtes wegen durchführen kann (Art. 174 Abs. 1). Die Parteien sind vorgängig anzuhören (**Abs. 1**); dies aus zwei Gründen:

- Zum einen dürfen die Parteien schon wegen der Kosten einer in Aussicht genommenen Expertise nicht einfach übergangen werden, sondern müssen sich zu diesem Punkt äussern können. Die Kostenfrage kann sie nämlich dazu bewegen, von der Durchführung einer Expertise abzusehen. Werden die Expertisekosten nicht sichergestellt, so kommt dies einem Verzicht auf das Beweismittel gleich und der Prozess muss ohne Gutachten entschieden werden.
- Sodann wird durch die vorgängige Anhörung der Parteien sichergestellt, dass sie sich zur Person und allenfalls zur fachlichen Kompetenz des vorgesehenen Experten äussern können, was sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt (Art. 48).

Im Hinblick auf die erfahrungsgemäss grosse und mitunter sogar prozessentscheidende Bedeutung eines Gutachtens muss ein in Aussicht genommener Experte abgelehnt werden können, wenn seine Unbefangenheit nicht ausser Zweifel steht. Es gelten daher dieselben Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (**Abs. 2**).

**Absatz 3** ist in erster Linie auf den so genannten sachverständigen Richter zugeschnitten, der über Spezialkenntnisse verfügt, welchen der gleiche Stellenwert zukommt wie einem Gutachten. Ersetzt das Fachwissen eines Richters eine Expertise, so verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass die Parteien dazu Stellung nehmen können. Dies ist nur möglich, wenn sie rechtzeitig über die Kenntnisse des betreffenden Richters ins Bild gesetzt werden. Das richterliche Fachwissen muss ihnen daher noch vor der Urteilsberatung offen gelegt werden, damit sie entsprechend reagieren können. Die Regelung hat insbesondere Bedeutung für das Verfahren vor Handelsgerichten und Laiengerichten, die aus entsprechenden Fachleuten zusammengesetzt sind (z.B. Architekten, Ingenieure, Ärzte, Baumeister usw.).

**Art. 177**

Auch der Sachverständige unterliegt der Wahrheitspflicht (**Abs. 1**).

---

<sup>161</sup> BGE 106 Ia 73.

Er hat Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen sowie auf eine Vergütung für seine Arbeit (**Abs. 2**). Das Gericht legt die Entschädigung fest. Gegen diesen Entscheid steht dem Sachverständigen – nicht aber den Parteien – der Rekurs offen.

### **Art. 178**

Das Gericht hat dem Sachverständigen den Auftrag entweder mündlich in einer Verhandlung oder auf schriftlichem Weg zu erläutern (**Abs. 1**). Gegenstand dieser Erörterung bilden einerseits die Ermahnung zur Wahrheit und andererseits die vom Sachverständigen zu beantwortenden Fragen.

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt der Anspruch der Parteien, zu den vorgesehenen Expertenfragen Stellung zu nehmen und gegebenenfalls Änderungen oder Ergänzungen des Fragenkataloges zu beantragen (**Abs. 2**).

Im Rahmen der Prozessleitung (Art. 113) hat das Gericht dafür zu sorgen, dass das Verfahren durch die Erstattung des Gutachtens nicht ungebührlich verzögert wird, weshalb dem Sachverständigen eine Frist für die Erstattung der Expertise anzusetzen ist (**Abs. 3**).

### **Art. 179**

Dem Sachverständigen sind die Prozessakten in dem Umfang zur Verfügung zu stellen, als es sein Auftrag erfordert. Erfahrungsgemäss ist er zudem oft darauf angewiesen, auch selber Erhebungen durchzuführen (**Abs. 1**; beispielsweise bei Abklärungen im Zusammenhang mit einem psychiatrischen Gutachten oder bei einer technischen Expertise). Das Gericht überblickt häufig bei der Auftragserteilung noch nicht, welche Erhebungen der Experte im Zusammenhang mit der Erstattung des Gutachtens vornehmen müssen, sodass ein vorgängiges formelles Beweisverfahren seitens des Gerichts nicht praktikabel erscheint. Im Hinblick darauf kann das Gericht dem Experten die Bewilligung erteilen, selber die erforderlichen Erhebungen durchzuführen. Eine solche Bewilligung ist notwendig, weil die Prozessleitung grundsätzlich beim Gericht liegt (Art. 113).

Die vom Experten durchgeführten Erhebungen müssen im Gutachten offen gelegt werden. Nur so ist Gewähr dafür geboten, dass das Gericht auf Parteienantrag hin oder von sich aus die (erneute) Vornahme dieser Erhebungen, aber nunmehr nach den Regeln des formellen Beweisverfahrens anordnen kann (**Abs. 2**).

### **Art. 180**

Grundsätzlich liegt es im Ermessen des Gerichts, mündliche oder schriftliche Erstattung des Gutachtens anzuordnen (**Abs. 1**). Eine mündliche Expertise wird allerdings nur dort in Betracht fallen, wo keine komplexe Materie zur Diskussion steht. Beim schriftlichen Gutachten kann sich die Notwendigkeit ergeben, dass die fachkundige Person ihre schriftlichen Ausführungen dem Gericht und den Parteien noch mündlich erläutert und bei dieser Gelegenheit auch Fragen beantwortet.

In der Regel genügt es, *eine* fachkundige Person mit der Erstattung des Gutachtens zu beauftragen. Die Bestellung mehrerer Experten kann aber angezeigt sein, wenn sich die Begutachtung auf mehrere Sachgebiete erstreckt oder wenn auf einem



dieser Gebiete mehrere Fachmeinungen vertreten werden, ohne dass eine von ihnen wirklich überwiegt<sup>162</sup>. Jeder Experte erstattet dann sein eigenes Gutachten (**Abs. 2**). Bei mehreren Gutachten darf das Gericht nicht auf ein einziges abstellen, sondern muss jedes gebührend berücksichtigen<sup>163</sup>.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Parteien Einsicht in das Gutachten erhalten und gestützt darauf die Erläuterung der Expertise oder deren Ergänzung verlangen können (**Abs. 3**).

## **Art. 181**

Die Möglichkeit der „Ersatzvornahme“ ergibt sich daraus, dass die Begutachtung ein vom Gericht erteilter Auftrag ist ( Art. 178), auf den nicht ohne weiteres das Mandatsrecht des OR Anwendung findet (**Abs. 1**).

Das Gutachten hat eine Begründung zu enthalten, aus der ersichtlich sein muss, wie der Experte zu seinen Schlussfolgerungen gelangt ist (**Abs. 2**). Bei fehlender oder ungenügender Begründung kann das Gericht auch von Amtes wegen eine Verbesserung anordnen; dasselbe gilt, wenn das Gutachten unvollständig oder unklar ist. Bleibt das Gutachten trotz Verbesserung mangelhaft oder erscheint eine Verbesserung von vorneherein als aussichtslos, so kann das Gericht einen anderen Experten bezeichnen.

Ein säumiger Gutachter wird grundsätzlich kostenpflichtig (**Abs. 3**; vgl. auch das „Verursacherprinzip“ nach Art. 99). So werden ihm unnötige Auslagen der Parteien überbunden. Er hat auch Akontozahlungen zurückzuerstatten, soweit er keine brauchbare Teilarbeit abgeliefert hat<sup>164</sup>.

## **Privatgutachten**

### **Art. 182**

Der Vorentwurf beschränkt sich darauf, Privatgutachten zulässig zu erklären: Den Parteien steht es frei, solche Gutachten im Prozess einzureichen. Bewusst wird jedoch darauf verzichtet, auch den Beweiswert eines solchen Privatgutachtens gesetzlich zu bestimmen, weil eine generelle Regelung kaum möglich ist. Vielmehr muss es der Praxis überlassen bleiben, im Einzelfall unter Würdigung der konkreten Umstände darüber zu befinden, ob Privatgutachten ein gewisser Beweiswert zukommt oder nicht.

## **Schiedsgutachten**

### **Art. 183**

Das Schiedsgutachten ist ein eigenständiges prozessuales Institut, welches die verbindliche Feststellung rechtserheblicher Tatsachen durch eine (fachkundige) Drittperson bezweckt und damit den Parteien ermöglicht, gewisse Tatsachen ausser

---

<sup>162</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 265 N 1b; Frank/Sträuli/Messmer, § 172 N 1.

<sup>163</sup> Frank/Sträuli/Messmer, Art. 181 N 8.

<sup>164</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 179 N 1.

Streit zu stellen (**Abs. 1**)<sup>165</sup>. Dadurch kann der Prozess verkürzt werden, indem nur noch die Rechtsfolgen zur Diskussion stehen.

Das Schiedsgutachten setzt eine entsprechende Vereinbarung der Parteien voraus (**Abs. 2**), für welche aus Gründen der Beweissicherung die gleiche Form verlangt wird wie für eine Gerichtsstandsvereinbarung (vgl. Art. 15).

Die Vereinbarung des Schiedsgutachtens verfehlt ihren Zweck, wenn eine Partei dann bei der Erstellung dieses Gutachtens ihre Mitwirkung verweigert (**Abs. 3**). Dadurch vereitelt sie die Erfüllung des Vertrages, sodass dieser zwangsläufig dahin fällt. Gleiches gilt, wenn das Schiedsgutachten nicht fristgerecht abgeliefert wird. Auch in diesem Fall verfehlt es sein Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung des Prozesses. Die Sachverhaltsfeststellung erfolgt dann durch das Gericht.

### Art. 184

Da das Schiedsgutachten rechtsrelevante Tatsachen festhält, ist es grundsätzlich im Behauptungsstadium des Prozesses einzureichen (**Abs. 1**), d.h. mit der Klage, Klageantwort oder Widerklage.

Das Schiedsgutachten erfüllt eine richterliche Aufgabe: Verbindliche Feststellung rechtserheblicher Tatsachen. Es handelt sich gewissermassen um ein *outsourcing* der Sachverhaltsfeststellung, an die das Gericht gebunden ist. Doch tritt diese Bindungswirkung nicht voraussetzungslos ein (**Abs. 2**):

- Schiedsgutachten sind nur verbindlich, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können (**Bst. a**; vgl. auch Art. 348);
- gegen die beauftragte Person darf kein Ausstandsgrund vorgelegen haben (**Bst. b**);
- das Gutachten muss ohne Bevorzugung einer Partei erstellt worden sein (z.B. muss der Schiedsgutachter aus Gründen der Waffengleichheit und der Gewährleistung eines fairen Verfahrens beide Parteien gleichmässig anhören; **Bst. c**);
- es darf nicht offensichtlich unrichtig sein (**Bst. d**).

Es wäre in der Tat unerträglich und mit dem Ansehen der Justiz unvereinbar, müsste das Gericht seinen Entscheid auf ein Gutachten abstützen, welches an derart schwerwiegenden Mängeln leidet.

### Schriftliche Auskunft

#### Art. 185

Die schriftliche Auskunft wird als eigenständiges Beweismittel behandelt, weil sie Elemente des Urkundenbeweises und des Zeugenbeweises in sich vereinigt. Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime braucht es auch dafür einen Parteiantrag.

Durch die Einholung schriftlicher Auskünfte bei *Amtsstellen* soll dem Gericht amtliches Fachwissen in Fällen vermittelt werden, wo Zeugeneinvernahmen oder Begutachtungen nicht möglich oder unzweckmässig sind (**Abs. 1**)<sup>166</sup>. Behauptet

<sup>165</sup> BGE 117 Ia 365, 71 II 295, 67 II 147 und 232.

<sup>166</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 242 N 2.

beispielsweise eine Partei, sie habe eine Autonummer gelöst, so ist es unverhältnismässig, die Mitarbeiter der Motorfahrzeugkontrolle als Zeugen zu befragen, vielmehr erscheint das Einholen einer schriftlichen Auskunft bei dieser Amtsstelle wesentlich zweckmässiger.

Der Vorentwurf erlaubt auch die schriftliche Auskunft bei *Privatpersonen* (**Abs. 2**). Sie soll aber gegenüber einem formellen Zeugnis die Ausnahme bleiben und nur dann angewendet werden, wenn sie eindeutig zweckmässiger ist als die Zeugenbefragung oder die Einholung eines Gutachtens. Dies trifft beispielsweise zu, wenn eine Lohnauskunft des Arbeitgebers benötigt wird oder wenn im Rahmen eines Haftpflichtprozesses die Zinssätze mehrerer Jahre in Erfahrung gebracht werden müssen.

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs durch Information der Parteien über die eingeholte Auskunft und die Möglichkeit zur Stellungnahme ist besonders wichtig, weil eine schriftliche Auskunft meist weniger transparent ist als eine Zeugenaussage (**Abs. 3**). Die Zulassung von Ergänzungsfragen zu Händen der Amtsstelle oder der Privatperson, welche die Auskunft erteilt hat, kann sich im Interesse der materiellen Wahrheitserforschung aufdrängen.

Weil die Einholung einer schriftlichen Auskunft im Grunde genommen eine verkürzte Zeugenbefragung darstellt, muss die Möglichkeit zur nachträglichen förmlichen Zeugeneinvernahme vorbehalten bleiben (**Abs. 4**).

## **Beweisaussage**

### **Art. 186**

Die Beweisaussage ist ein vollwertiges Beweismittel. Sie ist von einer bloss informellen Parteibefragung zu unterscheiden, denn diese dient vorab der Information des Gerichts bzw. der Klärung von Parteivorbringen im Rahmen des richterlichen Fragerechts (Art. 51).

Freilich kennen nicht alle kantonalen Zivilprozessordnungen die Beweisaussage, und dort, wo sie im Beweismittelkatalog figuriert, wird sie meist nur im Sinne der *ultima ratio* eingesetzt: Wenn andere Beweismittel fehlen oder versagen. Insoweit dient sie dazu, einen noch nicht voll erbrachten Beweis zu ergänzen oder einen noch nicht voll gescheiterten Beweis zu widerlegen, erfüllt also gewissermassen die Funktion eines „Beweiszuschusses“<sup>167</sup>.

Im Hinblick darauf hatte sich die Expertenkommission zunächst mit der Grundsatzfrage zu befassen, ob die Beweisaussage überhaupt als Beweismittel zuzulassen sei und – falls ja – ob sie nur subsidiär zum Zuge kommen sollte.

Zwei Überlegungen waren für die Aufnahme der Beweisaussage in den Beweismittelkatalog der ZPO massgebend. Zum einen sollte ein modernes Beweisrecht geschaffen werden, was den Anspruch der Parteien auf Beweisführung mittels Beweisaussage impliziert. Wohl ist die Beweisaussage in der Praxis kein sehr häufig angewendetes Beweismittel, doch gibt es Fälle, wo die Nichtzulassung dieses Beweismittels auf eine Verweigerung des Rechts zum Beweis hinauslaufen würde. Zum anderen sollte die Beweisaussage jenen Kantonen, welche dieses Beweismittel bereits kennen, nicht weggenommen werden.

---

<sup>167</sup> Vgl. Sutter, Parteianhörung, S. 327 ff.

Die Folgefrage, ob erst nach Ausschöpfung aller andern Beweismittel zur Beweisaussage gegriffen werden dürfe, hat die Expertenkommission verneint. In einem modernen Beweisrecht sollen die Parteien bezüglich der Beweismittel frei wählen können, was gegen die Subsidiarität der Beweisaussage spricht. Es müssen also nicht erst alle andern Beweismittel abgenommen werden, bevor zur Beweisaussage geschritten werden darf. Dies verbietet sich auch deshalb, weil unter Umständen Parteien und Zeugen miteinander konfrontiert werden müssen, was im gleichen Verfahrensabschnitt zu geschehen hat.

Die in gewissen kantonalen Prozessordnungen vorgesehene Beschränkung, dass die Beweisaussage nur bei *einer* Partei, beispielsweise der Gegenpartei der Antragstellerin, durchgeführt werden dürfe, läuft auf eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung hinaus. Die Beweisaussage muss beiden Parteien zur Verfügung stehen. Es kann also auch die eigene Parteiaussage beantragt werden. Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ist aber stets ein Antrag auf Abnahme dieses Beweismittels erforderlich.

Damit ist die Beweisaussage nach dem Vorentwurf ein vollwertiges Beweismittel (**Abs. 1**). Die naturgemässe Befangenheit der Parteien ist bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Gegenüber der informellen Parteibefragung beruht das besondere Gewicht der Beweisaussage auf der Strafdrohung, welche eine Falschaussage sanktioniert (**Abs. 2**). Die Beweisaussage ist damit ein „Zeugnis in eigener Sache“, erfordert als solches eine entsprechende richterliche Ermahnung und wird auch in der Form des Zeugnisses abgenommen und aufgezeichnet (**Abs. 3**).

## 10. Titel: Die Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten

### *Vorbemerkung*

Dieser Titel betrifft die *inter-* und *innerkantonale* Rechtshilfe. Wenn eine Prozesshandlung ausserhalb des Bezirkes des befassten Gerichtes vorzunehmen ist, hat dieses Gericht nach dem Vorentwurf zwei Möglichkeiten:

- Stellen eines Rechtshilfegesuches an das Gericht des Ortes, wo die Prozesshandlung vorzunehmen ist (Art. 188 f.); oder
- direkte Vornahme der Handlung ausserhalb des eigenen Bezirks (Art. 190). Wenn dafür die Kantonsgrenze überschritten werden muss, ist zuvor das obere Gericht des betroffenen Kantons zu informieren.

Welchen Weg das Gericht beschreitet, steht ihm frei. Damit besteht Raum für entsprechende kantonale Usancen.

### **Art. 187**

**Absatz 1** verpflichtet die Gerichte, sich gegenseitig zu helfen. Damit wird der allgemein anerkannte Grundsatz, welcher sich indirekt aus der Verfassung (Art. 122 Abs. 3 BV) ergibt, wiederholt.

**Absatz 2** sieht eine direkte Korrespondenz zwischen den Gerichten vor, wie sie schon heute auch im interkantonalen Verhältnis gilt<sup>168</sup>.

#### **Art. 188**

Diese Bestimmung regelt den klassischen Fall, wonach das Verfahren durch ein Gesuch eingeleitet wird, welches in der Amtssprache des ersuchenden oder des ersuchten Gerichts abgefasst werden kann. Diese Regelung entspricht dem Konkordat (Art. 1 Ziffer 1, 2. Satz).

#### **Art. 189**

Diese Bestimmung regelt die Durchführung der Prozesshandlung durch das ersuchte Gericht. Mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts stellt sich die Frage des anwendbaren Prozessrechts auch im interkantonalen Verhältnis nicht mehr. Das ersuchte Gericht informiert das ersuchende Gericht und die Parteien über die Modalitäten der Durchführung (**Abs. 1**). Weiter kann das ersuchte Gericht Ersatz für seine Auslagen verlangen (**Abs. 2**).

#### **Art. 190**

Nach dieser Bestimmung kann ein Gericht als Alternative zur Regelung gemäss Artikel 189 alle erforderlichen Prozesshandlung selber vornehmen – auch in einem anderen Kanton. Ist ein anderer Kanton betroffen, genügt es, dass das Gericht das obere Gericht des entsprechenden Kantons informiert. Dieses die Abwicklung eines Verfahrens vereinfachende System ist bereits für bestimmte Handlungen gemäss den Artikeln 6 bis 9 des Konkordats bekannt. Auch im interkantonalen Verhältnis rechtfertigt es sich umso mehr, als das sich die Frage nach dem anwendbaren Recht nicht mehr stellt.

---

<sup>168</sup> Vgl. Artikel 1 Ziffer des Konkordats über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen; SR 274.

## 2. Teil: Besondere Bestimmungen

### 1. Titel: Das ordentliche Verfahren

#### 1. Kapitel: Das Schlichtungsverfahren

##### *Vorbemerkungen*

Ein Schlichtungsverfahren zu Beginn des Prozesses ist von erheblicher Bedeutung: Für die Parteien ist eine vergleichsweise Einigung in diesem frühen Stadium vorteilhaft, weil ihre Kräfte geschont werden und der Streit rasch erledigt wird. Die Parteien sind in diesem Zeitpunkt auch noch nicht durch eine lange Auseinandersetzung zerstritten. Für das gerichtliche Verfahren entsteht durch die vorangehende Schlichtung eine nicht zu unterschätzende Entlastung. Das Schlichtungsverfahren ist denn auch ein Kernpunkt des Vorentwurfs.

Heute bestehen bezüglich den Schlichtungsverfahren kantonale Unterschiede: Häufig ist ein ausserhalb des erstinstanzlichen Gerichts stehender Friedensrichter/Vermittler mit der Schlichtung betraut. Zum Teil wird das Schlichtungsverfahren auch gerade vom erstinstanzlichen Gericht durchgeführt. Da der Vorentwurf die Regelung der Gerichtsorganisation (Art. 1 Abs. 3) und der sachlichen Zuständigkeit (Art. 2) grundsätzlich den Kantonen überlässt, können sie ihre Traditionen weiterführen.

Kantonale Unterschiede bestehen im Weiteren bei der Frage, für welche Streitigkeiten ein vorgängiger Schlichtungsversuch *obligatorisch* oder *fakultativ* ist und welche Streitigkeiten vom Schlichtungsverfahren überhaupt *ausgenommen* sind. Der Vorentwurf verfolgt hier eine mittlere Linie. Insgesamt aber erfährt das Schlichtungsverfahren eine Aufwertung, indem bereits die Einreichung des Gesuches die *Rechtshängigkeit* begründet (Art. 206). Eine Partei, die auf eine rasche Rechtshängigkeit Wert legt, wird daher, auch bei Freiwilligkeit, das Schlichtungsverfahren einleiten.

Von besonderer Bedeutung ist, dass der Vorentwurf das im *Miet- und Pachtrecht* sehr bewährte, vor paritätisch besetzten Behörden durchgeführte Schlichtungsverfahren auf *arbeitsrechtliche Streitigkeiten* ausdehnt. Zudem soll die Schlichtungsbehörde die Kompetenz erhalten, in einem weiteren Umfang als bisher *Urteilsvorschlüsse* zu erlassen. In verschiedenen Kantonen ist der Friedensrichter/Vermittler neben der Schlichtung auch zum Entscheid in Bagatellstreitigkeiten zuständig. Der Vorentwurf ermöglicht es den betreffenden Kantonen, solche Verfahren (bis CHF 1'000) beizubehalten. Das Schlichtungsverfahren kann in diesen Fällen unmittelbar in das Entscheidungsverfahren übergehen.

#### **Art. 191**

Der Vorentwurf stellt den Grundsatz auf, dass dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vorangeht, doch gibt es hiervon Ausnahmen. In Artikel 192 sind die Möglichkeiten des Verzichts geregelt und in Artikel 193 der Ausschluss des Schlichtungsverfahrens. Wo das Schlichtungsverfahren obligatorisch ist, stellt dessen Durchführung eine Prozessvoraussetzung dar, die mit der Klagebewilligung (Art. 202) bewiesen wird.

Die Schlichtungsbehörde muss eine gerichtliche Behörde sein (vgl. dazu den Kommentar zu Art. 194).

## Art. 192

Wenn beide Parteien das Schlichtungsverfahren als nutzlos betrachten, ist eine Durchführung in der Regel wenig sinnvoll. Der Vorentwurf stellt es den Parteien daher frei, *gemeinsam* auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten, soweit dieses nicht als obligatorisch erklärt ist (**Abs. 1**; vgl. unten Abs. 3). Damit dieser Verzicht bei Klageeinreichung belegt werden kann, ist er schriftlich zu vereinbaren.

**Absatz 2** zählt jene Fälle abschliessend auf, in denen es der klagenden Partei freisteht, vor der Klageeinreichung ein Schlichtungsverfahren einzuleiten (*einseitiger Verzicht*): Das gilt bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 20'000 (**Bst. a**) sowie bei ausländischem Wohnsitz oder unbekanntem Aufenthalt der beklagten Partei (**Bst. b und c**).

Eine Partei mit ausländischem Wohnsitz wird häufig von der Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung dispensiert werden (Art. 198 Abs. 3 Bst. b), doch kann die Einleitung des Schlichtungsverfahrens für die klagende Partei im Hinblick auf die Rechtshängigkeit gleichwohl sinnvoll sein (Art. 206).

Bei *Scheidungsklagen* (streitige Scheidungen) ist nach dem Vorentwurf somit ein einseitiger Verzicht unzulässig. Die Parteien können aber einvernehmlich auf das Schlichtungsverfahren verzichten. Nach geltendem Recht (Art. 136 Abs. 2 ZGB, der aufgehoben wird; vgl. Anhang Ziff. 2) steht es den Kantonen frei, bei streitigen Scheidungen ein Schlichtungsverfahren anzuordnen oder auszuschliessen.

**Absatz 3** definiert die Fälle, in denen das Schlichtungsverfahren *zwingend* ist. Jeder Verzicht darauf – auch der einvernehmliche – wäre unzulässig. Es handelt sich um die Streitigkeiten, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind (vgl. den Katalog von Art. 237).

Zunächst gilt das also für:

- Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht,
- Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Mitwirkungsgesetz und dem AVG (ohne Rücksicht auf den Streitwert),
- Streitigkeiten nach dem GIG.

Nach Artikel 194 Absatz 2 sind hier überdies besondere, paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörden zuständig, die auch Urteilstvorschläge erlassen können (Art. 204). Wegen der besonderen Verfahrensgestaltung wäre es nicht sinnvoll, einen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren zuzulassen. Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht ist das Schlichtungsverfahren denn auch bereits nach bisherigem Recht obligatorisch (Art. 274e OR; kann aufgehoben werden; vgl. Anhang, Ziff. 3)<sup>169</sup>. Für Streitigkeiten aus GIG kann es heute von den Kantonen immerhin obligatorisch erklärt werden (Art. 11 Abs. 2 GIG, kann aufgehoben werden, vgl. Anhang, Ziff. 1).

Sodann ist das Schlichtungsverfahren für alle *vermögensrechtlichen Streitigkeiten* bis zu einem Streitwert von CHF 20'000 zwingend. Bei den kleinen Forderungsstreitigkeiten sind die Vergleichschancen erfahrungsgemäss sehr hoch, wodurch sich die

---

<sup>169</sup> BGE 124 III 23 f. Erw. 2b, 118 II 307 ff.; BSK-Peter Weber/Roger Zihlmann, Art. 274a OR N 2.

obligatorische Schlichtung geradezu aufdrängt. Gleiches gilt für die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungstreitigkeiten sowie für die Durchsetzung des Auskunftsrechts nach dem DSG (vgl. Art. 15 Abs. 4 DSG, der aufgehoben wird, vgl. Anhang, Ziff. 13).

### Art. 193

Diese Bestimmung definiert die Fälle, in denen das Schlichtungsverfahren *ausgeschlossen* ist. Betroffen sind Streitigkeiten, bei denen ein vorgängiger Schlichtungsversuch von vorneherein nutzlos oder mit dem Gebot eines raschen Verfahrens unvereinbar wäre.

Nach **Absatz 1** trifft dies zu bei Klagen über den Personenstand sowie auf Eheungültigkeit, weil hier die Prozesse nicht durch Vergleich oder Anerkennung erledigt werden können (**Bst. a und b**). Wie bisher ist das Schlichtungsverfahren sodann ausgeschlossen bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren (**Bst. c**; vgl. Art. 136 Abs. 1 ZGB, der aufgehoben wird, vgl. Anhang, Ziff. 2). Im summarischen Verfahren ist die Schlichtung aus Gründen der Beschleunigung nicht denkbar (**Bst. d**). Und schliesslich ist es nicht sinnvoll, ein Schlichtungsverfahren zu wiederholen, wenn bereits früher eines (erfolglos) stattgefunden hat (**Bst. e**). Daher wäre es nicht erneut durchzuführen, wenn – nach erteilter Klagebewilligung – die Klagefrist verpasst wurde, die Klage aber später doch noch eingereicht werden soll (Art. 202 Abs. 3). Gleiches gilt, wenn eine Klage nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder zurückgewiesen wurde (Art. 207), damit sie beim zuständigen Gericht neu eingereicht werden kann.

**Absatz 2** schliesst das Schlichtungsverfahren – wie heute viele kantonale Prozessordnungen – für alle SchKG-Klagen aus, die nach geltendem Recht im *beschleunigten Verfahren* zu beurteilen sind. Das entspricht der Dringlichkeit dieser Prozesse (vgl. im Übrigen den Kommentar zu Art. 118). Neu gehören auch die Aussonderungs- und Admassierungsklage (Art. 242 SchKG) in diesen Katalog der Dringlichkeiten, denn auch sie betreffen – wie die Widerspruchsklage – die Zusammensetzung des Vollstreckungssubstrates.

**Absatz 3** geht auf Artikel 274g OR zurück (wird aufgehoben, vgl. Anhang, Ziff. 3). Wenn einerseits bei der Schlichtungsbehörde ein mietrechtliches Anfechtungsverfahren und andererseits beim Ausweisungsgericht eine Exmission hängig sind, so soll – wie nach geltendem Recht – eine Kompetenzattraktion beim Ausweisungsgericht stattfinden. Die Schlichtungsbehörde überweist daher ihr Anfechtungsverfahren dem Ausweisungsgericht, das die Streitsache unter beiden Aspekten beurteilt. In Bezug auf die Kündigungsanfechtung – bzw. eine allfällige Erstreckung des Verhältnisses – gelten für das Ausweisungsgericht wie bisher keine Beweisbeschränkungen<sup>170</sup>. Ein Schlichtungsversuch findet jedoch nicht statt.

Zu beachten ist, dass der Vorentwurf den Anwendungsbereich erweitert: So soll die Kompetenzattraktion bei der *Anfechtung aller – nicht nur der ausserordentlichen – Kündigungen* stattfinden, denn die Verfahrenskoordination ist bei beiden Kündigungsarten gleichermassen notwendig. Die Kompetenzattraktion wird im Weiteren auf die *landwirtschaftliche Pacht* ausgedehnt, da diese nun auch dem Schlichtungsverfahren nach Artikel 191ff. untersteht.

---

<sup>170</sup> BGE122 III 92 ff.



## Art. 194

Wie bereits ausgeführt, ist es grundsätzlich Sache der Kantone, die Schlichtungsbehörden zu bestimmen (**Abs. 1**). Sie können Personen ausserhalb des erstinstanzlichen Gerichts einsetzen, doch müssen sie unabhängig von der kantonalen Verwaltung sein, denn Artikel 191 verlangt eine "gerichtliche Schlichtungsbehörde". Die Kantone sind auch frei, ein erstinstanzliches Gericht mit den Aufgaben der Schlichtungsbehörde zu betrauen. Ob dann dieses später auch das zum Entscheid zuständige Gericht ist, bleibt ebenfalls kantonaler Regelung vorbehalten.

In Miet- und Pachtsachen hingegen greift bereits das bisherige Recht in die kantonale Organisationshoheit ein. Hier sind die Kantone verpflichtet, eine paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörde einzusetzen (Art. 274a OR, vgl. Anhang, Ziff. 3). Dieses Paritätserfordernis hat sich in der Praxis sehr bewährt, so dass es nach **Absatz 2** auf die landwirtschaftliche Pacht, die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sowie auf die Streitigkeiten nach dem GIG ausgedehnt werden soll. Diese Verfahren, die ebenfalls als soziale Prozesse bezeichnet werden können, eignen sich gut für eine paritätisch besetzte Schlichtung. Die Schlichtungsbehörden für arbeitsrechtliche Streitigkeiten werden in einer gewissen Beziehung die Tradition der in verschiedenen Kantonen bestehenden Arbeitsgerichte weiterführen. Die paritätische Besetzung entbindet die Behörde im Übrigen nicht von einer unabhängigen und unparteiischen Amtsführung (Art. 30 Abs. 1 BV).

## Art. 195

**Absatz 1** übernimmt die Regelung von Artikel 274a OR bzw. 11 GIG, wonach die Schlichtungsstellen die Parteien auch zu beraten haben. Ein späteres Schlichtungsverfahren zwischen den Parteien darf dann aber nicht durch dieselben Personen durchgeführt werden (Art. 43).

**Absatz 2** übernimmt die Einschränkung nach Artikel 274c OR, wonach in Mietsachen nur die ordentlichen Schlichtungsstellen als Schiedsgerichte amten dürfen.

## Art. 196

**Absatz 1** bestimmt die Modalitäten des Schlichtungsgesuchs. Da mit seiner Einreichung die Rechtshängigkeit begründet wird (Art. 206 Abs. 1), wird verlangt, dass es alle Elemente nennt, die notwendig sind, um die Identität der Klage festzustellen (Gegenpartei, Streitgegenstand, Rechtsbegehren)<sup>171</sup>. Der Bundesrat soll dafür Formulare zur Verfügung stellen – zur Vereinfachung (vgl. auch Art. 236). Mit der Einreichung des Schlichtungsgesuches wird im Übrigen die Verjährung unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR).

Nach **Absatz 2** erhält die Gegenpartei das Schlichtungsgesuch zugestellt; zugleich werden die Parteien zur Vermittlung vorgeladen.

---

<sup>171</sup> So auch im aargauischen Recht, wo mit dem Schlichtungsbegehren (§ 140 ZPO/AG) ebenfalls Rechtshängigkeit entsteht: Bühler/Edelmann/Killer, § 138 N 2.

### Art. 197

Das Gebot der Prozessbeschleunigung verlangt, dass das Schlichtungsverfahren rasch durchgeführt wird (**Abs. 1**): Die Schlichtungsverhandlung hat daher innert Monatsfrist nach Einreichung des Gesuches stattzufinden.

Nach **Abs. 2** findet der Schlichtungsversuch im Rahmen einer mündlichen (formlosen) Aussprache statt. Die Schlichtungsbehörde ist – unter Beachtung der allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze – frei, in welcher Weise sie versuchen will, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen. Hier besteht auch Raum für neuere Methoden der Streitschlichtung. Ist die Schlichtungsbehörde nach der kantonalen Zuständigkeitsordnung personell identisch mit dem erstinstanzlichen Gericht, hat sie allerdings darauf zu achten, dass sie aufgrund ihres Engagements im Schlichtungsverfahren für das nachfolgende gerichtliche Verfahren nicht als befangen erscheint (Art. 43).

Grundsätzlich findet an der Schlichtungsverhandlung kein Beweisverfahren statt (**Abs. 3**). Die Schlichtungsbehörde lässt sich aber die wesentlichen Urkunden vorlegen. Eine Partei, welche solche Urkunden nicht herausgibt und damit eine Einigung verhindert, kann nach Art. 99 zur Bezahlung der Prozesskosten eines nachfolgenden (unnötigen) Prozesses verpflichtet werden. Einen (formlosen) Augenschein kann die Schlichtungsbehörde nur mit Zustimmung der Parteien durchführen.

Zur Förderung einer gütlichen Einigung (unbeschwerte Aussprache) ist die Verhandlung nicht öffentlich (**Abs. 4**). Nur die Parteien (gegebenenfalls mit Begleitung) und allfällige Vertreter sind zugelassen. Der Grundsatz der Öffentlichkeit (Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) wird – bei fehlender Einigung – in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren gewahrt.

Um den Parteien eine weitere Bedenkzeit einzuräumen oder um ihnen mehr Zeit für die Vergleichsverhandlungen zu geben, kann das Protokoll offen gehalten werden (**Abs. 5**). Das Schlichtungsverfahren wird dann gleichsam sistiert, allerdings nur im Einverständnis der Parteien und längstens für sechs Monate. Auf Verlangen der Parteien kann zudem eine zweite Schlichtungsverhandlung durchgeführt werden.

### Art. 198

Entsprechend zahlreichen kantonalen Prozessordnungen verlangt der Vorentwurf, dass die Parteien persönlich an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen haben (**Abs. 1**). Dadurch soll ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien ermöglicht werden, bevor es allenfalls zur Klageeinreichung kommt.

Die Parteien haben jedoch immer die Möglichkeit, sich bei dieser Verhandlung anwaltlich oder durch eine Vertrauensperson (Laie) *begleiten* zu lassen (**Abs. 2**). Diese Begleitung entspricht dem dafür heute gängigen – aber nicht mehr zeitgemässen – Terminus „Verbeiständung“. Die Begleitperson darf also aktiv teilnehmen und sich an der Verhandlung äussern. Es wäre wenig sinnvoll, eine Vertrauensperson von einem Vergleichsgespräch auszuschliessen, wenn sie eine Partei zuvor schon beraten hat. Die Parteien sollen aber – trotz Begleitung – immer auch persönlich in die Verhandlungen einbezogen werden.

**Absatz 3** regelt die Ausnahmen von der persönlichen Erscheinungspflicht. Diesfalls werden die (abwesenden) Parteien *vertreten*.

**Buchstabe a** betrifft die Streitigkeiten aus dem Miet-, Pacht- und Arbeitsverhältnis. Hier kann sich der Arbeitgeber durch einen Arbeitnehmer und der Vermieter durch die Liegenschaftsverwaltung vertreten lassen. Die Vertretung muss aber zum Vergleichsabschluss bevollmächtigt sein. Es sollen also diejenigen Personen am Schlichtungsverfahren teilnehmen, welche am besten über die Streitsache orientiert sind.

**Buchstabe b** nennt allgemeine Verhinderungsgründe persönlichen Erscheinens (Krankheit, Alter, entfernter Wohnsitz, längere Abwesenheit und dgl.). Das Dispensationsgesuch kann vorgängig gestellt oder der Schlichtungsbehörde durch die Vertretung gerade an der Verhandlung selbst vorgelegt werden.

### Art. 199

Um an der Schlichtungsverhandlung eine freie Aussprache zu ermöglichen, dürfen die Aussagen der Parteien nicht protokolliert werden. Was hier von den Parteien gesagt wird, darf zudem auch im nachfolgenden Entscheidungsverfahren nicht berücksichtigt werden. Nur für die Kurzbegründung eines Urteilsvorschlages (Art. 204) erlaubt der Vorentwurf diesbezüglich eine Ausnahme.

### Art. 200

**Absatz 1** regelt die Säumnis der klagenden Partei bei der Schlichtungsverhandlung: Das Schlichtungsgesuch gilt als zurückgezogen, wodurch das Schlichtungsverfahren beendet ist und die Rechtshängigkeit wieder entfällt. Doch entsteht keine materielle Rechtskraft, da die Fortführungslast erst nach Eröffnung des Entscheidungsverfahrens vor dem Gericht eintritt (Art. 209). Eine neue Klageeinleitung ist somit grundsätzlich zulässig<sup>172</sup>. Durch die Säumnis kann die klagende Partei aber eine Klagefrist wirken – auch in Mietsachen (z.B. eine Anfechtungsfrist)<sup>173</sup>. Im Weiteren trägt die klagende Partei aufgrund des fingierten Rückzuges die Gerichtskosten des Schlichtungsverfahrens.

Wenn demgegenüber die beklagte Partei nicht zur Schlichtungsverhandlung erscheint, wird das Verfahren nach **Absatz 2** so fortgesetzt, als wäre keine Einigung zu Stande gekommen: Die Schlichtungsbehörde erteilt der klagenden Partei die Klagebewilligung (Art. 202), erlässt einen Urteilsvorschlag (Art. 204) oder eröffnet das Entscheidungsverfahren (Art. 205).

### Art. 201

Diese Bestimmung betrifft die erfolgreiche Schlichtung. Das Zustandekommen eines Vergleichs, eine Klageanerkennung oder ein Klageverzicht wird zu Protokoll genommen (**Abs. 1**). Darin wird auch über die Gerichtskosten des Schlichtungsverfahrens befunden. Wenn sich die Parteien darüber nicht einigen, werden die Kosten nach den Artikeln 97 und 100 verteilt (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 203). Demgemäss hätte die beklagte Partei die Kosten etwa dann zu übernehmen, wenn sie die Klage anerkennt. Die Parteien erhalten ein Exemplar des Schlichtungsprotokolls.

<sup>172</sup> BGE 124 III 24 und 247 ff.

<sup>173</sup> BGE 120 II 28 ff. hat die Frage für das Mietverfahren offen gelassen.

Dieses Protokoll hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (**Abs. 2**) und stellt insbesondere einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar (Art.80 SchKG).

### Art. 202

Bei Scheitern des Schlichtungsversuches wird der klagenden Partei grundsätzlich die Klagebewilligung erteilt (**Abs. 1**; zu den Ausnahmen vgl. Art. 204 und 205). Sie belegt, dass ein Schlichtungsverfahren (ohne Einigung) durchgeführt worden ist. In den Fällen des obligatorischen Schlichtungsverfahrens stellt die Klagebewilligung – wie oben ausgeführt (Art. 191) – eine Prozessvoraussetzung dar.

**Absatz 2** bestimmt den Inhalt der Klagebewilligung. Weil mit ihr auch die Rechtshängigkeit der Streitsache bewiesen werden kann, hat sie die einschlägigen Elemente zu enthalten: Nämlich die Angaben über die Parteien (und allfälliger Vertreter), das Rechtsbegehren, den Streitgegenstand sowie das Datum der Einleitung des Schlichtungsverfahrens. Daneben enthält die Klagebewilligung die Verfügung über die Gerichtskosten (Art. 203), sie ist datiert und vom Gericht unterzeichnet. Weil eine Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren erhoben werden darf (vgl. Art. 213), sind auch deren Rechtsbegehren und Streitgegenstand anzugeben.

Die Klagebewilligung berechtigt während zweier Monate, die Klage einzureichen (**Abs. 3**). Der Vorentwurf will hier aus Gründen der Prozessbeschleunigung keine längere Frist einräumen. Auch finden hier die Bestimmungen über den Stillstand der Fristen (Art. 138) keine Anwendung.

### Art. 203

Bei Erteilung der Klagebewilligung trägt die klagende Partei die Gerichtskosten des Schlichtungsverfahrens (**Abs. 1**), doch werden sie im nachfolgenden Prozess zur Hauptsache geschlagen und zusammen mit den Kosten des gerichtlichen Verfahrens verteilt (**Abs. 2**).

Die klagende Partei trägt die Kosten des Schlichtungsverfahrens aber endgültig, wenn sie das Schlichtungsgesuch zurückzieht, die Klage innert der Gültigkeitsdauer der Klagebewilligung nicht einreicht oder wenn sie überhaupt auf die Klage verzichtet.

### Art. 204

In **Absatz 1** wird abschliessend bestimmt, wann die Schlichtungsbehörde keine Klagebewilligung erteilt, sondern einen Urteilsvorschlag erlässt. Bereits nach geltendem Recht hat die Schlichtungsbehörde in gewissen Fällen diese Möglichkeit (vgl. Art. 274a Abs. 1 lit. c, Art. 274e Abs. 2 OR): So bei der Kündigungsanfechtung und der Mieterstreckung (Art. 273 OR) sowie bei der Hinterlegung des Mietzinses (Art. 259i OR). Der Urteilsvorschlag ist in ähnlicher Weise auch im Zivilprozess der Kantone Aargau und St. Gallen bekannt<sup>174</sup>.

Der Vorentwurf dehnt die Anwendbarkeit des Urteilsvorschlags aus: Erfasst werden *alle Streitigkeiten* aus Miete und Pacht (inkl. landwirtschaftliche Pacht) sowie jene

---

<sup>174</sup> Bühler/Edelmann/Killer, § 145 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 144 N 1 ff.; Leuenberger, Streiterledigung, S. 51 ff.

aus Arbeitsrecht (bis zu einem Streitwert von CHF 30'000). Der Erfolg der Miet-schlichtungsbehörden<sup>175</sup>, der ganz wesentlich auf deren Fachkompetenz und auch auf die paritätische Zusammensetzung zurückzuführen ist, rechtfertigt diese Aufwertung. Auch für die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, die ein einfaches Verfahren verlangen, ist der Urteilsvorschlag geradezu prädestiniert.

Beim Verfahren des Urteilsvorschlags handelt es sich immer noch um ein Schlichtungsverfahren, das als solches nicht mit allen Verfahrensgarantien ausgestattet werden kann<sup>176</sup>. Die Schlichtungsbehörde kann daher kein eigentliches Beweisverfahren durchführen<sup>177</sup>, sondern nur Urkunden einsehen und mit Zustimmung der Parteien einen (formlosen) Augenschein vornehmen (Art. 197). Sie hat den Urteilsvorschlag aufgrund der vorliegenden Akten, gegebenenfalls aufgrund der Wahrnehmungen beim Augenschein und in Würdigung der Vorbringen der Parteien nach der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens und Unterliegens zu formulieren. In diesem Rahmen ist analog auch der in Artikel 241 vorgeschriebene Untersuchungsgrundsatz anzuwenden. Auch eine schriftliche „Urteilsbegründung“ steht im Ermessen des Gerichts und darf kurz sein (**Abs. 2**). Häufig werden den Parteien die Überlegungen der Schlichtungsbehörde in wenigen Sätzen dargelegt<sup>178</sup>.

Erfahrungsgemäss werden Urteilsvorschläge in beträchtlichem Umfang angenommen, wodurch zahlreiche Streitsachen rasch, kostengünstig und auf eine verträgliche Weise geregelt werden können. Die gerichtliche Beurteilung mit den üblichen Verfahrensgarantien steht aber jeder Partei offen.

Der Urteilsvorschlag ist zunächst nur ein behördlicher Vergleichsvorschlag aufgrund einer vorläufigen Beurteilung. Doch hat er ein ganz besonderes Gewicht, indem er nach **Absatz 3** zu einer rechtskräftigen Entscheidung wird, sofern die Streitsache von einer beschwerten Partei nicht innert 30 Tagen dem Gericht unterbreitet wird. Dadurch legt der Urteilsvorschlag die Parteirollen für das spätere gerichtliche Verfahren fest<sup>179</sup>. Wenn beide Parteien teilweise unterliegen, haben beide die Möglichkeit, das Gericht anzurufen. Darauf sind die Parteien hinzuweisen (**Abs. 4**). Im Übrigen ist der Urteilsvorschlag sinngemäss wie ein Entscheid zu halten.

Zu beachten ist, dass die 30-tägige Klagefrist – anders als die ordentliche bei der Klagebewilligung (Art. 202 Abs. 3) – während der Gerichtsferien stillsteht.

## Art. 205

Der Vorentwurf nimmt Rücksicht auf verschiedene Kantone, welche dem Friedensrichter allgemein in Bagatellstreitigkeiten Entscheidkompetenz einräumen. Bei einer solchen Zuständigkeit fällt der Vermittler nach einem erfolglosen Schlichtungsversuch in der Regel sofort einen Entscheid. Diese Möglichkeit behält der Vorentwurf für

---

<sup>175</sup> Vgl. die Statistiken des Bundesamts für Wohnungswesen, [www.bwo.admin.ch/de/mietrecht/mfr\\_05.htm](http://www.bwo.admin.ch/de/mietrecht/mfr_05.htm).

<sup>176</sup> BGE 121 III 269; Gmür, S. 125; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 153 N 2b; für weitergehende Verfahrensgarantien im Schlichtungsverfahren: Fabienne Hohl, *Réalisation*, S. 251.

<sup>177</sup> BSK-Peter Weber/Roger Zihlmann, Art. 274e OR N 2: ähnlich im aargauischen Recht: Bühler/Edelmann/Killer, § 146 N 1.

<sup>178</sup> ZHK-Peter Higi, Art. 274e OR N 64 ff.

<sup>179</sup> BGE 121 III 269; ZHK-Peter Higi, Art. 274f OR N 42; BSK-Peter Weber/Roger Zihlmann, Art. 274f OR N 2.

Streitigkeiten bis CHF 1'000 bei (**Abs. 1**). Doch darf das Entscheidverfahren nicht einfach von Amtes wegen eröffnet werden, sondern nur auf Begehren der klagenden Partei: Denn bis zu diesem Zeitpunkt hat sie noch die Möglichkeit, das Schlichtungsbegehren gefahrlos – ohne Rechtskraftwirkung – zurückzuziehen. Die Schlichtungsbehörde muss die Partei also darauf hinweisen, dass mit der unmittelbaren Eröffnung des Entscheidverfahrens die Fortführungslast einsetzt (Art. 209). Es steht der klagenden Partei frei, statt Eröffnung des Entscheidverfahrens eine Klagebewilligung zu verlangen und auf diese Weise der drohenden Fortsetzungslast einstweilen zu entgehen.

Das unmittelbare Entscheidverfahren folgt den Regeln des vereinfachten Verfahrens sinngemäss (**Abs. 2**; vgl. Art. 237 ff.). Klage und Klageantwort werden aber nur mündlich vorgetragen. Für das allfällige Beweisverfahren gelten die allgemeinen Regeln<sup>180</sup>. Nicht zur Anwendung kommt dieses Entscheidverfahren in den Sachgebieten, wo nach Artikel 204 ein Urteilsvorschlag zu erlassen ist (**Abs. 3**).

## 2. Kapitel: Rechtshängigkeit und Fortführungslast

### Art. 206

Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ist in den kantonalen Prozessordnungen unterschiedlich geregelt. Zum einen Teil tritt sie mit der ersten verfahrenseinleitenden Handlung oder im Laufe des Schlichtungsverfahrens ein. Zum anderen Teil beginnt sie erst mit der Einreichung der Klageschrift und der Klagebewilligung beim Gericht<sup>181</sup>.

Der Vorentwurf lässt die Rechtshängigkeit mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs oder der Klage eintreten (**Abs. 1**). Für einen Teil der Kantone ändert damit nichts oder wenig; für einen anderen Teil wird die Rechtshängigkeit vorverschoben. Die gleiche frühe Rechtshängigkeit gilt bereits heute für Scheidungsklagen (Art. 136 Abs. 2 ZGB, vgl. Anhang, Ziff. 2) und für Klagen im internationalen Verhältnis (Art. 9 Abs. 2 IPRG). Eine ähnliche Regelung hätte seinerzeit mit dem Gerichtsstandsgesetz eingeführt werden sollen<sup>182</sup>, doch wurde sie vom Parlament gestrichen, u.a. um der vorliegenden Gesetzgebung über den Zivilprozess nicht vorzugreifen<sup>183</sup>.

Ein früher Eintritt der Rechtshängigkeit ist von erheblicher Bedeutung, denn er schafft rasch Klarheit über den Gerichtsstand und wirkt damit dem so genannten "Forum running" entgegen. Damit der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bewiesen werden kann, wird der Eingang des Schlichtungsgesuches oder der Klageschrift den Parteien auf Verlangen hin bestätigt (**Abs. 2**). Für gemeinsame Scheidungsbegehren (Art. 111 ZGB) wird – wie im geltenden Recht (Art. 136 Abs. 1 ZGB) – klargestellt, dass die Rechtshängigkeit mit der Einreichung beim Gericht eintritt.

---

<sup>180</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 194/195 N 3.

<sup>181</sup> Leuenberger, Gerichtsstände, S. 25 ff.

<sup>182</sup> Botschaft zum GestG, BBl 1999 2873.

<sup>183</sup> Art. 38 Entwurf des GestG; Voten der Nationalräte Erwin Jutzet und Jost Gross, Amtl. Bull. NR 1999 1029 ff., 1034 und 1035; Leuenberger, Gerichtsstände, S. 25 f.

## Art. 207

**Absatz 1** entspricht wörtlich der entsprechenden Regel des GestG (Art. 34 Abs. 2 GestG). Der Fortbestand der Rechtshängigkeit wird jedoch neu auf den Fall ausgedehnt, dass die Klage nicht in der richtigen Verfahrensart eingereicht wurde (**Abs. 2**). Zu denken ist etwas an ein Gesuch für schnellen Rechtsschutz, auf das – mangels Liquidität der Verhältnisse – nicht eingetreten wird (Art. 267). Die Rechtshängigkeit bleibt erhalten, sofern binnen 30 Tagen das zutreffende ordentliche Verfahren eingeleitet wird.

## Art. 208

Nach dem Vorentwurf hat die Rechtshängigkeit drei Wirkungen (**Abs. 1**):

- Eine identische Klage kann nicht mehr anderweitig rechtshängig gemacht werden (**Bst. a**). Identität besteht, wenn die Parteien und der Streitgegenstand gleich sind (*eadem res inter easdem partes*). Gleich ist der Streitgegenstand, wenn das gleiche Rechtsbegehren aus dem gleichen Lebensvorgang geltend gemacht wird. Die fehlende anderweitige Rechtshängigkeit ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 54). Zur Frage der Identität besteht eine reichhaltige Rechtsprechung und Literatur, die ihre Bedeutung vollumfänglich beibehält<sup>184</sup>.
- Mit der Rechtshängigkeit werden sodann die örtliche und die sachliche Zuständigkeit fixiert (**Bst. b**). Die örtliche Zuständigkeit kann damit durch einen Wohnsitzwechsel der beklagten (bzw. der klagenden Partei) nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr verloren gehen. Auch die sachliche Zuständigkeit bleibt bestehen, selbst wenn sich der Streitwert im Laufe des Verfahrens ändert.
- Die Rechtshängigkeit gibt der beklagten Partei schliesslich die Möglichkeit, Widerklage (Art. 85) zu erheben (**Bst. c**). Sie kann dies aber auch noch später zusammen mit der Klageantwort tun (Art. 213).

Die Fortführungslast hingegen (Art. 209) entsteht bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch nicht: Sie tritt erst mit der Eröffnung des Entscheidungsverfahrens ein.

Das Bundeszivilrecht und das SchKG setzen für verschiedene Klagen Fristen, in denen sie eingeleitet, angehoben oder rechtshängig gemacht sein müssen: So 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) sowie für verschiedene Klagen des SchKG wie die Aberkennungsklage (Art. 83 SchKG) oder die Kollokationsklage (Art. 250 SchKG). Es handelt sich hier um Verwirkungsfristen. Um Klarheit zu schaffen, in welchem Zeitpunkt sie unter den verschiedenen kantonalen Prozessordnungen als gewahrt zu betrachten sind, stellte das Bundesgericht bereits früh in seiner Rechtsprechung folgende Regel auf: Die Klagefrist wird gewahrt mit der so genannten *Klageanhebung*, d.h. mit derjenigen prozesseinleitenden oder vorbereitenden Handlung, mit der zum ersten Mal in bestimmter Form für den erhobenen Anspruch der Schutz des

---

<sup>184</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 8. Kap. N 1 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, § 107 N 7 ff.; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 160 N 6; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 72 N 1.

Gerichts angerufen wird<sup>185</sup>. **Absatz 2** nimmt diese Regel auf und stellt klar, dass – einheitlich – der Eintritt der Rechtshängigkeit für die Fristwahrung massgebend ist. Damit wird auch in Zukunft nach den gleichen Kriterien beurteilt werden können, ob diese Klagefristen gewahrt sind.

### Art. 209

Unter Fortführungslast wird die Obliegenheit der klagenden Partei verstanden, ihre Klage fortzuführen. Tut sie dies nicht – insbesondere indem sie ihre Klage zurückzieht – trägt sie die Folgen der vollen materiellen Rechtskraft: Die gleiche Klage kann nicht mehr ein zweites Mal rechtshängig gemacht werden. Einzige Ausnahme ist der Klagerückzug nach Artikel 207. Die meisten Kantone kennen bereits heute vergleichbare Regelungen; einzelne lassen die Fortführungslast allerdings etwas später (oder überhaupt nicht) eintreten<sup>186</sup>.

Nach dem Vorentwurf wirkt diese Fortführungslast erst ab Eröffnung des Entscheidungsverfahrens: Dies geschieht unmittelbar *mit der Klageeinreichung* beim Gericht. Damit tritt die Fortführungslast unter Umständen einiges später ein als die Rechtshängigkeit: Sie bleibt noch einige Monate aufgeschoben, wenn die Streitigkeit durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs rechtshängig gemacht wird. Denn während des Schlichtungsverfahrens soll die klagende Partei noch die Möglichkeit haben, ihr Begehren ohne Rechtskraftwirkung zurückzuziehen (vgl. auch den Kommentar zu Art. 200). Wird die Rechtshängigkeit hingegen gerade durch direkte Einreichung der Klage begründet, so entsteht im gleichen Moment die Fortführungslast.

## 3. Kapitel: Das Entscheidungsverfahren

### Klage, Klageantwort und Widerklage

#### Art. 210

**Absatz 1** schreibt die für die Klageschrift notwendigen Elemente vor und äussert sich in **Absatz 2** zu den Beilagen. Der Vorentwurf übernimmt dabei gängiges Prozessrecht.

Besonders hinzuweisen ist auf **Absatz 3**, der sich zu den rechtlichen Ausführungen in der Klage äussert, denn diesbezüglich bestehen in den kantonalen Prozessordnungen unterschiedliche Regelungen<sup>187</sup>. Der Vorentwurf lässt im Sinne einer mittleren Lösung rechtliche Ausführungen zu, erklärt sie aber nicht als obligatorisch, da das Recht von den Gerichten von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 52).

#### Art. 211

Das Gericht setzt der beklagten Partei eine Frist zur Beantwortung der Klage (**Abs. 1**). Es handelt sich um eine gerichtliche Frist, die erstreckt werden kann (Art. 137).

<sup>185</sup> BGE 42 II 102, vgl. dazu Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 23 ff.

<sup>186</sup> Leuenberger, Gerichtsstände, S. 32 f.

<sup>187</sup> Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 159 N 2b.



Nach **Absatz 2** soll die beklagte Partei zunächst Einwendungen gegen die Fortführung des Prozesses erheben, d.h. das Fehlen von Prozessvoraussetzungen geltend machen. Sie kann dem Gericht auch beantragen, das Verfahren vorerst auf solche Eintretensfragen zu beschränken (Art. 115), doch kann dies das Gericht auch von Amtes wegen tun. Wenn sich die beklagte Partei in der Klageantwort nur zum Eintreten äussert, das Gericht aber eine Beschränkung ablehnt, dann muss ihr eine weitere Frist für die Stellungnahme in der Sache angesetzt werden.

In der Sache selber hat die beklagte Partei ein Rechtsbegehren zu stellen und darzulegen, ob und inwiefern sie die Behauptungen der klagenden Partei bestreitet. Sie hat mit anderen Worten ihrer Bestreitungslast nachzukommen. Bei detailliert vorgetragene Tatsachenbehauptungen darf von der beklagten Partei erwartet werden, dass sie ebenfalls detailliert angibt, welche Positionen sie bestreitet und welche sie gegebenenfalls anerkennt<sup>188</sup>. Soweit Tatsachen aber nicht zugestanden sind, gelten sie als streitig (Art. 145 Abs. 2). Im Übrigen richtet sich der Inhalt der Klageantwort sinngemäss nach den Bestimmungen über die Klage (**Abs. 3**).

### Art. 212

Wird die Klageantwort nicht innert Frist eingereicht, setzt das Gericht der beklagten Partei eine kurze Nachfrist (**Abs. 1**). Bleibt die beklagte Partei weiterhin säumig, wird das Verfahren ohne Klageantwort weitergeführt: Das Gericht lädt die Parteien zur Hauptverhandlung vor (**Abs. 2**). Obschon die Behauptungen der klagenden Partei in diesem Fall unbestritten geblieben sind, kann darüber im Zweifel Beweis geführt werden (Art. 145 Abs. 3).

Die Folgen der versäumten Klageantwort werden in den kantonalen Prozessordnungen verschieden streng gehandhabt<sup>189</sup>. Der Vorentwurf folgt einer mittleren Linie.

### Art. 213

Die Widerklage kann mit der Klageantwort erhoben werden (**Abs. 1**; vgl. betreffend die örtliche Zuständigkeit Art. 12 und die sachlichen Voraussetzungen Art. 80). Ein Schlichtungsverfahren findet hier nicht statt.

Wenn die beklagte Partei die Widerklage früher anhängig machen will, kann sie dies bereits im Schlichtungsverfahren tun (**Abs. 2**). Auch in diesem Fall muss die Widerklage mit der Klageantwort begründet werden. Dafür gelten die Vorschriften über die Klage sinngemäss (**Abs. 3**). Wird eine im Schlichtungsverfahren anhängig gemachte Widerklage in der Klageantwort nicht begründet, gilt sie als nicht eingereicht.

### Art. 214

Mit der Replik und der Duplik kann zu der jeweils vorangegangenen Eingabe der Gegenpartei Stellung genommen werden. Die klagende Partei kann sich aber nicht darauf verlassen, dass sie zu einer Replik aufgefordert wird, denn wenn keine Klageantwort eingereicht wird, entfällt die Replik (**Abs. 1**). Entsprechend entfällt die Duplik, wenn auf die Replik verzichtet wird.

---

<sup>188</sup> BGE 117 II 113.

<sup>189</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 59 ff.

Zur Beschleunigung des Prozesses kann das Gericht anordnen, dass Replik und Duplik mündlich an der Hauptverhandlung erstattet werden (**Abs. 2**). Das ordentliche Verfahren nähert sich bei diesem Vorgehen etwas dem vereinfachten Verfahren, in welchem die Parteien nach einem einfachen Schriftenwechsel neue Tatsachen und Beweismittel ebenfalls an der Hauptverhandlung vortragen können (Art. 239).

### Art. 215

Ganz zentrale Fragen einer jeden Prozessordnung sind, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel geltend machen und neue Anträge (Klageänderungen) stellen können. Der Vorentwurf beschreitet auch hier einen Mittelweg zwischen Verfahrensstrenge (Eventualmaxime) und Ermittlung der materiellen Wahrheit: Bis und mit der Replik bzw. Duplik (d.h. im sog. Behauptungsstadium) dürfen die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich unbeschränkt vortragen (**Abs. 1**).

Nach diesem Zeitpunkt hingegen greifen für die Nova besondere Schranken (**Abs. 2**):

- Für das Vorbringen *unechter Noven* (Tatsachen, die bereits vor der Replik bzw. Duplik eingetreten sind) verlangt der Vorentwurf eine Art Entschuldigung der Partei (**Bst. a**): Sie muss dartun, dass ein früheres Vorbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war (vgl. auch den Revisionsgrund nach Art. 319 Bst. a: Weil solche Nova sogar noch nach Rechtskraft eines Entscheides vorgetragen werden dürfen, muss es erst recht möglich sein, sie noch während des Prozesses einzubringen: „Revision im Verfahren“).

Aus dieser Bestimmung folgt jedoch auch, dass die *echten Noven* (Tatsachen, die erst nach Replik und Duplik entstehen) im späteren Verlauf des Verfahrens grundsätzlich immer geltend gemacht werden dürfen, denn vorher war es ja gar nicht möglich. Eine besondere Entschuldigung der Partei ist daher nicht gefordert.

Für alle Nova – ob echt oder unecht – gilt jedoch, dass sie jeweils sofort zu nennen sind.

- Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Weiteren zulässig, wenn sie aufgrund des gerichtlichen Fragerechts (Art. 51) veranlasst werden (**Bst. b**). Auch bei unechten Nova kann sich dann eine Entschuldigung der Partei erübrigen.
- Als Variante stellt der Vorentwurf schliesslich einen dritten Grund für die Berücksichtigung von Noven zur Diskussion (**Bst. c**): Ist eine neue Tatsache durch eine Urkunde sofort beweisbar, soll der Entscheid darauf gestützt werden dürfen, auch wenn das verspätete Vorbringen an sich nicht entschuldigt werden könnte (Bst. a). Für die Berücksichtigung spricht, dass das Gericht sonst entgegen klarer Verhältnisse entscheiden müsste<sup>190</sup>. Dagegen spricht, dass sich das Verfahren durch allfällige Gegenbeweise verzögern kann.

---

<sup>190</sup> Vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, § 115 N 8.

## Art. 216

Die Klageänderung kann in einer Änderung des Rechtsbegehrens oder in einer Änderung des Klagefundaments bestehen<sup>191</sup>. Für die Zulassung der Klageänderung spricht, dass es bei veränderten Umständen nicht sinnvoll ist, die klagende Partei auf das ursprüngliche Rechtsbegehren und das ursprüngliche Klagefundament zu beschränken und dadurch gegebenenfalls einen weiteren Prozess zu provozieren. Durch eine Klageänderung soll aber das Verfahren nicht unnötig verzögert und kompliziert werden. Der Vorentwurf knüpft die Klageänderung daher an folgende Voraussetzungen:

- Der neue oder weitere Anspruch muss mit dem bisherigen in einem sachlichen Zusammenhang stehen (**Bst. a**; wie bei der Widerklage, Art. 80). Dies trifft zu, wenn der neue oder weitere Anspruch aus dem gleichen oder einem benachbarten Lebensvorgang entstanden ist.
- Der neue oder weitere Anspruch muss sodann vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren beurteilt werden können (**Bst. b**).

An der Hauptverhandlung tritt noch eine dritte Voraussetzung hinzu (vgl. den Kommentar zu Art. 221).

## Vorbereitung der Hauptverhandlung

### *Vorbemerkung*

Wenn ein Kollegialgericht mit der Streitsache befasst ist, wird die Vorbereitung in der Regel nicht vom Gesamtgericht geleitet, sondern von einem Referenten bzw. „Instruktionsrichter“: D.h. vom Mitglied des Gerichts, das mit der Instruktion des Falles betraut ist (Art. 114). Diese Gerichtsperson trifft die notwendigen Massnahmen nach ihrem Ermessen.

Zur Vorbereitung der Hauptverhandlung sieht der Vorentwurf verschiedene Instrumente vor:

- Vorbereitungsverhandlung (Art. 217);
- eine einfache oder qualifizierte Beweisverfügung (Art. 218 f.);
- besondere Massnahmen der Prozessleitung (Art. 115 ff.).

## Art. 217

Die Vorbereitungsverhandlung (heute etwa auch als Referentenaudienz bezeichnet) kann dazu dienen, das gerichtliche Fragerecht (Art. 51) auszuüben. Häufig hat sie den Zweck, unter Leitung des Gerichts eine gütliche Einigung herbeizuführen. Auch kann das Verfahren vereinfacht werden, indem eine Einigung über Teilpunkte erzielt wird oder indem sich die Parteien über die abzunehmenden Beweise einigen. Es können auch Beweise abgenommen werden (vgl. auch Art. 149).

Der Vorentwurf lässt die Vorbereitungsverhandlung in jedem Verfahrensstadium zu. Sie kann somit bereits nach Einreichung der Klage oder der Klageantwort, nach

---

<sup>191</sup> Rohner; Bühler/Edelmann/Killer, § 185 N 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 72 N 3.

Abschluss des Schriftenwechsels oder z.B. nach Erstattung eines Gutachtens durchgeführt werden.

### Art. 218

Beweisabnahmen werden durch eine Beweisverfügung angeordnet (**Abs. 1**).

Nach **Absatz 2** wird in der Beweisverfügung zunächst die beweisführende Partei bezeichnet, d.h. die Partei, welche die Beweisführungslast und damit die subjektive Beweislast trägt<sup>192</sup>. Es kann die Partei sein, welche den Hauptbeweis erbringen muss, aber auch die Gegenpartei, die mit dem Gegenbeweis dagegen ankämpft. Die beweisführende Partei wird gleichzeitig aufgefordert, den entsprechenden Vorschuss zu bezahlen (Art. 91).

Im Weiteren nennt die Beweisverfügung die relevanten zu beweisenden Tatsachen und bezeichnet die Beweismittel, mit denen der Beweis geführt werden soll. Die Beweisverfügung wird in der Regel nicht begründet<sup>193</sup>. Sie kann vom Gericht nachträglich ergänzt oder abgeändert werden.

Wird eine Drittperson in einer (erstinstanzlichen) Beweisverfügung zur Mitwirkung verpflichtet, so kann sie die Beweisverfügung mit Rekurs anfechten (Art. 158 Abs. 3). Für die Parteien hingegen ist die Beweisverfügung – weil eine prozessleitende Verfügung – nur mit Beschwerde weiterziehbar. Dabei ist allerdings Voraussetzung, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, wenn bis zum Rechtsmittel gegen den Endentscheid zugewartet werden müsste (Art. 310).

### Art. 219

Bei Verfahren mit umfangreichem Prozessstoff kann sich das aufwändigere Vorgehen einer qualifizierten Beweisverfügung rechtfertigen. Ob dies im Einzelfall zutrifft, entscheidet die Gerichtsperson, die den Prozess vorbereitet.

Die qualifizierte Beweisverfügung geht auf das zürcherische Zivilprozessrecht zurück<sup>194</sup>. Sie unterscheidet sich von der einfachen Beweisverfügung (Art. 218) dadurch, dass zunächst in einem *Beweisauflagebeschluss* bestimmt wird, welche Tatsachen im Einzelnen zu beweisen sind und welcher Partei dafür jeweils der Hauptbeweis und der Gegenbeweis obliegt (**Abs. 1**). Das Gericht sagt damit, welche Partei für welche Tatsache nach Artikel 8 ZGB die (objektive) Beweislast trägt<sup>195</sup>. Für die Anfechtung des Beweisaufgabebeschlusses gilt dasselbe wie bei der Beweisverfügung (vgl. den Kommentar zu Art. 218 am Ende).

Die Parteien erhalten mit dem Beweisaufgabebeschluss Gelegenheit, die bereits beantragten Beweismittel den im Beschluss als beweisbedürftig bezeichneten Tatsachen zuzuordnen (**Abs. 2**). Dies geschieht in der so genannten *Beweisan-tretungsschrift*. Die Parteien können darin aber nicht neue Beweismittel nennen. Auch im Verfahren mit Beweisaufgabebeschluss sind neue Beweismittel nach Replik und Duplik nur noch unter Einschränkungen zulässig (Art. 215 Abs. 2).

<sup>192</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 197 N 2b; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 99 N 7.

<sup>193</sup> Bühler/Edelmann/Killer, § 205 N 3; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 99 N 9b.

<sup>194</sup> § 136 ff. ZPO/ZH.

<sup>195</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 136 N 5 ff.

Nach Eingang der Beweisantragungsschriften und deren Zustellung an die jeweilige Gegenpartei erlässt das Gericht wie in allen andern Fällen die Beweisverfügung (**Abs. 3**).

## Hauptverhandlung

### Art. 220

Wenn das Gericht angeordnet hat, dass Replik und Duplik mündlich an der Hauptverhandlung erstattet werden (Art. 214), gibt es den Parteien dazu eingangs der Verhandlung Gelegenheit. Die Parteien können in der mündlichen Replik und Duplik neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt einbringen (Art. 215 Abs. 1). Danach ist das Behauptungsstadium abgeschlossen.

### Art. 221

Vor der Hauptverhandlung war eine Klageänderung noch in weitem Umfang möglich: Es genügte grundsätzlich ein sachlicher Zusammenhang (vgl. den Kommentar zu Art. 216). An der Hauptverhandlung hingegen ist sie nur noch unter der engen Voraussetzung zulässig, dass sie zudem mit neuen Tatsachen (Art. 215) begründet werden kann. Der Rahmen zulässiger Nova wiederum hängt davon ab, ob es an der Hauptverhandlung noch zu mündlicher Replik/Duplik kommen kann oder nicht (Art. 220).

Diese zusätzliche Voraussetzung der Klageänderung gilt dann in einem allfälligen Appellations- und Rekursverfahren weiter, denn dort sind die Nova von Anfang an nur beschränkt zulässig (vgl. Art. 297 und 306). Im Scheidungsverfahren hingegen kann die Klage auf Scheidung jederzeit in eine solche auf Trennung umgewandelt werden und umgekehrt (Art. 243).

### Art. 222

Die Beweisabnahme kann schon vor der Hauptverhandlung stattfinden, auch durch eine Delegation des Gerichts (Art. 149, 217). Vor dem urteilenden Gericht findet sie dann statt, wenn eine Partei es verlangt und keine wichtigen Gründe dagegen sprechen. Diesfalls erfolgt die Beweisabnahme zu Beginn der Hauptverhandlung bzw. nach der mündlichen Replik und Duplik. Es steht dem urteilenden Gericht zudem frei, frühere Beweisabnahmen zu wiederholen.

### Art. 223

An der Hauptverhandlung haben die Parteien Gelegenheit, in ihren Parteivorträgen (Schlussplädoyers) zur Sache Stellung zu nehmen. Sie können insbesondere zum Beweisergebnis und zur Rechtsanwendung plädieren (**Abs. 1**). Doch dürfen sie dabei – unter Vorbehalt von Art. 215 – keine neuen Tatsachen und Beweismittel mehr vorbringen. Das letzte Wort kommt der beklagten Partei zu.

Ob das Gericht der klagenden Partei Gelegenheit zu einem zweiten Vortrag gibt (**Abs. 2**), hängt davon ab, ob sich im Vortrag der beklagten Partei neue Gesichtspunkte ergeben, die nach Erwiderung rufen. In diesem Fall steht dann auch der beklagten Partei ein zweiter Vortrag zu.

In verschiedenen Kantonen ist es üblich, dass die Parteien dem Gericht zu Beginn ihres Vortrages den schriftlichen Text abgeben. Solche "Plädoyernotizen" sind auch nach dem Vorentwurf zulässig (**Abs. 3**). Die protokollführende Person hat aber die Übereinstimmung des mündlichen Vortrages mit dem schriftlichen Text zu prüfen und allfällige Weglassungen und Ergänzungen zu vermerken. Solche Plädoyernotizen treten an die Stelle des Verhandlungsprotokolls<sup>196</sup>.

#### **Art. 224**

Nach Verfassungsrecht haben die Parteien grundsätzlich Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung (Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Sie können jedoch einvernehmlich auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten (**Abs. 1**). Tun sie dies, haben sie Anspruch darauf, innert einer vom Gericht angesetzten Frist einen schriftlichen Parteivortrag einzureichen (**Abs. 2**). Der Verzicht auf die Hauptverhandlung kann den Prozess beschleunigen.

#### **Art. 225**

Einige Prozessordnungen fingieren einen Rückzug der Klage (mit der Folge der materiellen Rechtskraft), wenn die *klagende* Partei nicht zur Hauptverhandlung erscheint. Nach anderen Prozessordnungen wird in diesem Fall (ohne Rechtskraftwirkung) auf die Klage nicht eingetreten. Bei Ausbleiben der *beklagten* Partei wird häufig ein so genanntes Säumnisverfahren durchgeführt (vgl. auch Art. 212).

Der Vorentwurf hingegen behandelt das Ausbleiben für beide Parteien gleich: Das Gericht berücksichtigt die fristgerecht eingereichten Eingaben, somit auch jene der ausgebliebenen Partei. Für die Beweisabnahme gilt Artikel 145 Absatz 3. Im Übrigen hört das Gericht die erschienene Partei an und legt deren Vorbringen sowie die Akten dem Entscheid zugrunde. Es kommt auch zum Entscheid, wenn beide Parteien ausbleiben.

Es wäre eine unverhältnismässige und das materielle Recht beeinträchtigende Sanktion, die Klage einer säumigen Partei einfach als zurückgezogen zu betrachten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf nämlich ein materieller Anspruch nicht allein aufgrund einer prozessualen Säumnis verloren gehen<sup>197</sup>. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach dem Vorentwurf bei Ausbleiben einer Partei keine zweite Vorladung mehr folgt, dass also die Säumnisfolgen bereits bei erstmaligem Ausbleiben eintreten. Eine versäumte Vorladung kann nur nach den Voraussetzungen von Artikel 143 wiederhergestellt werden.

#### **Art. 226**

Über die Hauptverhandlung ist ein Protokoll zu führen. Dieses hat die wesentlichen Vorgänge festzuhalten. Zu vermerken sind insbesondere: neue Tatsachen und Beweismittel (welche die Parteien aufgrund von Art. 215 und 220 vortragen), Klageänderungen, Reduktionen bei den Rechtsbegehren (die immer zulässig sind), Zugeständnisse, Verfahrensanträge sowie die Grundzüge der Argumentation der

---

<sup>196</sup> So z.B. § 150 GVG/ZH.

<sup>197</sup> Vogel, Säumnis, S. 182 ff., S. 186 ff.

Parteien in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Werden an der Hauptverhandlung Einvernahmen durchgeführt, gelten die Vorschriften des Beweisprotokolls (Art. 167).

#### 4. Kapitel: Entscheid

##### Arten

##### Art. 227

Der Vorentwurf stellt klar, dass das Gericht durch Mehrheitsentscheid urteilt, wenn es sich um ein Kollegialgericht handelt (**Abs. 1**). Es darf mit anderen Worten keine Einstimmigkeit verlangt werden. Von selbst ergibt sich, dass in einem Kollegialgericht jedes Mitglied seine Stimme abzugeben hat; Stimmenthaltung ist ausgeschlossen. Es ist aber Sache des kantonalen Rechts, inwiefern es Kollegialgerichte oder Einzelrichter einsetzen will (Art. 1 Abs. 3).

Aus **Absatz 2** geht hervor, dass die Parteien im Rahmen der vom kantonalen Recht festgelegten Öffentlichkeit der Beratung (vgl. Art. 49 Abs. 4) berechtigt sind, daran teilzunehmen. Sie können auf dieses Recht aber verzichten.

##### Art. 228

Jeder Endentscheid schliesst das Verfahren vor der betreffenden Instanz ab; der Begriff ist somit gleich zu verstehen wie im BGG (vgl. dort Art. 85)<sup>198</sup>. Ein solcher Endentscheid ergeht einmal, wenn das Gericht in der Sache selber entscheidet oder wenn es das Verfahren ohne eigene Rechtsfindung bei Vergleich, Rückzug oder Anerkennung abschreibt (**Abs. 1**). Ein solcher Endentscheid wird als *Sachentscheid* bezeichnet. In Form eines Endentscheides erfolgt aber auch das Nichteintreten, wenn eine Prozessvoraussetzung fehlt. In diesem Fall spricht man von einem *Prozessentscheid*.

Der Vorentwurf fasst damit den Sachentscheid und den Prozessentscheid unter den Begriff Endentscheid zusammen und unterscheidet nicht zwischen Urteil, Beschluss (eines Kollegialgerichts) und Verfügung (eines Einzelrichters), wie kantonale Prozessordnungen das zum Teil tun (terminologische Vereinfachung)<sup>199</sup>.

**Absatz 2** bereitet die Vollstreckung vor: Das urteilende Gericht kann und soll wann immer möglich auch schon die zweckdienlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen (vgl. den Massnahmenkatalog in Art. 332). Damit kann das Urteil – sobald rechtskräftig – vollstreckt werden, ohne dass die obsiegende Partei zuvor noch ein separates Vollstreckungsgesuch stellen müsste (vgl. den Kommentar zu Art. 326). Die Vollstreckung wird damit sehr effizient.

##### Art. 229

Ein Zwischenentscheid kann gefällt werden über prozessuale oder materiellrechtliche Teilfragen, von denen der weitere Verlauf des Prozesses abhängt (**Abs. 1**). Voraussetzung ist aber, dass die zweite Instanz durch eine abweichende Beurteilung

---

<sup>198</sup> BBI 2001 4502.

<sup>199</sup> Hauser/Schweri, § 155 N 1 f.

der Teilfrage sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten sparen kann (so auch Art. 88 BGG)<sup>200</sup>.

In diesen Fällen ist es sinnvoll, das Verfahren in der ersten Instanz nicht vollumfänglich bis zum Endentscheid zu führen (es also nicht abzuschliessen), sondern es auf die entsprechende Teilfrage zu beschränken (Art. 115 Bst. a). Damit wird den Parteien Gelegenheit gegeben, die Teilfrage vorweg durch die zweite Instanz beurteilen zu lassen.

Beispiele:

- Das erstinstanzliche Gericht weist in einem komplizierten Fall einen Nichteintretensantrag ab und bejaht durch Zwischenentscheid die Zuständigkeit. Wird dieser Zwischenentscheid weitergezogen und ist die obere Instanz anderer Meinung, dann verneint sie die Zuständigkeit und tritt auf die Klage nicht ein. Damit ist der Prozess durch Endentscheid erledigt.
- Beschränkung des Prozesses auf die Frage der Verjährung, wenn die Beurteilung der Forderung mit grossem Aufwand verbunden ist: Wenn das erstinstanzliche Gericht die Verjährung verneint, kann es dies in Form eines Zwischenentscheides tun. Die abweichende Meinung der Rechtsmittelinstanz (Bejahung der Verjährung) führt zum Endentscheid (Abweisung der Klage).
- Gleich kann verfahren werden, wenn das erstinstanzliche Gericht eine Haftung grundsätzlich bejaht, die Berechnung des Schadensbetrages aber ein sehr aufwändiges Beweisverfahren mit sich bringen würde.

**Absatz 2** dient der Straffung des Verfahrens: Bleibt ein solcher Zwischenentscheid unangefochten, kann er von der oberen Instanz nicht mehr zusammen mit dem Endentscheid überprüft werden.

Der Vorentwurf lehnt sich diesbezüglich an Artikel 87 f. BGG an, trifft aber – zur Vereinfachung – eine einheitliche Lösung für alle Zwischenentscheide. Nach dem BGG haben die Parteien demgegenüber die Wahl, ob sie gewisse Zwischenentscheide sofort oder erst im Zusammenhang mit der Beschwerde gegen den Endentscheid anfechten wollen. Es spricht vieles dafür, die Regelung des BGG diesbezüglich dem Vorentwurf anzupassen.

Von den Zwischenentscheiden sind die *Teilentscheide* (Teilurteile) zu unterscheiden. Ein Teilentscheid liegt insbesondere vor, wenn das Gericht gehäufte Klagen bzw. Rechtsbegehren trennt (Art. 115 Bst. b und c). Dann wird das Verfahren über die einzelnen (Teil-) Klagen getrennt durchgeführt und auch mit getrennten Endentscheiden abgeschlossen. Diese können mit den entsprechenden Rechtsmitteln angefochten werden. Eine besondere Regelung der Teilentscheide ist daher nicht nötig.

## Eröffnung des Entscheides und Rechtskraft

### Art. 230

Das Gericht kann das Dispositiv (auch Urteilsspruch genannt) gerade am Termin mündlich eröffnen und kurz begründen (**Abs. 1**). Wenn das Gericht öffentlich berät und die Parteien dabei anwesend sind (Art. 227), so ergibt sich die mündliche

---

<sup>200</sup> BBI 2001 4503.



Eröffnung von selbst: Die Urteilsberatung wird diesfalls mit der Verkündung des Dispositivs abgeschlossen. Immer aber muss es den Parteien später noch schriftlich mitgeteilt werden.

Nach **Absatz 2** hat das Gericht die (freie) Alternative, das Dispositiv schriftlich zu eröffnen. Das wird namentlich der Fall sein, wenn die Urteilsberatung nicht öffentlich war. Insofern ist diese Bestimmung eine – erlaubte – Ausnahme zu Artikel 30 Absatz 3 BV und 6 EMRK. Danach sind öffentliche Beratung und Verkündung vorgeschrieben – nicht nur im Interesse der Parteien, sondern auch zwecks Information einer weiteren Öffentlichkeit. Daher hat das kantonale Organisationsrecht für den Fall der schriftlichen Eröffnung eine anderweitige Informationsmöglichkeit für die Öffentlichkeit zu schaffen, etwa durch Auflegen der betreffenden Dispositive in der Gerichtskanzlei<sup>201</sup>. Freilich sind die Modalitäten sowie die Frage der Einsicht in die (gegebenenfalls anonymisierte) Begründung aus verfassungs- und konventionsrechtlicher Sicht noch nicht ganz geklärt<sup>202</sup>.

Auf Antrag einer Partei eröffnet das Gericht das Dispositiv zusammen mit der schriftlichen Begründung (**Abs. 3**). So kann verhindert werden, dass – besonders im internationalen Verhältnis – der Entscheid durch das Dispositiv bereits bekannt, aber mangels Begründung noch nicht vollstreckbar ist.

### Art. 231

Grundsätzlich ist jeder Entscheid schriftlich zu begründen (Art. 127 Abs. 1 Bst. g), doch wird hier zur Vereinfachung des Verfahrens und Entlastung der Gerichte eine wichtige Ausnahme statuiert: Keine Begründung ist erforderlich, wenn beide Parteien innert zehn Tagen nach der – mündlichen oder schriftlichen – Eröffnung des Dispositivs auf das Rechtsmittel verzichten. Verzichtet nur eine Partei, bleibt eine Begründung notwendig. Ein Rechtsmittelverzicht nach Eröffnung des Dispositivs ist rechtsstaatlich unproblematisch. Davon nicht erfasst ist selbstverständlich das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision<sup>203</sup>.

Im Gegenzug für die damit verbundene Entlastung der Justiz wird die Entscheidungsbüchle um mindestens ein Drittel reduziert. Der Tarif (vgl. Art. 86) hat diese Reduktion im Einzelnen festzulegen. Auch ein Entscheid ohne Begründung hat aber im Übrigen alle Elemente zu enthalten, die Artikel 127 verlangt, denn es muss erkennbar bleiben, über welchen Streitgegenstand zwischen welchen Parteien entschieden worden ist. Vorbehalten bleibt sodann Artikel 247 für den Scheidungsprozess: Die dort geforderten Angaben zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge sind im Hinblick auf eine spätere Abänderungsklage notwendig.

Es steht dem Gericht frei, den Entscheid bei Rechtsmittelverzicht gleichwohl zu begründen. Dies ist insbesondere dann zweckmässig, wenn der Entscheid präjudizielle Bedeutung hat und veröffentlicht werden soll. Die Parteien haben aber trotzdem Anspruch auf die Gebührenreduktion.

Auch die Parteien können trotz Rechtsmittelverzichts ein Interesse an einem begründeten Entscheid haben. Das ist etwa der Fall, wenn die obsiegende Partei den Entscheid einer Versicherung einreichen will. Diesfalls findet jedoch keine

<sup>201</sup> So z.B. die neue Vorgehensweise des Bundesgerichts, vgl. NZZ vom 29./30. Juni 2002, S. 14.

<sup>202</sup> Vgl. BGE 124 IV 234 ff. = SJZ 1998 S. 361 und ZR 1998 Nr. 42.

<sup>203</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 68 f.

Kostenreduktion statt: Es werden die vollen Kosten gesprochen und nach Artikel 97 der unterlegenen Partei auferlegt. Die obsiegende Partei darf nicht mit Mehrkosten belastet werden, nur weil sie von einem verfassungsmässigen Recht Gebrauch macht.

### **Art. 232**

Wenn die Parteien nicht auf das Rechtsmittel verzichten, so hat das Gericht innert drei Monaten den Entscheid schriftlich zu begründen. Diese Frist ist – zwecks Prozessbeschleunigung – eine Maximalfrist, die auch für grössere Fälle ausreichen muss. Sie beginnt nach Ablauf der 10-tägigen Frist für den Rechtsmittelverzicht zu laufen.

In kleineren Fällen sollte die Begründung bereits einiges früher zugestellt werden können. Der Kanton hat den Gerichten die notwendigen Ressourcen zur Verfügung zu stellen, damit die Frist eingehalten werden kann. Gefordert sind zudem die Kantons- bzw. Obergerichte, die kraft ihrer Aufsicht auf die Einhaltung dieser Fristen durch die unteren Gerichte hinwirken müssen.

### **Art. 233**

Die Entscheide werden in der Regel nur den am Verfahren beteiligten Parteien (einschliesslich der Nebenparteien) zugestellt. Der Vorentwurf macht hier einen Vorbehalt für die Mitteilung an Behörden und Dritte sowie für die Veröffentlichung.

An die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde sind z.B. Entscheide betreffend die Anerkennung der Vaterschaft und die Adoption zuzustellen, denn diese Gemeinden haben ein Anfechtungsrecht (Art. 259, 260a, und 269a ZGB). Bei Persönlichkeitsverletzung (Art. 28a Abs. 2 ZGB) kann das Gericht eine Berichtigung oder das Urteil auch Dritten zustellen und veröffentlichen lassen. Nach Artikel 60 Absatz 3 PatG sind sodann Urteile, welche Änderungen im Bestand des Patents oder im Recht am Patent herbeiführen, dem Institut für geistiges Eigentum mitzuteilen. Ferner ist hinzuweisen auf Mitteilungspflichten richterlicher Behörden nach SchKG (z.B. Art. 176). Eine Veröffentlichung des Urteils ist im Übrigen auch im Vorentwurf selbst vorgesehen (Art. 133): So wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist oder nicht ermittelt werden kann.

### **Art. 234**

Die Bestimmung regelt den Zeitpunkt der formellen Rechtskraft (**Abs. 1**). Sie tritt ein, wenn kein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung offen steht (**Bst. a**), d.h. wenn weder Appellation (Art. 290 ff.) noch Rekurs (Art. 299 ff.) zulässig ist. Ist ein Entscheid nur mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Beschwerde (Art. 310 ff.) anfechtbar, ist er sofort rechtskräftig, und zwar am Tag der Entscheidung – also nicht erst mit der Zustellung des Entscheids. Dies entspricht der Rechtsprechung, die für die Bestimmung des genauen Zeitpunkts der formellen Rechtskraft verschiedene Regeln aufgestellt hat<sup>204</sup>, welche auch im Rahmen des Vorentwurfs von Bedeutung sind.

---

<sup>204</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 190 N 8 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 88 N 2.

Des Weiteren tritt die Rechtskraft des Entscheides ein, wenn beide Parteien auf das ordentliche Rechtsmittel verzichten (**Bst. b**), und zwar sobald die Verzichtserklärungen beim Gericht eingehen. Bei Rückzug eines Rechtsmittels tritt die Rechtskraft am Tag des Eintreffens der Rückzugserklärung beim Gericht ein (**Bst. c**) – nicht etwa rückwirkend auf den Tag des Entscheids oder erst am Tag des Abschreibungsbeschlusses. Schliesslich besteht formelle Rechtskraft, wenn ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung (Appellation und Rekurs) nicht ergriffen wird (**Bst. d**). Die Rechtskraft tritt hier nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ein, somit am Tag, der dem letzten Tag dieser Frist folgt.

Mit der formellen Rechtskraft wird ein Entscheid in der Regel vollstreckbar. Die Vollstreckbarkeit kann gleichwohl aufgeschoben werden, z.B. bei der Beschwerde nach Art. 316. Eine Partei hat im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens die Vollstreckbarkeit eines Entscheids darzutun (Art. 328). Sie hat daher Anspruch darauf, dass das betreffende Gericht eine Bescheinigung der Vollstreckbarkeit ausstellt (**Abs. 2**). Diese Bescheinigung kann zudem das „Ticket“ für die so genannte direkte Vollstreckung sein (vgl. den Kommentar zu Art. 326).

## 2. Titel: Besondere Verfahren

### *Vorbemerkung*

Neben dem ordentlichen Zivilprozess sieht der Vorentwurf verschiedene besondere Verfahren vor:

- das vereinfachte Verfahren (Art. 237-241)
- das Scheidungsverfahren (Art. 242-251)
- das Verfahren betreffend Kinderbelange (Art. 252-257)
- das Summarverfahren (Art. 258 ff.).

Die drei erstgenannten sind besondere *ordentliche* Verfahren. Sie können unter dem Stichwort „sozialer Zivilprozess“ zusammengefasst werden. Das Summarverfahren hingegen ist eigenständig: Es kann verschiedenen Zwecken dienen (vgl. Art. 258: insb. schneller Rechtsschutz, freiwillige Gerichtsbarkeit, vorsorgliche Massnahmen, Vollstreckung).

### 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

#### **Art. 235**

Der ordentliche Zivilprozess ist die Basis aller Verfahren des Vorentwurfs: Seine Grundregeln gelten somit auch für die besonderen Verfahren, soweit diese nichts anderes vorsehen oder solange ihre Natur ein Abweichen nicht zwingend verlangt. Insofern ist Artikel 235 eine Auffangnorm. So ist z.B. für die Frage der Widerklage auf deren grundsätzliche Regelung in Artikel 80 und auf die Besonderheiten nach Artikel 237 abzustellen. Besondere Verfahrensregeln können auch in anderen Gesetzen – wie insbesondere im SchKG – zu finden sein.

**Art. 236**

Diese Bestimmung bringt eine erste grosse Vereinfachung gegenüber dem ordentlichen Prozess: Formulare für die Parteieingaben (**Abs. 1**).

Schon heute kennen viele Kantone solche Formulare für das Schlichtungsgesuch. Auch im europäischen Raum bestehen Bestrebungen, Formulare insbesondere für Konsumentenstreitigkeiten auszuarbeiten. Der Vorentwurf geht weiter: Nicht nur für das Schlichtungsgesuch, sondern auch für die anschliessenden Klagen und Klageantworten sollen einheitliche Formulare geschaffen werden – vergleichbar den Formularen des Betreibungsrechts. Der Zugang zum Gericht soll dadurch vergünstigt und erleichtert werden – ein zentrales Anliegen des „sozialen Zivilprozesses“.

Die Formulare sind einerseits so auszugestalten, dass sie auch von Laien vollständig ausgefüllt werden können; andererseits müssen sie den gesetzlichen Anforderungen an eine Eingabe genügen (**Abs. 2**). So soll ausreichen, dass eine Partei in ihrer Klage mit wenigen Sätzen formuliert, was sie will und warum – ohne ihr Anliegen in einem eigentlichen Rechtsbegehren definieren und wie in einer formalen Klageschrift einlässlich begründen zu müssen. Gleiches gilt für die Klageantwort. Es wird dann Aufgabe des Gerichts sein, an der Hauptverhandlung auf die erforderliche Klärung hinzuwirken (Art. 51).

Der Gebrauch der Formulare ist indessen fakultativ. Das Gericht kann sie auch auf dem Internet anbieten, so dass sie von den Parteien einfach heruntergeladen, ausgefüllt und durch elektronische Übermittlung (Art. 120) eingereicht werden können.

**2. Kapitel: Das vereinfachte Verfahren***Vorbemerkung*

Für bestimmte Materien schreibt der Bund den Kantonen bereits heute ein einfaches und rasches Verfahren vor: Es soll dem besonderen Schutzbedürfnis einer Partei durch seinen – im Vergleich zum gewöhnlichen ordentlichen Verfahren – „sozialeren Charakter“ Rechnung tragen. Nach geltendem Recht sind die Kantone in der konkreten Ausgestaltung dieses Verfahrens grundsätzlich frei – solange eine umfassende Beurteilung mit voller Beweisführung gewährleistet bleibt.

Das vereinfachte Verfahren des Vorentwurfs lehnt sich an entsprechende kantonale Regelungen an und löst das einfache und rasche Verfahren ab. Es ist – das sei hier nochmals betont – ein ordentliches Verfahren, wobei jedoch gestützt auf besondere gesetzliche Vorkehrungen eine beschleunigte und vereinfachte Durchführung sichergestellt wird. Damit soll die Rechtsverwirklichung erleichtert und das meist ungleiche (wirtschaftliche) Gewicht der Parteien korrigiert werden.

Der Vorentwurf gibt dem Gericht grosse Freiheit, das Verfahren auf die konkreten Bedürfnisse zuzuschneiden. Dominierend wird die mündliche Verhandlungsform sein, denn eigentliche Schriftsätze und Schriftenwechsel wird es – falls die Parteien mit Formularen arbeiten – nicht geben. Das Verfahren soll also weit weniger streng und formalistisch ablaufen als das gewöhnliche ordentliche.

Dem vereinfachten Verfahren geht ausserdem zwingend ein Schlichtungsversuch voran (Art. 192 Abs. 3). Dadurch bestehen gute Chancen, in den sozial sensiblen Materien den Rechtsfrieden möglichst rasch wiederherzustellen – sei es durch

Vergleich oder nach Durchführung eines sehr einfachen Entscheidungsverfahrens. Wegen der überwiegenden Mündlichkeit kommt auch der Persönlichkeit und Überzeugungskraft der Gerichtspersonen entscheidende Bedeutung zu.

Die Vereinfachungen und Erleichterungen für die Parteien gegenüber dem ordentlichen Verfahren sind im Wesentlichen folgende:

- Formulare (Art. 236), geringere Anforderungen an Eingaben
- kein zweiter Schriftenwechsel (Art. 238)
- vorherrschende Mündlichkeit (Art. 239)
- aktiveres Fragerecht des Gerichts (Art. 51)
- Untersuchungsmaxime in gewissen Fällen (Art. 240)
- erleichtertes Novenrecht (Art. 241)
- Kostenerleichterungen (Art. 103 f.)
- reale Möglichkeit, das Verfahren auch ohne anwaltliche Vertretung zu führen.

Ein im vereinfachten Verfahren ergangener Entscheid ist grundsätzlich mit Appellation anfechtbar; vor der Rechtsmittelinstanz gilt das vereinfachte Verfahren weiter (Art. 286).

### **Art. 237**

Der Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens umfasst – wie oben ausgeführt – die Streitigkeiten, für welche bereits das geltende Recht ein einfaches und rasches Verfahren verlangt. Dank der einheitlichen Regelung im Vorentwurf können die in zahlreichen Gesetzen verstreuten Verfahrensbestimmungen aufgehoben werden<sup>205</sup>.

Der sachliche Geltungsbereich wird jedoch erweitert: Von einer Ausnahme abgesehen (vgl. Bst. g) richtet er sich nicht nach dem Streitwert, sondern allein nach der Sachmaterie.

Das vereinfachte Verfahren gilt für:

- Alle Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht (**Bst. a**): Die in den Artikeln 274–274g OR bestehende Regelung des Verfahrens kann aufgehoben werden.
- Alle Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 343 OR) und aus privater Arbeitsvermittlung zwischen dem Vermittler und dem Stellensuchenden (**Bst. b**). Das gilt – anders noch als nach geltendem Recht (Art. 343 Abs. 2 OR) – unabhängig vom Streitwert: Dieser spielt nur noch für die Frage der Kostenlosigkeit (Art. 103 f.) und die Anwendung der Untersuchungsmaxime (Art. 240XX) eine Rolle.
- Alle Streitigkeiten nach dem Mitwirkungsgesetz und dem GIG (**Bst. c**) sowie die Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts nach Artikel 8 DSG (**Bst. d**).
- Alle Streitigkeiten betreffend die Unterstützungspflicht der Verwandten gemäss Artikel 328 ff. ZGB (**Bst. e**): Die damit verbundene Anpassung von Artikel 329

---

<sup>205</sup> Vgl. den Anhang, insb. Ziff. 1 (GIG), Ziff. 3 (OR: Miet- und Arbeitsrecht), Ziff. 13 (DSG), Ziff. 14 (UWG), Ziff. 26 (Mitwirkungsgesetz), Ziff. 27 (AVG).

Absatz 3 ZGB hat zur Folge, dass in diesen Streitigkeiten der Officialgrundsatz nicht mehr anzuwenden ist<sup>206</sup>.

- Alle Unterhaltsstreitigkeiten zwischen einem Kind und einem Elternteil oder den Eltern gemäss Artikel 276 ff. ZGB (**Bst. f**).
- Schliesslich ist das vereinfachte Verfahren auch für alle übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten anzuwenden, sofern der Streitwert CHF 20'000 nicht übersteigt (**Bst. g**). Auch wenn es dabei um weit mehr als nur um Bagatellfälle gehen kann – das ordentliche Verfahren wäre für diese Angelegenheiten zu schwerfällig und auch zu kostspielig. Erst bei einem Streitwert von über CHF 20'000 kommt es somit zum ordentlichen Prozess.

Unter diese Bestimmung fallen insbesondere die so genannten *konsumentenrechtlichen Streitigkeiten*. Das geltende Recht stellt das einfache und rasche Verfahren bis CHF 20'000 zur Verfügung<sup>207</sup>. Dies entspricht den Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 15. März 2001<sup>208</sup>. Die Expertenkommission sieht keinen Grund, von dieser Rechtslage abzuweichen.

Weitere Beispiele:

- Gewöhnliche Forderungsstreite aus OR bis CHF 20'000;
- Streitigkeiten wegen unlauteren Wettbewerbs bis CHF 20'000<sup>209</sup>. Bei höherem Streitwert ist dann die einzige kantonale Instanz zuständig (Art. 4). Auch UWG-Streitigkeiten ohne Streitwert – sofern es solche überhaupt gibt<sup>210</sup> – kommen ins vereinfachte Verfahren.

### Art. 238 und 239

Das vereinfachte Verfahren beginnt immer mit einem Schlichtungsversuch (Art. 192 Abs. 3). Dieser kann abgeschlossen werden:

- Durch Vergleich (Art. 201): Dann ist der Prozess erledigt.
- In bestimmten Materien – Miete- und Pacht, arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis CHF 30'000 (Art. 204) – durch Urteilsvorschlag. Der Prozess ist erledigt, wenn eine beschwerte Partei nicht rechtzeitig beim Gericht im vereinfachten Verfahren Klage erhebt (Klageformular, Art. 236).
- Bei Streitigkeiten bis CHF 1'000 unmittelbar durch Übergang zum Entscheidungsverfahren (sofern das kantonale Recht eine entsprechende Spruchkompetenz vorsieht; Art. 205). Auch dieses rein mündliche Verfahren ist ein vereinfachtes Verfahren. Es ist freilich noch einfacher, weil es nicht einmal eines

---

<sup>206</sup> Vgl. BGE 118 II 93 ff.

<sup>207</sup> Vgl. die neue Verordnung über den Streitwert in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs; SR 944.8. Zum Konsumentenprozess vgl. Staehelin.

<sup>208</sup> [www.konsum.admin.ch/derecommandations.htm](http://www.konsum.admin.ch/derecommandations.htm).

<sup>209</sup> Nach geltendem Recht wiederum nur bis CHF 8'000; vgl. die genannte Streitwert-Verordnung.

<sup>210</sup> Vgl. Brönnimann, S. 357, FN 31.

Klageformulars bedarf: Die einzige notwendige Parteieingabe ist das Schlichtungsgesuch.

- Durch Erteilung der Klagebewilligung (Art. 202). Alsdann kann die Klage eingereicht werden (Klageformular, Art. 236).

Artikel 238 und 239 befassen sich mit dem weiteren Verfahrensverlauf:

- Zur Straffung und Verkürzung des Verfahrens beträgt die Frist für die Klageantwort nur einen Monat (**Art. 238 Abs. 1**). Diese kurze Frist ist angesichts der einfachen Formalitäten – wie schon für die Klage genügt ein Formular – durchaus angemessen. Aus wichtigen Gründen kann die Frist einmalig verlängert werden. Ein zweiter Schriftenwechsel findet nicht statt (**Abs. 2**).
- Nach Eingang der Klageantwort setzt das Gericht unverzüglich die Hauptverhandlung an (**Art. 239 Abs. 1**). Kann nach der Ansicht des Gerichts gar auf eine schriftliche Klageantwort verzichtet werden, so erfolgt die Vorladung zur Hauptverhandlung bereits nach Eingang der Klage (**Abs. 2**). Dadurch kann das Gericht den Verfahrensakzent noch stärker auf die Mündlichkeit setzen.

#### **Art. 240**

Ein wichtiges Merkmal des Sozialprozesses ist die Untersuchungsmaxime. Die Expertenkommission sieht davon ab, sie für den gesamten Bereich des vereinfachten Verfahrens vorzusehen; vielmehr wird der geltende Rechtszustand übernommen. Der Sachverhalt wird somit von Amtes wegen abgeklärt (**Abs. 1**):

- In Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht (**Bst a**);
- in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem AVG bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 (**Bst b**);
- bei Streitigkeiten nach dem GIG und dem Mitwirkungsgesetz (**Bst. c**);
- schliesslich in Prozessen betreffend die Unterstützungspflicht der Verwandten (**Bst d**).

Als Folge der Untersuchungsmaxime obliegt dem Gericht eine eigentliche Fragepflicht (**Abs. 2**; vgl. demgegenüber das blosses Fragerecht im ordentlichen Verfahren, das sich der Dispositionsmaxime unterzuordnen hat, Art. 51). Die richterliche Fragepflicht befreit die Parteien jedoch nicht davor, bei der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (vgl. auch Art. 152). Insofern ist die Untersuchungsmaxime abgeschwächt.

#### **Art. 241**

Das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel ist im vereinfachten Verfahren bis zu den Schlussvorträgen unbeschränkt zulässig (**Abs. 1**). Diese Erleichterung für die Parteien ist nicht nur auf das Fehlen eines zweiten Schriftenwechsels zurückzuführen, sondern und vor allem auch auf die vorherrschende Mündlichkeit. Bei Streitigkeiten mit Untersuchungsgrundsatz können die Noven sogar noch bis zur Urteilsberatung beachtet werden (**Abs. 2**).

### 3. Kapitel: Das Scheidungsverfahren

#### *Vorbemerkung*

Das am 1. Januar 2000 in Kraft getretene neue Scheidungsrecht enthält in seinem vierten Abschnitt (Art. 135-149 ZGB) zahlreiche zivilprozessuale Vorschriften, welche der Gesetzgeber seinerzeit erliess, um die Verwirklichung des materiellen Scheidungsrechts unabhängig von der jeweiligen kantonalen Zivilprozessordnung gesamtschweizerisch sicherzustellen. In der Expertenkommission war angesichts der Grundentscheidung, das materielle Recht von zivilprozessualen Vorschriften zu entlasten, unbestritten, die entsprechenden Vorschriften des ZGB zu streichen. Weiter bestand Konsens darüber, die vom Gesetzgeber erst kürzlich getroffenen Entscheidungen nicht ohne zwingende Gründe jetzt schon wieder in Frage zu stellen. Deshalb schlägt die Expertenkommission vor, die Vorschriften grundsätzlich unverändert in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufzunehmen.

Trotzdem sind gewisse Änderungen am Platz, weil der Hintergrund nun ein anderer ist. Während das geltende Recht im Zusammenhang mit 26 verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen steht, stellen die Vorschriften des Vorentwurfs über das Scheidungsverfahren im Verhältnis zum ordentlichen Verfahren einer gesamtschweizerischen ZPO Sondervorschriften dar. Damit werden gewisse Verfahrensvorschriften des ZGB überflüssig, weil sich die betreffenden Regeln bereits aus den andern Bestimmungen des Vorentwurfs ergeben (allgemeiner Teil, ordentliches Verfahren, Rechtsmittel usw.). Das bedeutet, dass diverse Bestimmungen des ZGB nicht mehr bei den Bestimmungen über das Scheidungsverfahren erwähnt werden müssen: so z.B. Artikel 136 ZGB (vgl. Art. 206 sowie Art. 193 Abs. 1 Bst. c) oder Artikel 139 Absatz 1 ZGB (vgl. Art. 150 Abs. 1). Es bedeutet aber auch, dass Sondervorschriften über die streitigen Punkte bei Teileinigung (Art. 112 Abs. 3 ZGB) nicht notwendig sind. Denn in solchen Fällen ist vielmehr davon auszugehen, dass das Gericht nach Abschluss des nicht streitigen Teils (Art. 112 Abs. 1 und 2 ZGB) unter Anwendung der allgemeinen Vorschriften den Parteien eine Frist ansetzt, schriftlich ihre Rechtsbegehren einzureichen und diese sachverhältnismässig entsprechend zu belegen (Tatsachenbehauptungen, Beweisanträge usw.).

#### **Art. 242**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 137 ZGB. Inhaltlich sind keine Änderungen vorgenommen worden. Der besseren Lesbarkeit wegen ist der lange Absatz 2 von Artikel 137 ZGB in mehrere Absätze aufgeteilt worden.

#### **Art. 243**

Die Bestimmung lehnt sich an Artikel 138 Absatz 2 ZGB an. Es handelt sich um eine Sonderbestimmung über die Zulässigkeit der Klageänderung. Allerdings nahm die Expertenkommission materielle Änderungen vor. Während Artikel 138 Absatz 2 ZGB nur die unbeschränkte Zulässigkeit der Klageänderung der Scheidungsklage in eine Trennungsklage vorsieht, ist nach Vorentwurf die Klageänderung auch in umgekehrter Richtung möglich. Materielle Begründung dieses Vorschlags ist, dass im neuen Scheidungsrecht die Voraussetzungen für Scheidung und Trennung auf Klage identisch sind (vgl. Art. 114/115 ZGB und Art. 117 Abs. 1 ZGB).



Eine weitere Änderung gegenüber dem bisherigen Recht beinhaltet der Vorschlag der Expertenkommission insofern, als Artikel 243 nur im Verfahren vor kantonalen Instanzen Anwendung finden würde, während der geltende Artikel 138 Absatz 2 ZGB auch noch die Klageänderung im Verfahren vor Bundesgericht ermöglicht<sup>211</sup>. Nach Auffassung der Expertenkommission ist jedoch eine solche Lösung nicht unbedingt sinnvoll, weil damit zusätzlichen prozesstaktischen und auch missbräuchlichen Anfechtungen Tür und Tor geöffnet würde. So könnte z.B. ein Ehegatte, der mit seiner Scheidungsklage im kantonalen Verfahren durchgedrungen ist, das Scheidungsurteil anfechten, um zu vermögensrechtlichen Vorteilen zu gelangen (z.B. im Hinblick auf eine mögliche Beerbung des anderen Ehegatten oder wegen der beruflichen Vorsorge). Zudem widerspricht die Möglichkeit der Klageänderung auch der Aufgabe des Bundesgerichts als reiner Rechtskontrollinstanz.

Im Übrigen gelten im Scheidungsverfahren – mit Ausnahme der Kinderbelange (vgl. Art. 297 Abs. 2) – die allgemeinen Bestimmungen des Vorentwurfs (vgl. Art. 215 Abs. 2 und 3 sowie Art. 297 Abs. 1). Ohnehin bezieht sich Artikel 138 Absatz 1 ZGB nur auf das zweitinstanzliche Verfahren. Der Vorentwurf sieht aber für die erste Instanz ein grosszügiges Novenrecht vor, so dass es nach Auffassung der Expertenkommission nicht notwendig ist, eine extensive Vorschrift im Sinne von Artikel 138 Absatz 1 ZGB vorzusehen. Von selbst versteht sich, dass das Vorbringen echter Noven im kantonalen Appellationsverfahren möglich ist (vgl. Art. 297 Abs. 1).

#### **Art. 244**

**Absatz 1** ersetzt den bisherigen Artikel 139 Absatz 2 ZGB (Art. 139 Abs. 1 ZGB wird überflüssig, weil gemäss Art. 150 Abs. 1 VE die freie Beweiswürdigung für den ganzen Zivilprozess im Verfahren vor den kantonalen Instanzen gilt. Eine spezielle Vorschrift darüber braucht es deshalb nicht mehr). **Absatz 2** übernimmt Artikel 139 Absatz 3 ZGB.

#### **Art. 245**

Die **Absätze 1 und 2** entsprechen weitgehend Artikel 140 ZGB. Der Vorbehalt bezüglich der beruflichen Vorsorge dient lediglich der Klarstellung bzw. enthält einen Verweis auf Artikel 247.

**Absatz 3** stellt klar, dass sich die Voraussetzungen der Genehmigung von Vereinbarungen über die elterliche Sorge und den Kinderunterhalt nach den entsprechenden materiellrechtlichen Vorschriften des ZGB, d.h. nach Artikel 133 Absatz 3 sowie Artikel 287/288 ZGB richten.

#### **Art. 246**

Artikel 246 entspricht inhaltlich unverändert Artikel 143 ZGB.

---

<sup>211</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Sutter/Freiburghaus, Art. 138 ZGB N 25 ff.

**Art. 247/248**

Diese beiden Vorschriften enthalten die Verfahrensvorschriften im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge. Artikel 247 übernimmt unverändert Artikel 141 ZGB. Artikel 248 entspricht Artikel 142 ZGB.

**Art. 249**

Weil der Vorentwurf die Teilrechtskraft generell regelt (Art. 294, 304 Abs. 1), wird der betreffende Teil von Artikel 148 ZGB überflüssig.

**Art. 250**

Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen Artikel 149 ZGB.

**Art. 251**

Artikel 251 entspricht Artikel 110 ZGB.

**4. Kapitel: Verfahren betreffend Kinderbelange***Vorbemerkung*

Für die Verfahrensvorschriften über die Kinderbelange gelten die gleichen Grundsatzüberlegungen wie für den Scheidungsprozess. Die betreffenden Bestimmungen im ZGB, die heute sowohl im Scheidungsrecht (vgl. Art. 144-147 ZGB) als auch im Kindesrecht (vgl. Art. 254, 280, 281-284 ZGB) untergebracht sind, werden in einem einzigen Abschnitt zusammengefasst.

**Allgemeine Bestimmungen****Art. 252**

**Absatz 1** legt den für Verfahren betreffend Kinderbelange in der Bundesgesetzgebung allgemein anerkannten Grundsatz der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime). Daher können alle entsprechenden Bestimmungen des ZGB aufgehoben werden (vgl. Art. 145, 254 Ziff. 1, 280 Abs. 2 ZGB).

**Absatz 2** verankert die Offizialmaxime, wie sie bereits heute gilt, obwohl dies im ZGB vielfach nicht ausdrücklich gesagt wird (vgl. Art. 133 ZGB). Es geht somit lediglich um eine Klarstellung.

**Art. 253**

Diese Bestimmung nimmt Artikel 144 ZGB auf. Dem Inhalt nach geht es um die Verwirklichung des rechtlichen Gehörs, welches dem urteilsfähigen Kind zusteht, soweit es um seine persönlichen Belange geht (vgl. auch Art. 19 Abs. 2 ZGB). Dass das urteilsfähige Kind die unterlassene Anhörung anfechten kann, ist für das geltende Scheidungsrecht allgemein anerkannt. Umstritten ist lediglich die Frage, ab welchem

Alter das Kind selbstständig die Anhörung verlangen können soll<sup>212</sup>. Es wird darauf verzichtet, eine bestimmte Altersgrenze vorzuschlagen, zumal sich in der Praxis und in der Lehre in Anlehnung an kinderpsychologische Erkenntnisse mehrheitlich die Auffassung durchsetzt, dass bereits ab einem Alter von 5 oder 6 Jahren Kinder ohne weiteres angehört werden können<sup>213</sup>.

Das Anfechtungsrecht des Kindes bei ungerechtfertigter Unterlassung der Anhörung ist heute in den kantonalen Verfahrensrechten unterschiedlich geregelt. Der Vorentwurf sieht als Rechtsmittel den Rekurs vor (Art. 253 Abs. 3 sowie Art. 299 ff.).

Artikel 253 ist eine allgemeine Bestimmung, also nicht eine rein scheidungsrechtliche Vorschrift. Dies ist sinnvoll, zumal der geltende Artikel 144 ZGB bezüglich des Anwendungsbereichs extensiv ausgelegt wird und z.B. auch in Eheschutzverfahren zur Anwendung kommt.

#### **Art. 254**

Vorbild dieser Bestimmung sind die Artikel 146 und 147 ZGB, welche hier zusammengefasst und inhaltlich unverändert übernommen werden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift liegt indessen nicht nur in Scheidungsverfahren, sondern in allen Verfahren betreffend Kinderbelange, wobei die Kompetenzen der Vertretung nicht geändert werden (vgl. Art. 254 Abs. 5 VE und Art. 147 Abs. 2 ZGB).

#### **Art. 255**

Nach revidiertem Scheidungsrecht sind die Vormundschaftsbehörden zuständig, streitige Abänderungen betreffend den persönlichen Verkehr zu entscheiden. Weil heute noch in vielen Kantonen die Vormundschaftsbehörde keine gerichtliche Instanz ist, muss im Rahmen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts dafür gesorgt werden, dass zumindest der Rechtsschutz bei diesen Abänderungsverfahren von Scheidungsurteilen einheitlich geregelt ist. Dafür wird als Rechtsmittel der Rekurs an die obere kantonale Instanz vorgesehen (vgl. Art. 299 ff.).

### **Verfahren auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses**

#### **Art. 256**

Diese Vorschrift, welche die objektive Klagenhäufung ermöglicht, ersetzt Artikel 280 Absatz 3 ZGB.

#### **Art. 257**

Diese Bestimmung ersetzt die Artikel 282 und 283 ZGB. Die anderen Vorschriften des geltenden Rechts über die vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit Klagen über die Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 281 und 284 ZGB) können gestrichen werden, weil die entsprechenden Möglichkeiten für vorsorgliche Massnahmen bereits in den allgemeinen Bestimmungen des Vorentwurfes über die vorsorglichen Massnahmen enthalten sind (vgl. Art. 275 ff.). Aus Artikel 275 Absatz 3 folgt im

---

<sup>212</sup> Vgl. dazu Sutter/Freiburghaus, Art. 144 ZGB N 32 ff.

<sup>213</sup> Vgl. dazu Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, S. 261, insb. FN 85 und 86.

Übrigen, dass das Gericht auch ohne Antrag die entsprechende vorsorgliche Massnahme anordnen kann. Die materielle Grundlage für die Hinterlegung und die vorläufige Zahlung von Unterhaltskosten bestimmt sich weiterhin nach Artikel 282 f. ZGB.

Die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen betreffend Belange unmündiger Kinder im Scheidungsprozess ergibt sich aus Artikel 242 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 176 Absatz 3 ZGB.

## 5. Kapitel: Das summarische Verfahren

### Vorbemerkungen

Das summarische Verfahren spielt in der schweizerischen Prozesspraxis eine ganz herausragende Rolle. Dies gilt vor allem in quantitativer Hinsicht. Die überwiegende Mehrzahl der Verfahren wird im Summarium abgehandelt<sup>214</sup>.

Das summarische Verfahren ist ein Verfahren mit Beweisbeschränkung. Einerseits heisst dies Beweismittelbeschränkung, indem nur *sofort verfügbare* Beweismittel abgenommen werden; andererseits handelt es sich um eine Beschränkung der Beweisstrenge, indem meist ein *Glaubhaftmachen* genügt; letzteres gilt vor allem bei vorsorglichen Massnahmen. Das summarische Verfahren soll auch ein schnelles sein (strenge Säumnisfolgen, wenn möglich Einzelrichter)<sup>215</sup>.

### Geltungsbereich

#### Art. 258

Diese Bestimmung definiert den allgemeinen Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens.

- Zunächst spielt es in den vom Gesetz bestimmten Fällen (**Bst. a**). Sie müssen nicht notwendigerweise in der neuen Zivilprozessordnung selbst genannt sein (wie die vorsorglichen Massnahmen [Art. 275 Abs. 2] und die Vollstreckung [Art. 327 Abs. 2]), sondern können sich auch aus anderen Gesetzen ergeben (z.B. Art. 25 SchKG).
- Das Summarverfahren gilt sodann für den *schnellen Rechtsschutz* (**Bst. b**). Damit ist das in einer Reihe von deutschschweizer Kantonen schon heute bekannte Verfahren auf schnelle Handhabung klaren Rechts gemeint<sup>216</sup>.
- Auch die *freiwillige Gerichtsbarkeit* wird im summarischen Verfahren abgewickelt (**Bst. c**) – und zwar auch dann, wenn für die betreffende Angelegenheit kein Gericht, sondern eine kantonale Verwaltungsbehörde zuständig ist, wie das bei mehreren Kantonen der Fall ist (Art. 270).
- Ferner wird der besondere Besitzschutz (Bewilligung eines Verbotes mit Strafdrohung) im Summarverfahren durchgeführt (**Bst. d**).

<sup>214</sup> So erledigten die Einzelrichter im summarischen Verfahren des Kantons Zürich in den Jahren 1999 31'455 und 2000 31'471 Fälle (Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2000, S. 96).

<sup>215</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 149 - 155.

<sup>216</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 173 ff.

- Schliesslich folgt ein Auffangtatbestand, der restriktiv auszulegen ist (**Bst. e**): Danach ist das summarische Verfahren anwendbar, wenn es sich zwingend aus der Natur der Sache ergibt. Dies ist zum Beispiel bei der Geltendmachung des Gegendarstellungsrechts der Fall, wo der Richter unverzüglich aufgrund der verfügbaren Beweismittel zu entscheiden hat (Art. 28I Abs. 3 ZGB).

### **Art. 259 und 260**

Diese Bestimmungen enthalten die Kataloge der Angelegenheiten nach ZGB und OR, in denen das summarische Verfahren gilt. Beide Bestimmungen sind nicht abschliessend, denn es wird immer wieder Fälle geben, bei denen sich die Anwendung des summarischen Verfahrens zwingend aus der Natur der Sache ergibt. Zudem ist denkbar, dass das summarische Verfahren auch für Zivilsachen gilt, die im kantonalen Privatrecht geregelt sind.

### **Verfahren und Entscheid**

#### *Vorbemerkung*

Die Artikel 261-265 gelten – als „allgemeiner Teil“ – für alle Summarverfahren, soweit bei den einzelnen Verfahren nichts Besonderes vorgesehen wird.

### **Art. 261**

Beim summarischen Verfahren spricht die Praxis nicht von Klagen im eigentlichen Sinne, sondern von Gesuchen. Diesem Brauch folgt der Vorentwurf.

Summarische Verfahren werden durch ein schriftliches Gesuch eingeleitet. Allfällige Urkunden sind dem Gesuch beizulegen, damit das Gericht rasch und womöglich gleich aufgrund der Akten entscheiden kann. Mit Einreichen des Gesuchs wird das Verfahren rechtshängig (Art. 206: das Gesuch ist dort im Terminus „Klage“ miterfasst).

### **Art. 262**

Das Gericht gibt der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme (rechtliches Gehör, vgl. auch Art. 48). Dabei wird prozessleitend angeordnet, ob die Gesuchsantwort mündlich (im Hinblick auf eine mündliche Verhandlung) oder schriftlich (zwecks Entscheides aufgrund der Akten) erfolgen soll (Art. 265). Der Entscheid, ob das Verfahren schriftlich oder mündlich durchgeführt wird, liegt im freien richterlichen Ermessen. Damit kann den sehr unterschiedlichen Verhältnissen im Einzelfall Rechnung getragen werden. Ein weiterer Schriftenwechsel findet nicht statt.

Doch kann sich das Einholen einer Gesuchsantwort erübrigen:

- Einerseits wenn das Gesuch von vorneherein als *unzulässig* erscheint. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn es an einer Prozessvoraussetzung fehlt oder wenn für die beantragte Sache das summarische Verfahren gar nicht zur Verfügung steht.
- Andererseits kann auf eine Anhörung der Gegenpartei verzichtet werden, wenn ein Gesuch von vorneherein als *unbegründet* erscheint; gemeint ist damit, dass

das Gesuch materiell nicht begründet ist. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Anspruch nicht einmal glaubhaft gemacht worden ist.

Unzulässigkeit und Unbegründetheit des Gesuches müssen evident sein.

Eine dritte Ausnahme von der Anhörung der Gegenpartei ist in gewissem Sinne die superprovisorische vorsorgliche Massnahme (Art. 280): Dort ist die Stellungnahme jedoch nachzuholen.

### **Art. 263**

Anders als im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren ist die Widerklage ausgeschlossen, denn sie verträgt sich nicht mit dem Wesen des Summariums: Dieses ist auf Raschheit und Vorläufigkeit ausgerichtet.

### **Art. 264**

Seit Jahrzehnten ist das summarische Verfahren in den Kantonen derart ausgestaltet, dass nur Beweismittel zulässig sind, die ohne Verzug abgenommen werden können. Das sind die sofort greifbaren (liquiden) Beweismittel: Darunter fallen vorab die Urkunden, allenfalls noch Parteieinvernahmen und Augenscheine (vgl. etwa die Beweismittelbeschränkung bei der definitiven Rechtsöffnung nach Art. 81 SchKG). Auch für den Bereich der vorsorglichen Massnahmen bestand schon bisher eine bundesrechtlich geforderte Beweisbeschränkung<sup>217</sup>.

Der Vorentwurf übernimmt diesen Rechtszustand: Als Beweismittel zulässig sind in der Regel einzig die Urkunden (**Abs. 1**). Diese Präzisierung bringt zwar eine gewisse Verschärfung der geltenden Beweismittelbeschränkung; sie entspricht jedoch ganz dem Wesen des summarischen Verfahrens.

**Absatz 2** federt die Beweisstrenge sachgerecht ab: Alle anderen Beweismittel sind auch im Summarium zulässig, sofern sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern oder wenn die Sache nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann. Das gilt zum Beispiel für viele Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Dort müssen alle Beweismittel zulässig sein, weil das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen prüft. Summarentscheide aufgrund voller Beweiskognition sind dann für den Richter im ordentlichen Verfahren voll verbindlich<sup>218</sup>.

### **Art. 265**

Wie schon dargelegt (Art. 262) kann das Gericht das Verfahren mündlich oder schriftlich durchführen – je nachdem, was im Einzelfall zweckmässiger ist (**Abs. 1**). Führt das Gericht eine Verhandlung durch, so kann es diese als Replik und Duplik ausgestalten oder die Verhandlung nur zum Zwecke der Ausübung des richterlichen Fragerechts benützen.

Die Eröffnung der Summarentscheide ist – im Vergleich zum ordentlichen Verfahren (Art. 230 ff.) – viel einfacher ausgestaltet (**Abs. 2**): Der Entscheid ist ausnahmslos schriftlich und begründet zu eröffnen. Doch kann dabei – im Rahmen der verfas-

---

<sup>217</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 158.

<sup>218</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 169.

sungsrechtlichen Vorgaben – auch eine sehr kurze Begründung genügen, die weitgehend aus Textbausteinen besteht und das Besondere des Falles nur kurz darstellt und erwägt.

## Schneller Rechtsschutz

### Art. 266

Annähernd die Hälfte aller Kantone kennen das Verfahren auf schnellen Rechtsschutz<sup>219</sup>. Es dient dazu, in liquiden Verhältnissen schnell zu einem Sachurteil mit voller materieller Rechtskraft zu kommen. Voraussetzung dieses Verfahrens ist jedoch zweierlei (**Abs. 1**):

- Der Sachverhalt muss liquid, d.h. die Tatsachen müssen unbestritten bzw. anerkannt oder doch sofort beweisbar sein (**Bst. a**). Als Beweismittel fallen daher Expertisen, Zeugen sowie auch Beweisaussagen weitgehend ausser Betracht. Auch bei einer mündlichen Verhandlung sollte sich das Gericht grundsätzlich auf Urkunden beschränken, denn im Zweifel ist die Angelegenheit im ordentlichen Verfahren auszutragen (Art. 267 Abs. 2).
- Die Rechtslage muss zudem klar sein (**Bst. b**): Das ist der Fall, wenn sich die Rechtsfolge im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung eindeutig ergibt<sup>220</sup>.

Der schnelle Rechtsschutz ist eine freie Option der klagenden Partei. Sie könnte stattdessen von Anfang an das ordentliche – bzw. je nach Art des Anspruchs: das vereinfachte (Art. 237)<sup>221</sup> – Verfahren wählen. Nur wenn der Streitgegenstand nicht frei verfügbar ist, spielt der schnelle Rechtsschutz nicht (**Abs. 2**): Dann steht nur das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren offen. Der Terminus der „freien Verfügbarkeit“ ist gleich auszulegen wie bei der Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 348).

### Art. 267

**Absatz 1** betont die Schnelligkeit des Verfahrens: Die Gesuchsgegnerin erhält – abweichend vom „gewöhnlichen“ Summarverfahren (Art. 263) – ausdrücklich nur eine *kurze* Frist zur Stellungnahme (3 bis 5, höchstens 10 Tage). Zu beachten ist, dass es für den schnellen Rechtsschutz – wie allgemein im Summarverfahren – keine Gerichtsferien gibt (Art. 138), was ebenfalls der Beschleunigung dient.

Wenn die Voraussetzungen des schnellen Rechtsschutzes fehlen (fehlende Liquidität, keine freie Verfügbarkeit des Anspruchs, Art. 266), tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (**Abs. 2**) – bei Offensichtlichkeit ohne vorgängige Stellungnahme der Gegenpartei (Art. 262). Es erfolgt diesfalls also nicht etwa eine Gesuchsabweisung mit materieller Rechtskraft. Vielmehr bleibt es der klagenden Partei unbenommen, ihren Anspruch noch im ordentlichen Prozess geltend zu machen, wo nun ein umfassendes Beweisverfahren mit umfassender gerichtlicher Kognition

---

<sup>219</sup> Vgl. Fabienne Hohl, *Réalisation*, S. 297 ff.

<sup>220</sup> Guldener, S. 158 N 15.

<sup>221</sup> Weil das vereinfachte Verfahren seinerseits einfach und schnell ist, besteht dort das Bedürfnis nach schnellem Rechtsschutz jedoch viel weniger.

stattfindet. Eine Überweisung von Amtes wegen an das ordentliche Gericht ist hingegen ausgeschlossen<sup>222</sup>.

Wenn das Gesuch geschützt wird (Gutheissung), so hat dieser Sachentscheid volle materielle Rechtskraft (**Abs. 3**) – obwohl er nur in einem Summarverfahren ergangen ist. Diese Bestimmung entspricht der neueren Lehre und Praxis und bricht mit dem überlebten Grundsatz, dass ein Summarentscheid nur für ein späteres summarisches, nicht aber für ein ordentliches Verfahren bindend sein kann<sup>223</sup>. Auch die materielle Abweisung des Gesuchs hat volle Rechtskraftwirkung: Sie erfolgt, wenn der geltend gemachte Anspruch klar nicht besteht (z.B. wenn die Gesuchsgegnerin eine Quittung über eine Zahlung vorweisen kann). Die Abweisung des Gesuchs ist jedoch scharf vom Nichteintreten nach Absatz 2 zu unterscheiden.

## Freiwillige Gerichtsbarkeit

### Vorbemerkungen

Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die auch etwa als "nicht Streitige Gerichtsbarkeit" oder "Verfahren auf einseitiges Vorbringen" bekannt ist, fehlt die für den Zivilrechtsstreit typische Zweiparteiensituation. Sie dient regelmässig der Rechts- und (oder) Vermögensfürsorge im privatrechtlichen Bereich<sup>224</sup>. Trotz notorischer Unschärfe ist der Begriff allgemein anerkannt und bedarf hier keiner weiteren Erläuterung<sup>225</sup>.

Typische Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind etwa die Verschollenklärung einer Person, die Kraftloserklärung von Wertpapieren sowie die behördliche Mitwirkung beim Erbgang. Auch weitere Rechtssachen der Kataloge von Artikel 260 f. können darunter fallen, solange sie im Einparteienverfahren ablaufen und unbestritten bleiben.

Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört an sich auch die öffentliche Beurkundung privater Rechtsgeschäfte. Doch wird sie – weil kein gerichtliches Verfahren – vom Vorentwurf nicht erfasst, sondern bleibt dem kantonalen Recht überlassen (Art. 55 SchIT ZGB). Gleiches gilt für die Führung der öffentlichen Register: Auch sie wird nicht Gegenstand dieser ZPO, sondern bleibt wie heute im übrigen Bundesrecht geregelt (Grundbuch, Handelsregister, Register der Immaterialgüterrechte usw.).

Die sachlichen Zuständigkeiten für die freiwillige Gerichtsbarkeit – und damit verbunden auch das Verfahren – sind heute in den Kantonen sehr unterschiedlich geregelt: Teilweise sind die Gerichte, teilweise die Verwaltungsbehörden zuständig. Entsprechend läuft das Verfahren teils nach der kantonalen ZPO, teils aber auch nach einem Verwaltungsrechtspflegegesetz. Der Vorentwurf bringt hier eine Vereinfachung:

- An der sachlichen Zuständigkeitsordnung wird zwar nichts geändert (vgl. Art. 1 Abs. 4 und 2 Abs. 2). Es steht den Kantonen nach wie vor frei, für die

<sup>222</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 226 N 4 und 4a.

<sup>223</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 212 N 1. Vgl. sodann auch Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 169.

<sup>224</sup> Vgl. Habscheid, Zivilprozessrecht, Rz. 136.

<sup>225</sup> Vgl. BSK-Claudia Spühler, Art. 11 GestG N 2 mit zahlreichen Hinweisen; BK-Nicolas von Werdt, Art. 11 GestG N 4 ff.



betreffenden Angelegenheiten Verwaltungsbehörden oder Gerichte vorzusehen (so ausdrücklich Art. 270).

- Hingegen wird das Verfahren vereinheitlicht: Ob Verwaltungsbehörde oder Gericht – für Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist immer das Summarverfahren dieser ZPO anzuwenden. Dies hat auch Auswirkungen auf das Rechtsmittel (Rekurs nach Art. 299 ff.).

### **Art. 268**

Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt die Untersuchungsmaxime: Die Verhandlungsmaxime kann von vorneherein nicht funktionieren, weil das Verfahren wesensmässig nicht kontradiktorisch ist und Betroffene oft gar nicht angehört werden können (z.B. eine verschollene Person). Entsprechend trifft das Gericht oder die Verwaltungsbehörde von Amtes wegen alle Anordnungen, die zur Abklärung des Sachverhaltes notwendig sind.

### **Art. 269**

Grundsätzlich sind Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Rekurs (Art. 299 ff.) oder Revision (Art. 319) anzufechten. Artikel 269 sieht daneben – in Anlehnung an das kantonale Prozessrecht (z.B. OW, SZ, ZH) – eine zusätzliche Korrekturmöglichkeit vor: Wenn sich ein Entscheid im Nachhinein als unrichtig herausstellt, kann er auch ausserhalb eines förmlichen Rechtsmittelverfahrens aufgehoben oder abgeändert werden, sofern die Rechtssicherheit es erlaubt und keine gesetzliche Vorschrift im Wege steht.

Eine solche im Vergleich zur streitigen Gerichtsbarkeit erleichterte Korrektur entspricht einem praktischen Bedürfnis (z.B. einfache Korrektur eines fehlerhaften Erbscheins). Sie ist auch dadurch gerechtfertigt, dass hier dem „Entscheid“ kein Zweiparteienverfahren mit voller Rechtskraftwirkung vorangegangen ist.

### **Art. 270**

Wie oben ausgeführt, können die Kantone weiterhin die sachliche Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden vorsehen (sofern nicht das übrige Bundesrecht ein Gericht verlangt). Doch kommt auch vor einer kantonalen Verwaltungsbehörde das summarische Verfahren zur Anwendung (**Abs. 1**).

Auch hinsichtlich des Rechtsmittels wird nicht unterschieden, ob der Entscheid von einer Verwaltungsbehörde oder von einem Gericht ergangen ist (**Abs. 2**). Das kantonale Recht ist bei der Bezeichnung der Rechtsmittelinstanz frei.

### **Besitzschutz unter Strafandrohung**

Die in den Artikel 271-274 vorgesehene Regelung einer besonderen Form des Besitzschutzes (Erlass eines Verbotes mit Bussandrohung) lehnt sich an entsprechende kantonale Bestimmungen in Prozessordnungen (z.B. ZH) oder Einführungsgesetzen (z.B. BE) an.

Danach gilt im Wesentlichen Folgendes:

- Inhaltlich kann das Verbot jede denkbare Störung des Grundbesitzes betreffen (**Art. 271**); es kann konkret (z.B. "Parkverbot", "Fussballspielen verboten") oder abstrakt („jede Störung“) formuliert sein.
- Das Verbot wird befristet oder unbefristet ausgesprochen (Art. 271) und kann sich sowohl gegen bestimmte Personen als auch gegen die Allgemeinheit richten (**Art. 272**). Ein allgemeines Verbot ist zu publizieren sowie auf dem Grundstück selber an gut sichtbarer Stelle anzubringen (**Abs. 1**). Wenn sich das Verbot nur gegen bestimmte Personen richtet, ist es ihnen wie ein Entscheid zu eröffnen (**Abs. 2**; vgl. Art. 265). Eine Begründung ist nicht erforderlich. Das Verbot muss diesfalls weder publiziert noch als Tafel auf dem Grundstück angebracht werden.
- Gegen jedes Verbot kann innert 20 Tagen seit Bekanntmachung bzw. Eröffnung Einsprache erhoben werden (**Art. 273**). Dieser Rechtsbehelf ist mit einem Rechtsvorschlag (Art. 74 ff. SchKG) vergleichbar und bedarf deswegen keiner Begründung. Die Einsprache macht das Verbot sofort unwirksam und wird dem Verbotnehmer mitgeteilt.  
  
Damit sind die vom Verbot Betroffenen nicht darauf beschränkt, ihr „besseres Recht“ erst in einem gegen sie eröffneten Strafverfahren nachweisen zu können oder – um eine Strafanzeige zu vermeiden – sogleich eine „Aberkennungsklage“ erheben zu müssen.
- Um die Wirksamkeit der Einsprache zu beseitigen, muss der Verbotnehmer nun den Prozessweg beschreiten und binnen Monatsfrist auf Bestätigung des Verbotes klagen („Anerkennungsklage“; **Art. 274 Abs. 1**). Für die Dauer des Prozesses kann er die Störung immerhin mit einer vorsorglichen Massnahme zu verbieten versuchen (Art. 276).  
  
Wenn andererseits die Betroffenen die rechtzeitige Einsprache verpasst haben, müssen sie – zwecks nachträglicher Beseitigung des Verbotes – eine entsprechende „Aberkennungsklage“ erheben. Diese ist nicht fristgebunden, sondern solange möglich, als das Verbot gilt. Sie können ihr besseres Recht aber auch im Strafverfahren vorbringen.
- Der Vorentwurf stellt klar, dass dieser strafrechtliche Besitzerschutz den zivilrechtlichen (Art. 928 ff. ZGB) nicht ausschliesst (**Art. 274 Abs. 2**).

### **3. Titel: Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift**

#### **1. Kapitel: Vorsorgliche Massnahmen**

##### *Vorbemerkung*

Das Gebiet der vorsorglichen Massnahmen ist erfahrungsgemäss ebenso breitgefächert wie vielschichtig. Deshalb drängt sich eine knapp gehaltene und flexibel gestaltete gesetzliche Normierung auf, damit das Gericht, welches der Sache näher steht als der Gesetzgeber, über einen möglichst grossen Spielraum verfügt. Im Hinblick darauf sieht die Expertenkommission auch bewusst davon ab, einen abschliessenden Katalog vorsorglicher Massnahmen zu erstellen.

### Art. 275

Grundvoraussetzung für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist die zeitliche Dringlichkeit. Die gesuchstellende Partei muss glaubhaft machen, dass ihr ohne sofortige richterliche Hilfe ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (**Abs. 1**). Die befürchteten Nachteile müssen kraft objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung völlig auszuschliessen wäre<sup>226</sup>. Das Vorliegen solcher Anhaltspunkte einer drohenden Gefahr ist der *Verfügungsgrund* der vorsorglichen Massnahme.

Als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil gilt nicht nur ein drohender Vermögensschaden (z.B. drohende Zahlungsunfähigkeit des Beklagten im Falle des Unterliegens im Prozess<sup>227</sup>), sondern auch immaterieller Schaden, wenn dieser nicht leicht ersetzbar erscheint. Auch schwer beweisbarer Schaden gehört dazu wie etwa bei Nachahmung eines gewerblich geschützten Verfahrens oder Erzeugnisses<sup>228</sup>.

Die anzuordnende Massnahme muss notwendig sein, womit gemeint ist, dass sie in zeitlicher und sachlicher Hinsicht als geeignet erscheint. Überdies muss sie auch verhältnismässig sein (dazu Art. 276).

Vorsorgliche Massnahmen werden – ihrer Natur entsprechend – im summarischen Verfahren angeordnet (**Abs. 2**).

Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime setzt der Erlass einer vorsorglichen Massnahme ein entsprechendes Gesuch der interessierten Partei voraus. Anders ist es, wo die Officialmaxime gilt (**Abs. 3**): Dort kann das Gericht eine vorsorgliche Massnahme auch von sich aus anordnen.

### Art. 276

Zunächst ist festzuhalten, dass die vorsorgliche Sicherung streitiger *Geldforderungen* auch künftig den Normen und Massnahmen des SchKG untersteht (Arrest, Retentionsverzeichnis usw.). Die Regelung des Vorentwurfs betrifft alle andern Ansprüche (z.B. Sach- und Dienstleistungen, Willenserklärungen usw.).

Allgemein gesprochen hat das Gericht jeweils die geeigneten Massnahmen anzuordnen. Es können Regelungs-, Sicherungs- oder auch Leistungsmassnahmen sein<sup>229</sup>. Die angeordnete Massnahme muss allerdings immer verhältnismässig sein, d.h. sie darf nicht weiter gehen, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruches nötig ist<sup>230</sup>.

Der Vorentwurf präzisiert den Inhalt möglicher Massnahmen:

- Es kann sich um ein gerichtliches Verbot handeln (**Bst. a**). Beispiele: das Verbot, den Streitgegenstand zu veräussern, das Verbot der widerrechtlichen

---

<sup>226</sup> BGE 103 II 287, 99 II 344.

<sup>227</sup> BGE 94 I 11 Erw. 8.

<sup>228</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 110 N 17; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 326 N 8b.

<sup>229</sup> Vgl. zu diesen Begriffen Spühler/Vogel, Zivilprozessrecht, 12. Kap. N 192 ff.

<sup>230</sup> BGE 94 I 8.

Benützung einer eingetragenen Firma (BGE 63 II 399) oder das Verbot des Ausübens einer Konkurrenz­­tätigkeit.

- Das Gericht kann die sofortige Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes anordnen (**Bst. b**). Zu denken ist an die Beschlagnahme von Objekten, die zu rechtswidrigen Handlungen dienen, vor allem auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes<sup>231</sup>.
- Das Gericht kann ein Register anweisen, bestimmte Vorkehren zu treffen (**Bst. c**), z.B. im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung vorzumerken.
- **Buchstabe d** schliesslich gibt dem Gericht die Möglichkeit, auch andere geeignete Massnahmen zu treffen. Der Katalog des Vorentwurfs ist somit nicht abschliessend.

### Art. 277

Im Hinblick auf raschen Rechtsschutz müssen vorsorgliche Massnahmen schon vor Rechtshängigkeit des eigentlichen Hauptverfahrens möglich sein. Dringt die gesuchstellende Partei mit ihrem Antrag durch, so kann sie erfahrungsgemäss das Interesse an der Einleitung des Hauptprozesses verlieren: Sie hat, was sie will. Indessen gehört die Prosekution – d.h. die definitive Klärung der Rechtslage – unabdingbar zum Institut der vorsorglichen Massnahme. Es ist deshalb unerlässlich, dass die gesuchstellende Partei ihre Position im ordentlichen Verfahren verteidigt. Dies erfordert, dass ihr Frist zur Klageeinreichung in der Hauptsache angesetzt wird, sollte das Hauptverfahren bei Erlass der vorsorglichen Massnahme nicht bereits im Gange sein (**Abs. 1**). Diese Fristansetzung muss mit der Androhung des Dahinfallens der vorsorglichen Massnahme verbunden werden, weil sonst zu befürchten ist, dass der obsiegende Gesuchsteller die Einleitung des Hauptprozesses unterlässt.

Der Vorentwurf statuiert eine Ausnahme von dieser Prosekution (**Abs. 2**). Sie ist im Zusammenhang mit Artikel 335 zu sehen: Der Verzicht auf die Fristansetzung muss mit der Anordnung der Einziehung verbunden sein. Im Wesentlichen geht es um die Beschlagnahme so genannten Piratenguts wegen Verletzung immaterialgüter- und lauterkeitsrechtlicher Vorschriften. Da in solchen Fällen häufig die Gegenpartei des Gesuchstellers gar nicht bekannt ist oder davon ausgegangen werden kann, dass sie sich einem Prozess nicht stellen werde, ist es zur Vermeidung sinnloser Verfahren gerechtfertigt, die gesuchstellende Partei von der Klageeinreichung zu entlasten. Diese Ausnahme ist aber strikte auf das Gebiet des Immaterialgüter- und Lauterkeitsrechts begrenzt. Sonst gilt der unbedingte Grundsatz, dass vorsorgliche Massnahmen prosequiert werden müssen.

### Art. 278

Das Gericht kann bei einer möglichen Schädigung der Gegenpartei die vorsorgliche Massnahme von einer vorgängigen Sicherheitsleistung des Gesuchstellers abhängig machen (**Abs. 1**). Dem Gericht steht diesbezüglich ein Ermessen zu; es kann die Sicherheit auch erst im Nachhinein anordnen, vermindern oder erhöhen.

Der Gesuchsteller haftet für den Schaden, der durch eine ungerechtfertigte Massnahme verursacht wird (**Abs. 2**). Vorgesehen ist eine gemilderte Kausalhaftung.

---

<sup>231</sup> BGE 56 II 318.

Kann die gesuchstellende Partei dartun, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht reduzieren oder überhaupt davon entbinden. Mit „in guten Treuen“ ist gemeint, dass die gesuchstellende Partei die Massnahme aus Gründen beantragt hat, die das Gesuch – aus damaliger Sicht – als sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen. Der Schadenersatzanspruch gegen die gesuchstellende Partei ist in einem selbstständigen Forderungsprozess geltend zu machen. Eine allfällige Schadenersatzpflicht gegenüber Dritten richtet sich nach dem materiellen Recht.

Eine geleistete Sicherheit dient der Schadensdeckung (**Abs. 3**). Sie darf daher erst freigegeben werden, wenn feststeht, dass die geschädigte Partei keine Klage erhebt.

#### **Art. 279**

Vorsorgliche Massnahmen dienen dem einstweiligen Rechtsschutz. Sie müssen daher veränderten Verhältnissen angepasst werden können (**Abs. 1**). Bei der rechtskräftigen Erledigung der Hauptsache fallen sie von Gesetzes wegen dahin (**Abs. 2**). Sie können durch entsprechende Vollstreckungsanordnungen (Art. 228 Abs. 2) abgelöst werden.

#### **Art. 280**

Bei besonderer Dringlichkeit können alle notwendigen vorsorglichen Massnahmen überfallartig – d.h. ohne vorgängige Anhörung des Gegners – angeordnet werden (**Abs. 1**). Die vorausgesetzte Dringlichkeit kann insbesondere bei „Vereitelungsgefahr“ bestehen, ein Begriff, der bisher in immaterialgüterrechtlichen Erlassen verwendet wurde. Doch auch die Vereitelungsgefahr muss besonders akut sein, um eine superprovisorische Massnahme zu rechtfertigen.

Gleichzeitig mit der Eröffnung der Massnahme setzt das Gericht der Gegenpartei eine kurze Frist zur Stellungnahme (**Abs. 2**). Um den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen, statuiert der Vorentwurf dafür eine richterliche Frist. Nach deren Ablauf entscheidet das Gericht – nunmehr in Kenntnis auch des Standpunktes des Gegners – über die eigentliche vorsorgliche Massnahme: Sie ersetzt das Superprovisorium.

Gegen eine superprovisorische Massnahme hat die Gegenpartei somit kein Rechtsmittel – insbesondere keine Einsprachemöglichkeit. Sie trägt ihre Einwände in ihrer Vernehmlassung vor. Erst die „definitive“ vorsorgliche Massnahme ist dann anfechtbar (Rekurs; Art. 281).

#### **Art. 281**

Sowohl die Bewilligung als auch die Abweisung eines Gesuches um Anordnung vorsorglicher Massnahmen kann für die betroffene Partei einschneidende Wirkungen haben. Im Hinblick darauf muss die Möglichkeit einer Anfechtung des betreffenden Entscheides mit einem Rechtsmittel gegeben sein. Geht der Entscheid von einem unteren kantonalen Gericht aus, so steht der Rekurs offen (**Abs. 1**). Hat dagegen ein oberes kantonales Gericht oder eine Rechtsmittelinstanz den Entscheid getroffen, so ist – abgesehen von den handelsrechtlichen Streitigkeiten (Art. 5 Abs. 3) – nur noch der Weiterzug ans Bundesgericht möglich. Der Rekurs hat keine aufschiebende

Wirkung (Art. 304 Abs. 3), was dem Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz entspricht. Die Rechtsmittelinstanz kann jedoch Aufschub erteilen.

Weil vorsorglicher Rechtsschutz unverzüglich greifen muss, hat das anordnende Gericht die Möglichkeit, die getroffene Massnahme entweder gerade selber zu vollstrecken oder sofort vollstrecken zu lassen, ohne dass es eines zusätzlichen Vollstreckungsgesuches der interessierten Partei bedarf (**Abs. 2**).

### **Art. 282**

Die Bestimmung lehnt sich an geltendes Recht an (vgl. Art. 79 Abs. 2 PatG). Danach kann von einer vorsorglichen Massnahme abgesehen werden oder eine bereits verfügte Massnahme ganz oder teilweise aufgehoben werden, wenn die Gegenpartei zugunsten des Antragstellers eine angemessene Sicherheit leistet. Diese Lösung soll nach Meinungsäusserungen aus Fachkreisen auf das gesamte Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ausgedehnt werden, was die Expertenkommission befürwortet.

### **Art. 283**

Die Sonderregelung für vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien entspricht geltendem Recht (Art. 28c Abs. 3 ZGB), das seinerseits ein Kompromiss einlässlicher parlamentarischer Beratungen darstellt. Die Expertenkommission lässt diese medienpolitische Lösung unangetastet.

### **Art. 284**

Das Erbrecht kennt verschiedene Sicherungsmassnahmen. Diese werden im materiellen Recht belassen, weil sie eng mit dem Erbgang verbunden sind. Eine Herauslösung und Verpflanzung in die ZPO brächte keinen praktischen Gewinn. Entsprechend werden sie im Vorentwurf vorbehalten.

## **2. Kapitel: Schutzschrift**

### **Art. 285**

Die Schutzschrift ist in vielen europäischen Staaten bekannt. Sie ist in den letzten Jahren auch in der Schweiz zugelassen worden, vor allem in den Kantonen, die Handelsgerichte kennen. Da sie zusehends an Bedeutung gewinnt, ist sie in einer modernen ZPO ausdrücklich zu regeln – im Interesse der Rechtssicherheit.

Bei der Schutzschrift handelt es sich um ein prophylaktisches Verteidigungsmittel gegen eine befürchtete superprovisorische Massnahme. Sie bezweckt, den Erlass solcher Massnahmen zu verhindern, indem die potentielle Gegenpartei ihren Sachstandpunkt dem Gericht schon zum Voraus unterbreiten kann<sup>232</sup>.

Vor allem in immaterialgüter- und urheberrechtlichen Angelegenheiten ist die Schutzschrift von Bedeutung. So kann beispielsweise einem befürchteten Verkaufsverbot für angebliche Uhrenplagiate vorgebeugt werden. Wird das Gesuch um Erlass des

---

<sup>232</sup> BGE 119 Ia 57 f.; Güngerich; Hess-Blumer.

Verkaufsverbotes später tatsächlich eingereicht, so kann es das Gericht auch im Lichte der in der Schutzschrift enthaltenen Darstellung der potentiellen Gegenpartei beurteilen. Angesichts dieses nicht zu leugnenden praktischen Nutzens ist die Schutzschrift nach Auffassung der Expertenkommission in eine ZPO aufzunehmen (**Abs. 1**).

Die Schutzschrift kann verwendet werden gegen sämtliche Massnahmen, die ohne vorgängige Anhörung verfügt werden können – auch gegen solche ausserhalb des Vorentwurfs. Zu denken ist insbesondere an den Arrest nach SchKG oder an das einseitige Exequaturverfahren nach dem Lugano-Übereinkommen.

Da die Schutzschrift nicht in einem hängigen Prozess, sondern im Vorfeld eines bloss befürchteten Verfahrens eingereicht wird, muss ihre Wirksamkeit zeitlich begrenzt werden. Nach Ablauf von 6 Monaten seit ihrer Einreichung ist sie nicht mehr beachtlich (**Abs. 2**). Das Gericht kann sie zurücksenden oder vernichten; es braucht sie nicht aufzubewahren.

## 4. Titel: Die Rechtsmittel

### *Vorbemerkungen*

Der Vorentwurf widmet den Rechtsmitteln sechs Kapitel. Vorangestellt werden einige allgemeine Bestimmungen, welche für alle Rechtsmittel der ZPO gelten. Es folgen dann die einzelnen Rechtsmittel: Appellation, Rekurs, Beschwerde, Revision, Erläuterung und Berichtigung.

Das Rechtsmittelsystem ist eine rechtsstaatliche Garantie für ein möglichst richtiges Urteil<sup>233</sup>. Diesem Rechtsschutzziel würde an sich ein möglichst starker Ausbau der Rechtsmittel entsprechen, doch sind die damit verbundenen Gefahren nicht zu verkennen (Verzögerung und Verteuerung der Justiz). Aus diesen Gründen wird in neuerer Zeit vermehrt für eine Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten votiert – zwecks möglichst rascher Herstellung des Rechtsfriedens<sup>234</sup>. Der Vorentwurf beschreitet einen Mittelweg.

Anders als die totalrevidierte Bundesrechtspflege wird keine so genannte Einheitsbeschwerde vorgeschlagen<sup>235</sup>. Trotzdem können die Rechtsmittel stark vereinfacht und in ihren Anwendungsgebieten klar definiert werden. Der Vorentwurf orientiert sich dabei an vertrauten kantonalen Vorbildern.

Vorgesehen sind im Wesentlichen drei Hauptrechtsmittel: Appellation, Rekurs und Beschwerde. Unterscheidungs- bzw. Abgrenzungskriterium ist dabei allein das Anfechtungsobjekt. Auf eine gesetzliche Unterscheidung zwischen ordentlichen (suspensiven) und ausserordentlichen (nicht suspensiven) Rechtsmitteln wird verzichtet<sup>236</sup>. Die Appellation richtet sich grundsätzlich gegen Entscheide des

---

<sup>233</sup> Vgl. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 1-3.

<sup>234</sup> Vgl. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 28.

<sup>235</sup> Vgl. Art. 68 ff. BGG.

<sup>236</sup> Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 4; Bühler/Edelmann/Killer, Vorbem. zu §§ 317-351 N 1; Frank/Sträuli/Messmer, N 1 vor § 251.

ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahrens, der Rekurs gegen jene des summarischen. Prinzipiell nur subsidiär ist die Beschwerde.

## 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

### Art. 286

Für das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz gelten grundsätzlich bei allen Rechtsmitteln dieselben Verfahrensvorschriften wie bereits vor der ersten Instanz. Bei der Appellation bleibt das Verfahren mithin ein ordentliches (bzw. ein vereinfachtes), und beim Rekurs ein summarisches. Das gilt auch, wenn die Rechtsmittelinstanz vorsorgliche Massnahmen zu treffen hat: Sie verfährt dabei nach den Artikeln 275 ff.

Die Appellationsinstanz wird also regelmässig eine mündliche Verhandlung durchführen und darin auch Beweise erheben. Die Parteien haben Gelegenheit zu ihren Plädoyers (Art. 223). Anders die Rekursinstanz: Sie wird in der Regel aufgrund der Akten entscheiden (Art. 308).

Besondere Verfahrensbestimmungen des jeweiligen Rechtsmittels sind natürlich vorbehalten, wie vor allem hinsichtlich der Noven: Grundsätzlich sind sie – anders als vor der ersten Instanz – gleich von Anfang an nur beschränkt zulässig (Art. 297, 306) oder gleich gänzlich ausgeschlossen (Art. 317).

### Art. 287

Die Rechtsmittelfrist beginnt nicht für alle Entscheide im gleichen Zeitpunkt zu laufen. Vielmehr kommt es auf die Art des Verfahrens an, aus dem sie stammen.

- Gegen Entscheide des ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahrens beginnt die Rechtsmittelfrist (Appellation) erst nach der Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids (**Bst. a**). Das wird meist erst einige Zeit nach der Eröffnung des Dispositivs sein (vgl. Art. 232).
- Im summarischen Verfahren (Rekurs) hingegen beginnt die Frist gleich am Tag nach der Entscheideröffnung, denn ein Summarentscheid wird immer zusammen mit der Begründung eröffnet (**Bst. b**; Art. 265).
- Ebenfalls gleich nach der Eröffnung beginnt die Rechtsmittelfrist für anfechtbare prozessleitende Verfügungen (**Bst. c**). Mit dem Wort ‚anfechtbar‘ weist der Vorentwurf darauf hin, dass bei weitem nicht alle prozessleitenden Verfügungen anfechtbar sind (vgl. Art. 310).

### Art. 288

Die Rechtsmittelinstanz kann ihre Vorinstanz immer um eine Stellungnahme ersuchen. Das kommt vor allem dann in Frage, wenn die Aktenlage Unklarheiten in formeller oder materieller Hinsicht aufweist.

Dabei ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 28. Juni 2001 in Sachen F. R. gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft zu beachten: Die Vernehmlassung ist sämtlichen Verfahrensbeteiligten zugänglich zu machen. Diese haben in jedem Fall das Recht, dazu Stellung zu nehmen, unabhängig davon ob die Vernehmlassung neue Gesichtspunkte enthält oder nicht. Dieses Recht auf



Stellungnahme ist auch dann zu gewähren, wenn die Rechtsmittelinstanz nur eine beschränkte Kognition hat.

### Art. 289

Diese Bestimmung ist vor allem für die Appellation relevant: Die Rechtsmittelinstanz kann das Dispositiv ihres Entscheides immer erst gleichzeitig mit der schriftlichen Begründung eröffnen – auch ohne entsprechenden Parteiantrag.

## 2. Kapitel: Die Appellation

### Art. 290

Anfechtungsobjekt der Appellation sind Entscheide eines (unteren) erstinstanzlichen Gerichts, die im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren ergangen sind (**Abs. 1 Bst. a und b**). Die Entscheide des Summarverfahrens hingegen unterliegen dem Rekurs (Art. 299 ff.). Aus Gründen der Klarheit werden in den **Buchstaben c-e** drei besondere Fälle ausdrücklich genannt: Es sind dies die Entscheide der besonderen (ordentlichen) familienrechtlichen Verfahren (Art. 243 ff., 253ff.), also die Scheidungsurteile sowie die Entscheide betreffend Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses.

Nach dem **Einleitungssatz** kann es sich beim Anfechtungsobjekt um einen End- oder einen Zwischenentscheid handeln (vgl. den Kommentar zu Art. 228 f.).

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist im Weiteren ein minimaler Streitwert Voraussetzung – wie in den kantonalen Zivilprozessordnungen allgemein üblich<sup>237</sup>. **Absatz 2** übernimmt das System des BGG (vgl. dort Art. 47)<sup>238</sup>: Danach bestimmt sich der Streitwert nach der *Differenz* zwischen den zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und dem erstinstanzlichen Urteil (sog. Gravamen). Diese Differenz muss mindestens CHF 10'000 betragen. Das ergibt sowohl vom Frankenbetrag als auch vom geschilderten Systemwechsel her eine spürbare Erhöhung des Streitwerts gegenüber den bisherigen kantonalen Regelungen.

Vermögensrechtliche Fälle unterhalb der Streitwertgrenze bleiben aber mit der Beschwerde anfechtbar (Art. 310 Bst. a), die – genau gleich wie die Appellation – eine volle Überprüfung der Rechtsanwendung ermöglicht, jedoch in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts beschränkt ist (vgl. Art. 311). Dadurch genügt der Vorentwurf trotz aller Strenge auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach für Entscheide grundlegender Bedeutung der Weg bis zum Bundesgericht unabhängig vom Streitwert offen stehen muss (Art. 191 BV).

### Art. 291

Hier sind die Rügegründe der Appellation geregelt. Die Appellation – in der Deutschschweiz oft auch als Berufung bezeichnet – ist im geltenden Prozessrecht das klas-

<sup>237</sup> Vgl. z.B. Studer/Rüegg/Eiholzer, § 245; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Bem. vor Art. 137, 339 f.

<sup>238</sup> BBI 2001 4490.

sische, ordentliche und vollkommene Rechtsmittel, mit dem der gesamte Prozessstoff des erstinstanzlichen Verfahrens überprüft werden kann<sup>239</sup>. Entsprechend dieser traditionellen Vorgaben ist die Appellation des Vorentwurfs konzipiert worden. Es kann daher sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt und von der oberen kantonalen Instanz überprüft werden. Die Rechtsmittelinstanz – sachlich vom kantonalen Recht zu bezeichnen (Art. 1 Abs. 3) – hat dabei freie Kognition.

Besonders hervorzuheben ist der Rügegrund der unrichtigen Rechtsanwendung (**Bst. a**). Darunter sind sowohl verfahrens- als auch materiellrechtliche Fehler der ersten Instanz zu verstehen, also insbesondere:

- Verletzungen dieser Prozessordnung und ihrer Ausführungsbestimmungen,
- Falsche Anwendung des Bundesprivatrechts (z.B. ZGB, OR, Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht, Internationales Privatrecht usw.),
- Fehlerhafte Anwendung auch des öffentlichen Bundesrechts, sofern es mit einer Zivilsache (Art. 1) im Zusammenhang steht (Verfassungs- und Verwaltungsrecht),
- Verletzung kantonalen Rechts (ebenfalls Privat- und öffentliches Recht, also insb. der Kantonsverfassung, der Gesetze, Verordnungen und Konkordate).

Es spielt demnach keine Rolle, ob in einer Zivilsache Normen auf Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe verletzt wurden, ob es sich dabei um öffentliches oder Privatrecht handelt oder ob kantonales oder Bundesrecht falsch angewendet wurde. Immer ist – bei gegebener Appellabilität (Art. 290) – die Appellation anwendbar. In Bezug auf die Rügegründe ist sie somit eine „Einheitsbeschwerde“ – gleich wie auch der Rekurs (vgl. Art. 300).

Auch in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts hat die Rechtsmittelinstanz eine freie Überprüfungsöglichkeit (**Bst. b**).

### **Art. 292 bis 293.1**

Für die *Modalitäten der Einreichung der Appellation* schlägt die Expertenkommission zwei Varianten vor. Beiden ist gemeinsam, dass das Rechtsmittel jeweils direkt bei der Rechtsmittelinstanz einzulegen ist (*iudex ad quem*). Diese kann – ohne vorgängige Stellungnahme des Appellationsgegners – einen unmittelbaren Nichteintretensentscheid treffen oder die Appellation abweisen, wenn sie offensichtlich unzulässig (fehlende Appellationsvoraussetzungen, Art. 290) oder unbegründet ist. Eine gleiche „Guillotine“ droht auch dem Rekurs (Art. 303) und der Beschwerde (Art. 314).

**Variante 1** ist strenger:

- Die Appellation ist innert dreissig Tagen einzureichen, und zwar schriftlich und begründet (vollständiger Schriftsatz; Art. 292). Diese Frist ist nicht erstreckbar (Art. 137 Abs.1).
- Die Gegenpartei erhält eine gleich lange – ebenfalls nicht erstreckbare – Frist zur Stellungnahme (Appellationsantwort; Art. 293), die ebenfalls in Form einer

<sup>239</sup> Vgl. z.B. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 333 ff.; Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 73. Einzig im Kanton Waadt ist die Überprüfung der Würdigung der Zeugenaussagen durch die obere kantonale Instanz ausgeschlossen (Art. 252 CP/VD).

Rechtsschrift abzugeben ist. Gleichzeitig kann sie Anschlussappellation erklären (Art. 296).

**Variante 2** ist für die Parteien milder:

- Danach braucht die Appellation zunächst nur schriftlich erklärt zu werden (Art. 292). Es genügt eine einfache Parteierklärung, immerhin versehen mit den Rechtsbegehren. Eine Begründung ist nicht erforderlich – gleichwohl aber erlaubt. Diese Erklärungsfrist ist nicht erstreckbar.
- Für die Begründung erhält die appellierende Partei dann eine zusätzliche Frist von 20 Tagen (Art. 293 Abs. 1), die – aus wichtigen Gründen – um weitere zwanzig Tage verlängert werden kann. Bei versäumter Begründung wird auf die Appellation nicht eingetreten.

Diese Variante bietet den Parteien den Vorteil, dass eine erheblich längere Frist zur Begründung des Rechtsmittels zur Verfügung stehen kann – in grösseren Verfahren durchaus gerechtfertigt. In familienrechtlichen Prozessen hingegen (vor allem bei Ehescheidung) sollten Fristerstreckungen nur mit Zurückhaltung gewährt werden, denn Appellationsverfahren werden regelmässig komplexer, je länger sie dauern. Der Nachteil der Variante 2 liegt darin, dass die Rechtsbegehren schon innert zehn Tagen – mit der Appellationserklärung – schriftlich zu formulieren sind; dies ist in komplexeren Prozessen oft schwierig.

- Die Gegenpartei wird bereits von der Appellationserklärung in Kenntnis gesetzt (Art. 292 Abs. 3), dies zwecks allfälliger Erklärung der Anschlussappellation (Art. 296). Zur eigentlichen Appellationsantwort kommt es hingegen erst später, nämlich nach Zustellung der Appellationsbegründung (Art. 293.1). Auch die 20-tägige Antwortfrist ist – aus Gründen der Waffengleichheit – verlängerbar.

### **Art. 294**

Der Appellation ist – dogmatisch betrachtet – ein ordentliches Rechtsmittel. Daher kommt ihr in der Regel von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu: Die Einlegung der Appellation hemmt den Eintritt der Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Rechtsbegehren.

Doch kann die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung auch entziehen, z.B. wenn die Appellation offensichtlich unzulässig oder unbegründet bzw. trölerisch erscheint. Eine solche Entzugsmöglichkeit gibt es bisher nur in wenigen Kantonen<sup>240</sup>. Der Entscheid wird dadurch sofort vollstreckbar.

### **Art. 295**

Die appellierende Partei muss ihr Rechtsmittel (rechtzeitig) begründen. Sie hat ihre Anträge zu substantiieren. Bei ungenügender Begründung wird die Appellation abgewiesen. Ungenügende Begründung ist nicht etwa ein formeller Mangel, der später noch nachgebessert werden könnte (Art. 123). Fehlt jede Begründung, so erfolgt sogar ein Nichteintretensentscheid (Art. 293 Abs. 3).

Doch gilt diese Begründungslast nicht immer gleich stark: Gemildert ist sie naturgemäss bei Angelegenheiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen

---

<sup>240</sup> So in FR, BS, TI, GE; vgl. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 35.

abzuklären hat (vgl. den Katalog in Art. 240). Das heisst jedoch nicht, dass die Parteien dann einfach nur Anträge zu stellen haben: Aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht haben sie ihr Rechtsmittel gleichwohl zu begründen, nur gelten – hinsichtlich Form und Vollständigkeit – nicht die gleichen Anforderungen. Das Gericht kann auch auf Gesichtspunkte eingehen, die von den Parteien nicht genannt worden sind. Es kann die Parteien auch zur Ergänzung ihrer Eingaben auffordern.

### **Art 296**

Mit der Anschlussappellation kann die Gegenpartei die appellierende Partei unter zusätzlichen Druck setzen: Sie verlangt dann nicht nur die Abweisung der Appellation (und damit im Ergebnis die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids), sondern eine Abänderung dieses Entscheides zu Ungunsten der appellierenden Partei. Die Appellantin riskiert dann ein noch schlechteres Abschneiden als vor erster Instanz. Oft wird sie dann ihr Rechtsmittel zurückziehen (wodurch auch die Anschlussappellation dahinfällt), so dass der Fall erledigt werden kann und es beim erstinstanzlichen Urteil bleibt. Die Anschlussappellation dient so auch der Prozessökonomie.

Abgestimmt auf die Modalitäten der Appellation (Art. 292 f.) schlägt die Expertenkommission auch für die Anschlussappellation zwei Varianten vor.

#### **Variante 1**

- Die Anschlussappellation wird zusammen mit der Appellationsantwort erklärt und begründet (Abs. 1).
- Die appellierende Partei erhält eine angemessene Frist zur schriftlichen Stellungnahme (Abs. 2).
- Absatz 3 stellt die Abhängigkeit der Anschlussappellation vom Hauptrechtsmittel klar.

Diese Variante ist straffer als die nachstehende.

#### **Variante 2**

- Hier ist das Verfahren – wie schon die Einlegung der Appellation – zweistufig: Die Anschlussappellation braucht vorerst nur erklärt zu werden (einfache Parteierklärung ohne Begründung; Abs. 1).
- Die Begründung erfolgt dann erst zusammen mit der Appellationsantwort (Abs. 2).
- Wie bei der Variante 1 ist die Anschlussappellation von der Appellation abhängig (Abs. 3).

### **Art. 297**

Die Zulässigkeit von Noven im Appellationsverfahren ist in den kantonalen Zivilprozessordnungen sehr unterschiedlich geregelt. Vier Kantone schliessen jegliche Noven aus, fünf lassen sie unbeschränkt zu. Die meisten jedoch beschreiten einen Mittelweg, dem auch der Vorentwurf im Wesentlichen folgt<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> Nachweise vgl. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 76-79; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 230; Bühler/Edelmann/Killer, § 321; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 227 Abs. 2.

Danach sind Noven vor der Appellationsinstanz von Anfang an nur *beschränkt* zulässig (**Abs. 1**, der auf die Schranke von Art. 215 Abs. 2 verweist). Novenrechtlich also setzt das Appellationsverfahren gewissermassen dort ein, wo das erstinstanzliche aufgehört hat. Es wäre verfahrensrechtlich kaum logisch, das Tor wiederum ganz zu öffnen.

Das Vorbringen darf also auch bei zumutbarer Sorgfalt vorher nicht möglich gewesen sein (z.B. erst nachträgliches Auffinden einer Urkunde). Der zweite Grund – Veranlassung durch das richterliche Fragerecht – wird nur in Angelegenheiten spielen, die der Untersuchungsmaxime unterliegen. Immer aber kann die Gegenpartei zu den Noven Stellung nehmen (Art. 48 Abs. 1).

Ein offeneres Novenrecht spielt nach **Absatz 2** in Verfahren betreffend Kinderbelange (Art. 253 ff.), weil dort der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz akzentuiert gelten (der Sachverhalt wird nicht nur ermittelt, sondern erforscht). Entsprechend können die Noven in der Appellationsbegründung und in der Appellationsantwort noch unbeschränkt vorgetragen werden. Erst nach diesem Schriftenwechsel tritt die allgemeine Beschränkung nach Absatz 1 ein.

Keiner ausdrücklichen Vorschrift bedarf es hinsichtlich neuer *Anträge* (Klageänderungen): Sie sind vor der Rechtsmittelinstanz nur unter den engeren Voraussetzungen von Artikel 221 möglich, denn das Rechtsmittelverfahren ist keine komplette Neuauflage des erstinstanzlichen Prozesses, sondern dessen blosse Fortsetzung: Das erstinstanzliche Behauptungsstadium, in dem die Noven und Klageänderungen noch unbeschränkt zulässig waren, ist längst vorbei.

## Art. 298

Für ihren Entscheid hat die Appellationsinstanz – sofern sie auf das Rechtsmittel überhaupt eintritt – im Wesentlichen drei Möglichkeiten: Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (**Bst. a**), neuer (anderer) Entscheid in der Sache (**Bst. b**) oder Aufheben und Rückweisen an die erste Instanz (**Bst. c**).

Die Appellation kann somit reformatorisch und kassatorisch wirken. Die Rückweisung hat aber aus prozessökonomischen Gründen die Ausnahme zu bleiben; sie ist im Vorentwurf denn auch nur für zwei Fälle vorgesehen: Entweder muss ein wesentlicher Teil der Klage- oder Widerklagebegehren unbeurteilt geblieben (selten) oder es muss der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu ergänzen sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn noch verschiedene zusätzliche Beweismittel abzunehmen sind<sup>242</sup>. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, den Sachverhalt an Stelle des erstinstanzlichen Gerichts zu erstellen. Der Rückweisungsentscheid hebt das vorinstanzliche Urteil auf und weist die Vorinstanz an, weitere Fragen abzuklären und ein neues Urteil zu fällen. Dieses kann dann erneut mit Appellation angefochten werden.

---

<sup>242</sup> Vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 227 Abs. 3.

### 3. Kapitel: Der Rekurs

#### Vorbemerkung

Der Rekurs ist in vielen Deutschschweizer Kantonen schon heute bekannt<sup>243</sup>. Er wird bisweilen als „kleine Berufung“ bezeichnet und ist im Vorentwurf als „kleine Appellation“ ausgebildet (gleiche Rügegründe, gleiche Rechtsmittelwirkung). Insofern setzt der Vorentwurf eine bewährte kantonale Rechtstradition fort. Gegenüber der Appellation zeichnet sich das Rekursverfahren aber durch Einfachheit aus: Es ist ein Summarverfahren (Art. 286), denn der Rekurs richtet sich primär gegen Summarentscheide.

#### Art. 299

**Absatz 1** umschreibt das Anfechtungsobjekt:

- Das Gesetz – die ZPO oder ein anderes – kann die Rekursfälle besonders bestimmen (**Bst. a**).

Beispiele: Entscheide über Kostenvorschüsse und Sicherheitsleistungen (Art. 92), über die unentgeltliche Prozessführung (Art. 110), über die Sistierung des Verfahrens (Art. 116), über die Klageüberweisung bei zusammenhängenden Verfahren (Art. 117), über die Mitwirkungspflicht (Art. 158), über die Entschädigung der Sachverständigen (Art. 177).

- Sodann sind – dies das Hauptanwendungsfeld des Rekurses – grundsätzlich sämtliche Entscheide anfechtbar, die im summarischen Verfahren ergangen sind (**Bst. b**). Der Rekurs ist m.a.W. die Appellation des Summarverfahrens.

Von dieser Grundregel gibt es bedeutende Ausnahmen, die in **Absatz 2** abschliessend aufgezählt werden: Gewisse Summarsachen des SchKG. Sie sind vom Rekurs ausgenommen, weil sich bei ihnen eine oberinstanzliche Überprüfung auch der Feststellung des Sachverhaltes nicht aufdrängt. Sie sind daher mit Beschwerde anfechtbar, die – wie der Rekurs – eine unbeschränkte Rechtskontrolle erlaubt (Art. 311), die Sachverhaltsüberprüfung aber auf Willkür beschränkt.

Besonderen Anlass zur Diskussion in der Expertenkommission gab einzig die Ausnahme nach **Buchstabe c** (Rechtsöffnung): Weil bei der definitiven Rechtsöffnung aber keine Weiterungen des Verfahrens stattfinden dürfen und die provisorische im Wesentlichen nur die Parteirollen für eine allfällige materiellrechtliche Auseinandersetzung über die Betreuungsforderung verteilt, genügt die Beschwerde als Rechtsmittel füglich. Der Vorentwurf übernimmt hier den Rechtszustand vieler Kantone<sup>244</sup>.

Alle übrigen SchKG-Summarsachen jedoch, die in Absatz 2 nicht aufgezählt sind, unterliegen dem Rekurs – entsprechend der Grundregel (Abs. 1 Bst. b). Das sind insbesondere die Fälle, in denen das geltende SchKG eine Möglichkeit zur „Weiterziehung“ vorschreibt. Diese Weiterziehung ist neu der Rekurs (vgl. den Anhang, Ziff. 16). Beispiele: Konkursöffnung (Art. 174 SchKG), Bewilligung des Rechtsvorschlages

<sup>243</sup> Vgl. z.B. Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 217 ff.; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 234; Studer/Rüegg/Eiholzer, § 258 ff.

<sup>244</sup> So in ZH; vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 45; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 314 N 2a.

ges in der Wechselbetreibung (Art. 185 SchKG), Arrestbewilligung (Art. 278 SchKG), Nachlassstundung (Art. 294 SchKG).

### Art. 300

Die Rekursgründe stimmen wörtlich mit den Appellationsgründen überein (vgl. Art. 291), weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Das entspricht den Regelungen jener Deutschschweizer Kantone, die den Rekurs schon heute kennen. Er ist auch dort als vollkommenes Rechtsmittel ausgestaltet<sup>245</sup> – als „kleine Appellation“ eben.

### Art. 301

Der Rekurs setzt ein Summarverfahren in oberer Instanz fort – entsprechend gilt das Gebot einer besonderen Verfahrensbeschleunigung. Daher ist die Rekursfrist wesentlich kürzer als jene der Appellation: Sie beträgt nur 10 Tage (**Abs. 1**) und kann – nach besonderer Gesetzesvorschrift – sogar noch kürzer sein (so z.B. in Angelegenheiten der Wechselbetreibung, vgl. Art. 185 SchKG).

Der Rekurs ist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (vollständiger Schriftsatz; vgl. die Variante 1 der Appellation, Art. 292 f.). Aus wichtigen Gründen kann die Frist für die Begründung aber um höchstens 10 Tage verlängert werden (**Abs. 2**) – ein Notventil, das es heute nicht in allen „Rekurskantonen“ gibt<sup>246</sup>. Diese Verlängerungsmöglichkeit betrifft aber nur die Nachreichung der Rekursbegründung: Das Rechtsmittel selbst muss binnen der ursprünglichen Frist zumindest „erklärt“ sein.

### Art. 302

Die Begründungslast ist beim Rekurs dieselbe wie bei der Appellation (vgl. die Ausführungen zu Art. 295) – eine weitere Konsequenz seines Wesens als „kleine Appellation“.

### Art. 303

Im Rekursverfahren findet – wie schon vor erster Instanz – nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (**Abs. 1**; vgl. auch vorne Art. 262). Doch kann auf die Einholung der Rekursantwort verzichtet werden, wenn auf das Rechtsmittel offensichtlich nicht eingetreten werden kann oder es offensichtlich unbegründet ist (so auch bei der Appellation, Art. 293 und 293.1).

Im Sinne der Waffengleichheit beträgt die Antwortfrist ebenfalls 10 Tage; auch diese Frist kann aus wichtigen Gründen um höchstens 10 Tage verlängert werden (**Abs. 2**).

---

<sup>245</sup> Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 82.

<sup>246</sup> Z.B. im Kanton LU, vgl. Studer/Rüegg/Eiholzer, § 261 („eine Erstreckung durch den Richter ist ausgeschlossen“).

**Art. 304**

Als „kleine Appellation“ hat auch der Rekurs grundsätzlich aufschiebende Wirkung (**Abs. 1**); wie bei der Appellation kann sie ganz oder teilweise entzogen werden (**Abs. 2**).

Doch gibt es eine Reihe von Summarsachen, welche keinen Aufschub ertragen (**Abs. 3 und 4**): Es handelt sich um vorsorgliche Massnahmen (Art. 281), um Anordnungen des Vollstreckungsgerichts (Art. 336) sowie um Entscheide über das Gegendarstellungsrecht. Abgesehen vom Gegendarstellungsrecht kann in diesen Fällen die aufschiebende Wirkung aber – ausnahmsweise – erteilt werden.

**Art. 305**

Der Vorentwurf schliesst den Anschlussrekurs aus – anders als teilweise das kantonale Prozessrecht<sup>247</sup>: Er würde das Summarverfahren vor allem zeitlich zu sehr belasten.

**Art. 306**

Das Novenrecht entspricht der Regelung der Appellation, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen sei (Art. 297).

**Art. 307**

Zur Appellation sind grundsätzlich nur die Prozessparteien legitimiert. Dies gilt grundsätzlich auch für den Rekurs. Bestimmte Summarentscheide können jedoch auch Dritte unmittelbar in ihren Rechten betreffen: So insbesondere Entscheide über die Mitwirkungspflicht im Prozess (Art. 158; z.B. Herausgabe einer Urkunde; Untersuchungen an der Person) sowie Vollstreckungsmassnahmen (Art. 336). In solchen – vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen – haben daher auch die betroffenen Dritten eine Rekursmöglichkeit<sup>248</sup>.

**Art. 308**

In der Regel entscheidet die Rekursinstanz – wie schon die Vorinstanz (Art. 265) – aufgrund der Akten (Vorakten und einfacher Schriftenwechsel). Doch kann sie – nach Ermessen – auch eine mündliche Verhandlung anordnen. Diese Möglichkeit kennt auch das geltende kantonale Prozessrecht<sup>249</sup>.

Eine mündliche Verhandlung kann geboten sein, wenn Vergleichsgespräche durchgeführt werden sollen oder zur Ausübung des richterlichen Fragerechtes.

---

<sup>247</sup> Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 50 f. für den Kanton Zürich; wie hier aber der Kanton SG (Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 221 Abs. 1 d).

<sup>248</sup> Vgl. Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 236; Leuenberger/Uffer-Tobler, Vorbemerkungen zu Art. 217ff.: „Dritte sind zur Ergreifung eines Rechtsmittels nur in bestimmten Fällen legitimiert [...]“; Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 47 und die dort aufgeführten weiteren Beispiele.

<sup>249</sup> Vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 92.



**Art. 309**

Die Rekursinstanz hat dieselben Entscheidungsmöglichkeiten wie bei der Appellation (Art. 298): Als „kleine Appellation“ kann der Rekurs sowohl reformatorisch (Regel) als auch kassatorisch wirken.

**4. Kapitel: Die Beschwerde***Vorbemerkung*

Die Beschwerde ist das dritte Hauptrechtsmittel des Vorentwurfs. Sie unterscheidet sich jedoch von der Appellation und dem Rekurs in verschiedener Hinsicht deutlich:

- eigene Beschwerdegründe,
- keine aufschiebende Wirkung,
- Ausschluss neuer Anträge, Tatsachen und Beweismittel (Novenverbot),
- rein schriftliches Verfahren (Aktenentscheid),
- vorwiegend kassatorische Funktion.

Damit hat sie Ähnlichkeiten mit der Nichtigkeitsbeschwerde oder Nichtigkeitsklage, die heute in verschiedenen kantonalen Prozessordnungen vorgesehen sind (z.B. BE, ZH, SG).

**Art. 310**

Im Verhältnis zur Appellation und zum Rekurs ist die Beschwerde grundsätzlich subsidiär (**Abs. 1 Bst. a**). Sie ist daher nur gegeben, wenn der betreffende erstinstanzliche Entscheid weder mit Appellation noch mit Rekurs angefochten werden kann.

Beispiel:

- Sachurteil (Klageabweisung) oder Prozessurteil (Nichteintreten), wobei das Gravamen – der erforderliche Streitwert – unter CHF 10'000 liegt (Art. 290 Abs. 2).

Nach dem Rechtsmittelsystem des Vorentwurfs kann somit grundsätzlich jeder erstinstanzliche Sach- oder Prozessentscheid oberinstanzlich auf richtige Rechtsanwendung überprüft werden. Dadurch kommt der Vorentwurf auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben nach (vgl. Art. 191 BV sowie den Kommentar zu Art. 290).

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen die Beschwerde ein prinzipales Rechtsmittel ist:

- So zunächst gegenüber prozessleitenden Verfügungen (**Bst. b**). Darunter sind Anordnungen des Gerichts zu verstehen, die der Gestaltung und Fortführung des Verfahrens dienen (z.B. Zulassung der Intervention nach Art. 66, Vereinfachung des Verfahrens nach Art. 115, Dringlicherklärung nach Art. 118, Fristerstreckungen nach Art. 137, Beweisverfügungen nach Art. 218 f.).

Solche prozessleitenden Verfügungen sind jedoch nicht immer beschwerdefähig, sondern nur dann, wenn dem Beschwerdeführer ein nicht wieder gut-

zumachender Nachteil droht (so auch Art. 88 Abs. 1 Bst. a BGG<sup>250</sup>). Der Nachteil braucht dabei nicht rechtlicher, sondern kann rein tatsächlicher Natur sein. Diese Restriktion dient der Straffung des Verfahrens.

Für gewisse eingreifende prozessleitende Verfügungen gilt Besonderes: Sie sind kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift mit Rekurs anfechtbar: So der Entscheid über die Sistierung des Verfahrens (Art. 116) oder die Klageüberweisung bei zusammenhängenden Verfahren (Art. 117). Ein besonderer Nachteil muss nicht dargetan sein.

- Prinzipal ist die Beschwerde sodann in allen Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich auf sie verweist: So zur Anfechtung von Entscheiden des Handelsgerichts (Art. 5) oder zur selbstständigen Anfechtung des Kostenentscheids (Art. 102).
- Prinzipal ist schliesslich die Rechtsverweigerungsbeschwerde (vgl. unten zu Art. 311).

### Art. 311

In Bezug auf den ersten der drei Beschwerdegründe – unrichtige Rechtsanwendung (**Bst. a**) – ist die Beschwerde identisch mit der Appellation und dem Rekurs (vgl. daher den Kommentar zu Art. 291). Bei der Rechtskontrolle stellt die Beschwerde somit ein vollkommenes Rechtsmittel dar – anders als die heutigen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden.

Enger hingegen sind die Rügemöglichkeiten hinsichtlich des Tatsächlichen (**Bst. b**). Ähnlich den heutigen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden kann nur Willkür bei der Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (d.h. ein Verstoss gegen Art. 9 BV).

Als dritter Rügegrund schliesslich nennt der Vorentwurf die Rechtsverzögerung (**Bst. c**)<sup>251</sup>. Auch die Rechtsverweigerung fällt darunter – als qualifizierte Form der Rechtsverzögerung. Rechtsverweigerung ist die ausdrückliche oder stillschweigende Weigerung eines Gerichts, eine ihm obliegende Amtshandlung vorzunehmen; die Rechtsverzögerung ist eine abgeschwächte Form davon, wobei das gerügte Verhalten in einem ungerechtfertigten Aufschub einer Amtshandlung liegt. Anfechtungsobjekt kann somit auch ein ‚Nicht-Akt‘ sein.

Zu beachten ist, dass die Rechtsverzögerung nicht nur ein Rügegrund, sondern zudem ein *eigenständiger Beschwerdefall* sein kann: Auch in Prozessen mit appellablem Streitgegenstand oder in Summarsachen (Rekurs) kann eine selbstständige Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden.

### Art. 312

Die Einreichungsmodalitäten der Beschwerde sind gleich wie beim Rekurs (**Abs. 1**). Hingegen ist die Beschwerdefrist länger: Sie beträgt 20 Tage. Dafür kann nachträglich

---

<sup>250</sup> BBI 2001 4503.

<sup>251</sup> Die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde ist z.B. in umfassender Art und Weise schon im Kanton Zürich geregelt. Vgl. dazu Hauser/Schweri, S. 373 ff.

keine längere Frist zur Begründung eingeräumt werden. Gegenüber dem geltenden Prozessrecht stellt dies insgesamt eine Verschärfung dar<sup>252</sup>.

Bei Rechtsverzögerung kann jedoch jederzeit Beschwerde geführt werden (**Abs. 2**). Eine Fristbegrenzung wäre unpraktikabel, weil sich Rechtsverzögerungsbeschwerden regelmässig gegen behördliches Untätigsein richten (vgl. auch Art. 17 Abs. 3 SchKG und 94 Abs. 7 BGG).

### Art. 313

Die Begründungslast ist gleich wie bei der Appellation und dem Rekurs geregelt. Dies hat eine gewisse Erleichterung gegenüber dem bisherigen kantonalen Recht zur Folge, das bei Nichtigkeitsbeschwerden durchwegs erhöhte Anforderungen an die Rügepflicht stellt<sup>253</sup>. Auch dies rechtfertigt die Verkürzung der Rechtsmittelfrist.

### Art. 314

Die Regelung der Beschwerdeantwort entspricht jener bei der Appellation (Variante 1, Art. 293) und dem Rekurs (Art. 303), weshalb auf den dortigen Kommentar verwiesen sei. Die (nichterstreckbare) Antwortfrist beträgt 20 Tage.

### Art. 315

Wie beim Rekurs (Art. 305) und bei den heutigen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden ist das Anschlussrechtsmittel ausgeschlossen<sup>254</sup>.

### Art. 316

Anders als die Appellation (Art. 294) und der Rekurs (Art. 304) hat die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung; insofern ist sie ein ausserordentliches Rechtsmittel (**Abs. 1**).

Nach **Absatz 2** jedoch kann die Beschwerdeinstanz die Vollstreckung des angefochtenen Entscheides aufschieben<sup>255</sup>, nötigenfalls bei gleichzeitiger Anordnung sichernder Massnahmen (z.B. Sicherheitsleistung durch Bankgarantie). Wer den Aufschub erteilt – die Rechtsmittelinstanz als Kollegialbehörde, deren Präsident oder der Referent – ist Sache des kantonalen Rechts (Art. 2 Abs. 1).

---

<sup>252</sup> Vgl. etwa die ZPO BE, SG und ZH, wo die Frist für die Nichtigkeitsbeschwerde 30 Tage beträgt (Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 71; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 361 Abs. 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 241 Abs. 1).

<sup>253</sup> Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 72; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 239; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 359.

<sup>254</sup> Vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 7.

<sup>255</sup> ZR 80 Nr. 67; Spühler/Vock, Rechtsmittel, 77 f.; zum Ganzen vgl. Wegmann, S. 281ff.

**Art. 317**

Im Beschwerdeverfahren gilt ein Novenverbot – wiederum ein klarer Unterschied zur Appellation und zum Rekurs (vgl. Art. 297, 306). Diese Lösung entspricht grundsätzlich jener bei den vergleichbaren kantonalen Rechtsmitteln<sup>256</sup>.

Diese restriktive Novenregelung trägt dem Wesen der Beschwerde Rechnung: Zum einen werden Sachverhaltsfeststellungen nur auf Willkür überprüft, weshalb in diesem Verfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweisanträge nichts zu suchen haben. Zum andern geht es nicht um die Fortsetzung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern um eine reine Überprüfung des angefochtenen Entscheides. Der Ausschluss neuer Tatsachen und neuer Beweismittel schliesst konsequenterweise auch eine Klageänderung aus; neue rechtliche Erwägungen hingegen sind zulässig.

**Art. 318**

Nach durchgeführtem einfachen Schriftenwechsel entscheidet die Rechtsmittelinstanz aufgrund der Akten (**Abs. 1**). Es findet keine Parteiverhandlung statt, doch sind Vergleichsverhandlungen dadurch nicht ausgeschlossen (Art. 113).

**Absatz 2** regelt die Entscheidungsmöglichkeiten der Rechtsmittelinstanz bei Guttheissung der Beschwerde:

- In aller Regel wird der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen (**Bst. a**; kassatorische Wirkung). Ist ein Leistungs-urteil bereits vollzogen, so kann die Beschwerdeinstanz auf Begehren des Beklagten den Kläger verpflichten, die ihm zugesprochene Sache oder Summe zurückzuerstatten<sup>257</sup>.
- Wenn die Sache jedoch spruchreif ist (insb. bei erstelltem Sachverhalt), so kann die Beschwerdeinstanz auch gleich das Urteil fällen (**Bst. b**; reformatorische Wirkung). Das wird eher selten der Fall sein, etwa bei der Anfechtung eines Kostenentscheides (Art. 102).

Die Guttheissung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde wird mit konkreten Weisungen an die erste Instanz verbunden (**Abs. 3**).

**5. Kapitel: Die Revision***Vorbemerkungen*

Traditionellerweise ist die Revision ein ausserordentliches, nicht devolutes, unvollkommenes und reformatorisches Rechtsmittel. Zulässig ist sie nur gegen rechtskräftige Entscheide, gleichgültig in welchem Verfahren sie ergangen sind. Sie dient der materiellen Wahrheit, indem sie ein Urteil korrigiert, das der wirklichen Sach- und Rechtslage nicht entspricht.

Die Revision ist allen kantonalen Zivilprozessordnungen bekannt. Unterschiede bestehen aber bei den Revisionsgründen: Neben den beiden klassischen (Einwirkung auf ein Urteil durch strafbare Handlung, unverschuldete Entdeckung neuer Tatsachen und

---

<sup>256</sup> Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 75.

<sup>257</sup> Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 79.

Beweismittel) werden in einigen kantonalen ZPO weitere Revisionsgründe vorgesehen, wie Nichtigkeitstatbestände (schwere Verfahrensmängel) und die zivilrechtliche Unwirksamkeit von Vergleichen und Abstandserklärungen<sup>258</sup>. Auch die Bundesrechtspflege kennt zusätzlich diese Revision aus Nichtigkeitsgründen (Art. 136 OG bzw. 107 f. BGG).

Demgegenüber kann sich der Vorentwurf grundsätzlich auf die klassische Revision beschränken: Nichtigkeitsgründe (insb. Verfahrensfehler) sind mit einem Hauptrechtsmittel (Appellation, Rekurs oder Beschwerde) geltend zu machen.

### Art. 319

Örtlich und sachlich zuständig für die Revision ist immer das Gericht, welches als letzte Instanz – d.h.: zuletzt – in der Sache geurteilt hat (**Einleitungssatz**); an dieses ist das Revisionsgesuch zu richten. Gegenstand der Revision sind immer rechtskräftige Entscheide.

Der Vorentwurf nennt abschliessend drei Revisionsgründe, zwei klassische (Bst. a und b) und einen erweiterten (Bst. c):

- Neue Tatsachen und Beweismittel (**Bst. a**); dabei muss es sich um so genannte *unechte Noven* handeln, also um Tatsachen, die zur Zeit des kritischen Urteils bereits bestanden. Solche Noven können aber nur geltend gemacht werden, wenn dem Revisionskläger keine Vernachlässigung seiner Behauptungs- und Beweislast im Erstprozess vorzuwerfen ist (trotz zumutbarer Sorgfalt konnte er sie damals nicht einbringen). Unsorgfältige Prozessführung darf nicht durch Zulassung einer Revision belohnt werden<sup>259</sup>. Somit ist stets zu fragen, welche Abklärungen eine durchschnittliche und vernünftige Partei unter den konkreten Umständen getroffen hätte.
- Einwirkung auf den Entscheid durch ein *Verbrechen oder Vergehen* (**Bst. b**), wie zum Beispiel durch falsches Zeugnis, falsches Gutachten, falsche Übersetzung, Gebrauch gefälschter Urkunden und Bestechung<sup>260</sup>. Eine strafrechtliche Verurteilung des Täters muss nicht erfolgt sein – das Revisionsgericht kann den Straftatbestand auch vorfrageweise prüfen. Das Verbrechen oder Vergehen muss kausal für den Fehlentscheid gewesen sein.
- Beim dritten Revisionsgrund handelt es sich um die *zivilrechtliche Unwirksamkeit* qualifizierter Parteierklärungen (**Bst. c**): Klageanerkennung, Klagerückzug oder ein gerichtlicher Vergleich. Als mögliche Begründungen kommen insbesondere Übervorteilung (Art. 21 OR), Irrtum (Art. 23 f. OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) und Furchterregung (Art. 29 f. OR) in Frage.

---

<sup>258</sup> Vgl. dazu Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 13. Kap. N 96ff.; Bühler/Edelmann/Killer, § 344; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 246 Abs. 2b; Poudret/Haldy/Tappy, Art. 476 N 3.

<sup>259</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 293 N 7; ferner BGE 105 II 271.

<sup>260</sup> Guldener, S. 530.

### Art. 320

Das Revisionsgesuch ist innert drei Monaten seit Entdeckung des Revisionsgrundes einzureichen (relative Frist; **Abs. 1**). „Entdeckung“ meint sichere Kenntnis<sup>261</sup>. Diese Frist entspricht weitgehend dem geltenden Rechtszustand bei Bund und Kantonen<sup>262</sup>. Hat ein Strafverfahren stattgefunden, so beginnt die Frist mit dessen Abschluss (Urteil oder Verfahrenseinstellung). Liegen mehrere Revisionsgründe vor, so läuft für jeden einzelnen eine eigene Frist<sup>263</sup>. Die 3-Monatsfrist gilt auch – darauf sei ausdrücklich hingewiesen – für den dritten Revisionsgrund (zivilrechtliche Unwirksamkeit): Die obligationenrechtliche Jahresfrist ist nicht anwendbar (vgl. Art. 31 OR). Die Revisionsfrist ist eine gesetzliche Verwirkungsfrist<sup>264</sup>.

Absatz 1 setzt eine absolute Frist für die Revision: Zehn Jahre nach Rechtskraft des Entscheids. Vorbehalten bleibt einzig nach Absatz 2, dass durch ein *Verbrechen* oder *Vergehen* auf den Entscheid eingewirkt worden ist (so auch Art. 141 Abs. 2 OG bzw. 110 Abs. 2 BGG und teilweise auch das geltende kantonale Recht<sup>265</sup>).

Die Rechtzeitigkeit der Revision ist nicht nur glaubhaft zu machen, sondern vom Revisionskläger nachzuweisen; die Gegenpartei ist zum Gegenbeweis zuzulassen.

### Art. 321

Als ausserordentliches Rechtsmittel hat die Revision grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (**Abs. 1**): Sie hindert folglich die Vollstreckung nicht<sup>266</sup>.

Ausnahmsweise jedoch kann die Revisionsinstanz aufschiebende Wirkung gewähren (**Abs. 2**). Dies ist bereits beim Eingang des Revisionsgesuches möglich. Zu berücksichtigen sind dabei die Erfolgsaussichten der Revision sowie die Schwere des Nachteils, der bei Verweigerung des Suspensiveffekts droht<sup>267</sup>. Nötigenfalls sind zum Schutze der Gegenpartei sichernde Massnahmen zu treffen (wie bei der Beschwerde, vgl. den Kommentar zu Art. 316).

### Art. 322 und 323

Für das Revisionsverfahren gelten die allgemeinen Vorschriften über das Entscheidungsverfahren (Art. 210 ff.). Ein Schlichtungsversuch ist jedoch nicht durchzuführen, weil die Revision durch direkte Eingabe an das Gericht hängig gemacht wird (vgl. Art. 319 Einleitungssatz).

Bei Gutheissung des Revisionsgesuchs ist das Verfahren zweistufig:

- Zunächst wird über das *Revisionsgesuch* entschieden (**Art. 322**): Prüfung des Revisionsgrundes und der Rechtzeitigkeit. Der Entscheid darüber ist mit

<sup>261</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 295 N 1.

<sup>262</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. b OG; Art. 369 ZPO/BE, § 295 Abs. 1 ZPO/ZH, Art. 248 ZPO/SG, § 246 Abs. 2 ZPO/TG, Art. 477 Abs. 1 ZPO/VD.

<sup>263</sup> Vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 91 m.w.H.

<sup>264</sup> Vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 91.

<sup>265</sup> Vgl. z.B. § 295 Abs. 2 ZPO/ZH; Art. 333 ff. und 339 ZPO/TI.

<sup>266</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 372 N 1.

<sup>267</sup> Vgl. ZR 97 Nr. 2.

Beschwerde nach dieser ZPO anfechtbar, sofern die Revision vor einem erstinstanzlichen Gericht stattfindet. Betrifft sie hingegen ein oberinstanzliches Verfahren (z.B. einen seinerzeitigen Entscheid auf Appellation), so kommt nur die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht in Frage (Art. 68 ff. BGG).

- Wird dem Revisionsgesuch entsprochen, so hebt das Gericht seinen früheren Entscheid samt Kosten und Entschädigungsfolgen auf und wiederholt – soweit nötig – den Prozess (**Art. 323**)<sup>268</sup>. Dieser wird also wieder in den Stand zurückversetzt, in dem er sich vor dem Endentscheid befunden hat (insb. Wiedereintritt der Rechtshängigkeit).

In der Sache selbst fällt dann das Gericht im Rahmen der Parteianträge einen *neuen Entscheid*, darin inbegriffen die Kostenverteilung des alten und neuen Verfahrens. Dieser Entscheid unterliegt demselben Rechtsmittel wie seinerzeit der aufgehobene (ein erstinstanzlicher der Appellation, dem Rekurs oder der Beschwerde, ein oberinstanzlicher der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht).

Bei *Abweisung des Revisionsgesuchs* bleibt es beim alten Entscheid. Für die Kosten- und die Parteientschädigung des Revisionsverfahrens hat der Revisionskläger aufzukommen.

## 6. Kapitel: Erläuterung und Berichtigung

### Art. 324

Erläuterung und Berichtigung sind keine eigentlichen Rechtsmittel, da sie nicht der Abänderung, sondern nur der Klarstellung von Entscheiden dienen. Es sind deshalb blosser Rechtsbehelfe<sup>269</sup>. Schon nach geltendem Recht kennen verschiedene kantonale ZPO diese beiden Rechtsbehelfe<sup>270</sup>.

Der Vorschlag des Vorentwurfs lehnt sich an die Lösung des BGG an (vgl. dort Art. 115; demgegenüber vgl. Art. 145 OG, welcher nur die Erläuterung kennt).

Erläuterungs- und Berichtigungsgründe sind (**Abs. 1**):

- Unklares, widersprüchliches oder unvollständiges Dispositiv;
- Widerspruch zwischen dem Dispositiv (Urteilsformel) und den Erwägungen (Urteilsbegründung).

Der Erläuterung und Berichtigung unterliegen grundsätzlich alle Sach- und Prozessentscheide sowie auch prozessleitende Verfügungen, und zwar auch dann, wenn sie formell und materiell schon rechtskräftig sind. Voraussetzung ist nur, dass der Entscheid noch nicht vollstreckt ist, denn danach haben diese Rechtsbehelfe keinen Sinn mehr.

<sup>268</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 298 N 3; Poudret/Haldy/Tappy, Art. 480.

<sup>269</sup> Vgl. Hagger, S. 55 f.

<sup>270</sup> So Zürich (§ 162 ff. und § 166 GVG); Bern hingegen kennt nur die Berichtigung (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 402 Abs. 2 N 4). Im Kanton Waadt sind nur Endentscheide erläuterungsfähig (Art. 482 ZPO/VD).

Widerspruch und Unklarheit des Entscheids müssen auf eine mangelhafte Formulierung zurückzuführen sein, nicht etwa auf einen inhaltlichen Widerspruch oder Denkfehler des Gerichts<sup>271</sup>. Solche „materiellen Fehler“ wären rechtzeitig mit den Hauptrechtsmitteln zu rügen.

Erläuterung und Berichtigung sind von der interessierten Partei mit einem Gesuch geltend zu machen. Von Amtes wegen können nur blosse Rechnungs- und Redaktionsfehler berichtigt werden (**Abs. 2**).

Zuständig ist das Gericht, das den Entscheid gefällt hat. Ist es ein erstinstanzliches, so unterliegt sein Entscheid über das Erläuterungs- oder Berichtigungsgesuch der Beschwerde dieser ZPO (**Abs. 3**). Der Entscheid eines oberinstanzlichen Gerichts hingegen wäre nur mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht anfechtbar (Art. 68 ff. BGG; vgl. auch vorne bei der Revision, Art. 323).

Der erläuterte und berichtigte Entscheid wird den Parteien neu eröffnet (**Abs. 4**): Diese Eröffnung setzt nochmals die Frist für das zutreffende Hauptrechtsmittel in Gang (Appellation, Rekurs, Beschwerde).

## 5. Titel: Die Vollstreckung

### *Vorbemerkung*

Das Vollstreckungsrecht des Vorentwurfs gliedert sich in zwei Teile:

- Ein erstes Kapitel widmet sich der Vollstreckung gerichtlicher Entscheide (Art. 325 ff.). Hier wird geltendes kantonales Prozessrecht übernommen, das Verfahren jedoch gleichzeitig vereinfacht.
- Ein zweites Kapitel bringt Neues (Art. 337 ff.): Es geht um die Vollstreckung öffentlicher Urkunden. Der Vorentwurf nimmt hier das alte Anliegen der Praxis auf, die heutige Diskriminierung schweizerischer öffentlicher Urkunden gegenüber ausländischen zu beseitigen.

Das Vollstreckungsrecht des Vorentwurfs gilt für die nationale Vollstreckung und bildet gleichzeitig den prozessualen Rahmen für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen nach Staatsverträgen oder nach IPRG.

### 1. Kapitel: Die Vollstreckung von Entscheiden

#### **Art. 325**

Der Vorentwurf stellt klar, dass für die Vollstreckung von *Entscheiden auf eine Geldleistung* wie bisher das SchKG anzuwenden ist (**Abs. 1 und 2**). Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten daher im Prinzip nur für die so genannte *Realvollstreckung*.

---

<sup>271</sup> Vgl. ZR 76 Nr. 77.



**Absatz 3** betont den Vorrang des Staatsvertragsrechts und des IPRG. Das *Vollstreckbarerklärungsverfahren nach Lugano-Übereinkommen* (LugÜ)<sup>272</sup> kann somit im *Rahmen des 5. Titels* (Art. 325 Abs. 3) erfolgen, mit den Abweichungen, die vom Staatsvertrag vorgegeben sind. Das gilt vorab für das Verfahren betreffend ausländische Nichtgeldurteile. Auch für die Vollstreckbarerklärung ausländischer Geldurteile kann der 5. Titel zur Anwendung kommen: Zur Erlangung eines vom Einleitungsverfahren SchKG unabhängigen Exequaturentscheids sowie für die damit verbundene Anordnung des Sicherungsmittels nach Artikel 39 Absatz 2 LugÜ<sup>273</sup>. Für die Rechtsmittelfristen beim LugÜ-Exequaturverfahren gilt Artikel 336.

Das schlank ausgestaltete Vollstreckungsverfahren soll zudem ausdrücklich den Rahmen für *Rückgabe-Entscheide nach Haager Kindesentführungsverfahrens* bilden, bei denen das Zeitelement regelmässig eine entscheidende Rolle spielt. Dieses Konzept erlaubt die direkte und zeitsparende Verbindung des Rückgabe-Entscheides mit den Anordnungen zum Vollzug der Rückgabe in einem einzigen Verfahren und durch denselben Richter. Damit ist eine inhaltliche Koordination der Rückgabe-Anordnung mit den individuellen Bedürfnissen des Einzelfalls betreffend Vollzug gewährleistet.

### Art. 326

Diese Bestimmung bringt eine wichtige Erleichterung für die Urteilsvollstreckung. **Absatz 1** hält fest, dass bereits das urteilende Gericht die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen kann – und zwar unmittelbar im Sachentscheid selbst (vgl. Art. 228 Abs. 2): Z.B. Setzen einer Frist für die Auslieferung einer Sache mit gleichzeitigem Auftrag zur polizeilichen Wegnahme im Unterlassungsfall. Der Kläger kann sich dann bei Rechtskraft des Urteils unmittelbar an die Polizei wenden, ohne zuvor noch mit einem entsprechenden Gesuch an den Vollstreckungsrichter zu gelangen (*direkte Vollstreckung*).

Das betreffende Urteil ist zudem ohne weiteres in der ganzen Schweiz vollstreckbar. Wurde es z.B. von einem bernischen Gericht erlassen, liegt aber die wegzunehmende Sache im Kanton Solothurn, so kann sich der Kläger direkt an die Solothurner Polizei wenden, ohne zuvor noch bei einem Solothurner Gericht um das Exequatur nachsuchen und ein Vollstreckungsgesuch stellen zu müssen. Es genügt die gerichtliche Bescheinigung der Vollstreckbarkeit (Art. 234 Abs. 2). Damit wird das gesamte Gebiet der Schweiz zu einem einheitlichen Vollstreckungsraum.

Nur wo das urteilende Gericht keine Vollstreckungsmassnahmen angeordnet hat, muss der Kläger den Weg eines besonderen Vollstreckungsgesuchs beschreiten (**Abs. 2**). Das herkömmliche Vollstreckungsverfahren ist demnach „subsidiär“.

### Art. 327 bis 330

Hier wird der Ablauf des herkömmlichen Vollstreckungsverfahrens umschrieben. Der Vorentwurf übernimmt dabei vertrautes Verfahrensrecht, sei es aus den kantonalen

<sup>272</sup> Art. 32 Abs. 1 "Schweiz" Bst. b LugÜ.

<sup>273</sup> "Separates Vollstreckbarerklärungsverfahren" und separater Exequaturentscheid gemäss BGE 125 III 388 und Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz (BBI 1991 IV 313 ff. = AJP 1/1992, S. 94 ff).

Prozessordnungen, sei es aus dem einschlägigen Konkordat<sup>274</sup>. Traditions- und naturgemäss handelt es sich dabei um ein Summarverfahren.

- Für die örtliche Zuständigkeit offeriert der Vorentwurf abschliessend drei Alternativen (**Art. 327**): Domizil der unterlegenen Partei; Ort, wo die Massnahmen zu treffen sind; Ort, wo der vollstreckbare Entscheid gefällt wurde.
- Die gesuchstellende Partei hat die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit zu beweisen: Sie trägt die Beweislast (**Art. 328**).
- Die unterlegene Partei hat Anspruch auf vorgängige Stellungnahme. Bei Bedarf kann das Vollstreckungsgericht sichernde Massnahmen jedoch überfallartig anordnen (**Art. 329**): So etwa im Rahmen eines selbstständigen Exequatur-Verfahrens nach dem Lugano-Übereinkommen (vgl. dort Art. 39).

Besonders hervorzuheben ist der Katalog der Einreden, welche dem Vollstreckungsgegner im Rahmen seiner Stellungnahme (**Art. 330 Abs. 1**) zur Verfügung stehen:

- Zunächst kann er die *Vollstreckbarkeit* als solche bestreiten (**Abs. 2 Bst. a**). Er kann also einwenden, dass der Entscheid noch gar nicht rechtskräftig sei oder dass die Rechtsmittelinstanz aufschiebende Wirkung erteilt habe. Auch mangelnde Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts kann geltend gemacht werden. Verfahrensfehler des urteilenden Gerichts hingegen können im Vollstreckungsstadium nicht mehr gerügt werden – hierfür gibt es die Hauptrechtsmittel (Appellation, Rekurs, Beschwerde). Unzulässig ist daher insbesondere die Einrede der fehlenden Zuständigkeit des urteilenden Gerichts oder der damals mangelnden gesetzlichen Vertretung bzw. der fehlenden gehörigen Vorladung. Solche Rügen sind unter dem vereinheitlichten Prozessrecht im Vollstreckungsstadium nicht mehr nötig (vgl. demgegenüber Art. 6 des genannten Konkordates). Mit dem Inkrafttreten der ZPO wird das Konkordat obsolet.
- Auch die *materiellen Einwendungen* sind beschränkt (**Bst. b**): Der zu vollstreckende Entscheid kann inhaltlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Zulässig sind einzig *echte Nova* wie seitherige Tilgung, Stundung oder Verjährung – ähnlich wie bei der definitiven Rechtsöffnung nach SchKG.

### Art. 331

Festgehalten wird geltendes Prozessrecht, wonach ein Entscheid über eine bedingte oder eine synallagmatische Verpflichtung erst dann vollstreckt werden kann, wenn die Bedingung nachweislich eingetreten bzw. die Gegenleistung gehörig angeboten wurde (**Abs. 1**).

Kann dieser Nachweis sofort erbracht werden, erfolgt die betreffende Feststellung gerade im Vollstreckungsverfahren selbst. Wenn die Beweismittel hingegen nicht liquide sind, bedarf es eines selbstständigen Verfahrens vor dem urteilenden Gericht (**Abs. 2**). Die Verfahrensart ist dann dieselbe wie seinerzeit beim Erlass des zu vollstreckenden Entscheids.

---

<sup>274</sup> Konkordat über die Vollstreckung von Zivilurteilen (SR 276).

**Art. 332**

Diese Bestimmung formuliert den (nicht abschliessenden) Katalog möglicher Vollstreckungsmassnahmen (**Abs. 1**). Das Vollstreckungsgericht kann auch mehrere Massnahmen miteinander verbinden, z.B. einen Unterlassungsbefehl mit einer Strafdrohung (Bst. a) und einem Zwangsgeld (Bst. c).

- Die Massnahmen nach **Buchstaben a, d und e** (Strafdrohung, unmittelbarer Zwang, Ersatzvornahme) sind prozessrechtlich überall bekannt; sie bedürfen hier keiner weiteren Erläuterung.
- Besonders hinzuweisen ist hingegen auf die tägliche Ordnungsbusse (**Bst. b**) und das tägliche Zwangsgeld (**Bst. c**). Diese Massnahmen gehen auf die französische *astreinte* zurück. Es sind sehr wirksame Mittel, um die Vollstreckung zu beschleunigen. Für das Zwangsgeld sieht der Vorentwurf keinen Höchstbetrag vor, sondern begnügt sich mit dem Gebot der Verhältnismässigkeit. Richtschnur ist der mutmassliche Schaden, der dem Vollstreckungskläger durch die tägliche Verzögerung entstehen kann. Ordnungsbusse (zu bezahlen an den Staat) und Zwangsgeld (kommt direkt der vollstreckenden Partei zu Gute) können ebenfalls miteinander verbunden werden.

**Absatz 2** statuiert – ähnlich wie Artikel 91 und 222 SchKG – Auskunftspflicht des Vollstreckungsgegners sowie auch Dritter (z.B. einer Bank). **Absatz 3** schliesslich hält fest, dass polizeiliche Hilfe in Anspruch genommen werden kann.

**Art. 333**

Übernommen wird der anerkannte prozessrechtliche Grundsatz, wonach das rechtskräftige Urteil die geschuldete Willenserklärung der beklagten Partei ersetzt (**Abs. 1**), z.B. eine grundbuchliche Anmeldung oder eine Zessionserklärung. Das urteilende Gericht erteilt den betroffenen Registern entsprechende Weisungen (**Abs. 2**). Diese entspringen aber nicht etwa einer hierarchischen Beziehung zwischen Gericht und Registerbehörde, sondern sollen – durch Schaffung einer klaren Grundlage – einzig den registerlichen Vollzug erleichtern.

**Art. 334**

**Absatz 1** hält zweierlei fest:

- materiell, dass die klagende Partei neben oder an Stelle der geschuldeten Leistung Schadenersatz verlangen kann (vgl. auch Art. 107 OR);
- vollstreckungsrechtlich, dass die klagende Partei – unabhängig eines allfälligen Verschuldens des Gegners oder Vorliegens eines Schadens – wertmässige Umwandlung der zu vollstreckenden Realleistung in Geld verlangen kann. Damit hat der Kläger die freie Option, jeden Anspruch in eine Geldforderung umzuwandeln und dann auf dem Weg des SchKG zu vollstrecken.

**Absatz 2** bringt eine weitere Erleichterung: Bei liquider Beweislage kann gerade das Vollstreckungsgericht den Schadenersatz- bzw. den Umwandlungsbetrag bestimmen. Andernfalls kommt es darüber zum Zivilprozess.

**Art. 335**

Diese Bestimmung übernimmt die Einziehungstatbestände des Immaterialgüterrechts (Art. 69 PatG, 63 URG, 36 DesG, 10 TOG, 57 MSchG, 29 MMG). Die entsprechenden Bestimmungen können daher aufgehoben bzw. modifiziert werden (vgl. den Anhang, Ziff. 7 ff.).

**Art. 336**

Das Rechtsmittel gegen Anordnungen des Vollstreckungsgerichts ist der Rekurs (**Abs. 1**). Dieser hat jedoch keine aufschiebende Wirkung (Art. 304 Abs. 3). Weil auch Dritte von Vollstreckungsmassnahmen direkt betroffen sein können (z.B. bei Durchsuchungen oder bei Auskunftserteilung), sind sie ebenfalls zum Rekurs befugt.

**Absatz 2** betrifft den Sonderfall, in dem ein ausländisches Urteil nach dem Lugano-Übereinkommen vollstreckbar erklärt wird. Das Exequatur des schweizerischen Vollstreckungsgerichts kann ebenfalls mit Rekurs angefochten werden. Doch gelten dann die längeren Fristen des Staatsvertrages (vgl. Art. 36 LugÜ), und zwar unabhängig davon, ob im Exequaturverfahren Einreden aus dem Staatsvertrag oder aus dem schweizerischen Prozessrecht zu beurteilen sind.

**2. Kapitel: Die Vollstreckung öffentlicher Urkunden***Vorbemerkungen*

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde kann umschrieben werden als öffentlich beurkundete Willenserklärung einer Person, sich für eine bestimmte anerkannte Schuld der direkten Vollstreckung zu unterziehen<sup>275</sup>.

Direkte Vollstreckung bedeutet dabei nach dem Vorentwurf:

- Die berechtigte Partei kann gestützt auf die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde (Vollstreckungstitel) unmittelbar ein Vollstreckungsgesuch stellen – ohne also zuvor einen Zivilprozess anzustrengen und ein Urteil zu erwirken. Die öffentliche Urkunde ersetzt damit Zivilprozess und Urteil.
- Bei Geldleistungen kann der Gläubiger zudem das Einleitungsverfahren einer Betreibung (Zahlungsbefehl und Folgeverfahren) überspringen: Nach Gutheissung des Vollstreckungsgesuchs setzt die Betreibung unmittelbar im Fortsetzungsstadium ein (Pfändung, Konkursandrohung).

Als Vollstreckungstitel dient die im – weiterhin kantonrechtlich geregelten – notariellen Beurkundungsverfahren hergestellte öffentliche Urkunde. Der Vollstreckungstitel wird also privatautonom – ohne Mitwirkung der Gerichte – geschaffen.

Im europäischen Rechtsraum ist die vollstreckbare Urkunde weit verbreitet. So bestehen gesetzliche Grundlagen darüber in Deutschland, Frankreich, Schottland, Italien, Österreich, Spanien, Portugal, Griechenland, Belgien, Luxemburg und in den Niederlanden. Dabei ist dieses Rechtsinstitut in den einzelnen Staaten formell und materiell recht unterschiedlich ausgestaltet: Es besteht kein einheitlicher (europäischer) Typus. Auch das Lugano-Übereinkommen enthält keine Definition. Es ist

---

<sup>275</sup> Notter, S. 84; Monique Jametti Greiner, Berner Notar, 1993 S. 37; Witschi, S. 18.

daher das jeweilige Landesrecht, welches Form, Ausgestaltung und Wirkung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde regelt. Entsprechend gross ist der legislative Spielraum: Das Instrument ist anpassungsfähig und kann auf das jeweilige Rechtssystem zugeschnitten werden.

Der Vorteil der hier vorgeschlagenen schweizerischen vollstreckbaren Urkunde ist ein doppelter.

- Einerseits wird die heutige Selbstdiskriminierung der Schweiz gegenüber jenen ausländischen Staaten behoben, die dem Lugano-Übereinkommen beigetreten sind: Nach geltendem Recht ist nämlich höchst fraglich, ob eine schweizerische öffentliche Urkunde im Ausland vollstreckt würde – im umgekehrten Verhältnis hingegen müsste die Schweiz eine ausländische Urkunde wie ein Urteil vollstrecken (vgl. Art. 50 LugÜ).
- Die vollstreckbare öffentliche Urkunde bringt auch für den innerstaatlichen Rechtsverkehr erhebliche Vorteile: Vereinfachung der Verfahren und Entlastung der Gerichte.

### Art. 337

Diese Bestimmung legt den Geltungsbereich der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde fest: Sie kann grundsätzlich jede Art von Leistungen zum Gegenstand haben (**Abs. 1**):

- Geldleistungen, einmalige oder wiederkehrende (z.B. Darlehenszinsen oder Rentenleistungen),
- Sachleistungen, z.B. Lieferung einer beweglichen Sache, Bauleistungen,
- Abgabe von Willenserklärungen wie z.B. Abgabe einer Grundbuchanmeldung oder einer Handelsregisteranmeldung,
- Duldungen oder Unterlassungen (z.B. bestimmter Immissionen).

Aus Gründen des Sozialschutzes hingegen statuiert der Vorentwurf wichtige Ausnahmen (**Abs. 2**): Bestimmte Leistungen, die im „Sozialprozess“ (vereinfachtes Verfahren nach Art. 237) zu beurteilen wären, können nicht zum Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gemacht werden (**Bst. a**): Sie darf mit andern Worten nicht dazu benutzt werden, um den sozialen Zivilprozess zu unterlaufen. Für die betreffenden Leistungen kann sich der Schuldner somit nicht der direkten Vollstreckung unterwerfen: Vielmehr bedarf es eines vorgängigen Gerichtsentscheides bzw. – bei Geldleistungen – der vorgängigen Durchführung einer integralen Betreibung (Zahlungsbefehl mit Folgeverfahren, also keine direkte Pfändung). Damit wird eine verfahrensmässige Überrumpelung der sozial schwächeren Partei verhindert. Unter diese Ausnahme fallen insbesondere auch alle Leistungen aus Konsumentenverträgen (**Bst. b**).

### Art. 338

Nicht jede öffentliche Urkunde ist direkt vollstreckbar. Es müssen vielmehr besondere Voraussetzungen erfüllt sein.

- Die geschuldete Leistung muss in der Urkunde *genügend bestimmt* sein (**Bst. a**). So muss eine Geldleistung in der Urkunde entweder ziffernmässig festgestellt oder aufgrund von in der Urkunde enthaltenen Angaben zweifelsfrei

berechnet werden können. Für eine Zinsforderung muss sich sowohl der Zinsbeginn wie auch der Zinsfuß, sofern es sich nicht um den gesetzlichen Verzugszins handelt, aus der Urkunde ergeben. Die Geldsumme kann auch auf eine fremde Währung lauten. Die Leistung kann auch bedingt oder befristet sein. Bedingung und Befristung haben sich aber ebenfalls eindeutig aus der Urkunde zu ergeben.

- Die geschuldete Leistung muss *fällig* sein (Bst. a in fine). Fehlen darüber konkrete Angaben in der Urkunde, so ist von einer sofortigen Fälligkeit auszugehen (Art. 75 OR).
- Ferner muss der Schuldner die geschuldete Leistung anerkannt haben (**Bst. b**): Die Urkunde muss also eine *Schuldenerkennung* enthalten.
- Nicht erforderlich ist, dass das ganze Verpflichtungsgeschäft öffentlich beurkundet und in der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde integral wiedergegeben wird. Eine vollstreckbare Urkunde kann nachträglich somit auch für Leistungen ausgefertigt werden, die auf formlosen Verträgen oder einfacher Schriftlichkeit beruhen. Der Rechtsgrund der versprochenen Leistung muss in der Urkunde aber *erwähnt* werden (**Bst. c**): Ein abstraktes Schuldversprechen genügt somit nicht.
- Schliesslich verlangt der Vorentwurf eine so genannte *Unterwerfungserklärung* des Schuldners, die ebenfalls öffentlich beurkundet sein muss (**Bst. d**). Die Urkundsperson trifft dabei eine besondere Rechtsbelehrungspflicht: Sie hat den Schuldner über die Konsequenzen – direkte Vollstreckung – aufzuklären.

Die Unterwerfungserklärung erfolgt durch den Verpflichteten persönlich; gesetzliche wie rechtsgeschäftliche Stellvertretung sind jedoch zulässig.

#### Beispiele:

- Für eine Darlehensvaluta könnte die Erklärung etwa wie folgt lauten:  
Vor dem unterzeichnenden Notar X ist heute Y erschienen mit dem Ersuchen um öffentliche Beurkundung der folgenden Willenserklärung:  
Ich anerkenne, Z aus Darlehen vom ... den Betrag von Fr. 50'000.-- zu schulden. Das Darlehen ist jederzeit auf drei Monate kündbar. Für den Betrag von Fr. 50'000.-- anerkenne ich die unmittelbare Vollstreckung im Sinne von Art. 337 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung.
- Für eine wiederkehrende Ratenzahlung könnte die Unterwerfungserklärung wie folgt lauten:  
Ich anerkenne, Z aus Darlehen vom ... den Betrag von Fr. 50'000.-- zu schulden. Hinsichtlich der jeweils auf 1. Januar, erstmals 1. Januar ... fälligen Ratenzahlungen im Betrage von je Fr. 10'000.-- anerkenne ich die unmittelbare Vollstreckung im Sinne von Art. 337 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung.
- Im Falle von auflösend- oder aufschiebend bedingten Leistungen kann der Verpflichtete in der Urkunde angeben, unter welchen Voraussetzungen bzw. unter Vorlage welcher Belege die Urkundsperson die Ausfertigung der vollstreckbaren Urkunde mit der Vollstreckungsklausel ausstellen darf. Die rechtliche Beurteilung, ob die Fälligkeit eingetreten und die Bedingungen erfüllt sind, obliegt aber nicht der Urkundsperson, sondern – *summarisch* – dem Vollstreckungsgericht. Vorbehalten bleibt zudem immer auch die *umfassende* gerichtliche Prüfung (Art. 343).

### Art. 339

Als Vollstreckungstitel dient eine eigens zu diesem Zweck und ausdrücklich als solche bezeichnete *vollstreckbare Ausfertigung einer – in der Regel bereits bestehenden – öffentlichen Urkunde*. Die vollstreckbare Ausfertigung unterscheidet sich von einer gewöhnlichen öffentlichen Urkunde dadurch, dass sie von der Urkundsperson auf Antrag der berechtigten Person mit einer *Vollstreckungsklausel* versehen wird (**Abs. 1**). Die vollstreckbare Ausfertigung wird in der Regel nur in *einem* Exemplar ausgestellt, ausser bei Ratenleistungen oder periodischen Leistungen: Hier bedarf es für jede fällige Leistung einer vollstreckbaren Ausfertigung.

Sachlich zuständig zur Verurkundung der Vollstreckungsklausel ist die Urkundsperson, welche bereits die „gewöhnliche“ öffentliche Urkunde abgefasst hat (denn ihr obliegt eine entsprechende Aufbewahrungspflicht). Ist diese Urkundsperson nicht mehr tätig, so wird – beim freien Notariat – die nach kantonalem Recht bezeichnete rechtsnachfolgende Urkundsperson zuständig. Bei den staatlichen Notariaten ist die Zuständigkeit nicht personifiziert.

Die vollstreckbare Ausfertigung darf nur dem in der öffentlichen Urkunde bezeichneten Berechtigten (oder seinem Vertreter) ausgestellt werden. Sie ist nur für den ursprünglichen Gläubiger bestimmt, kann also keinem Rechtsnachfolger ausgehändigt werden (insbesondere nicht den Erben oder einem Zessionar, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um eine Leistung aus einem dinglichen oder einem im Grundbuch vorgemerkten Recht handelt).

Bei der Erstellung der vollstreckbaren Ausfertigung hat die Urkundsperson nicht zu prüfen, ob der Anspruch materiell begründet ist. Der Urkundsperson kommt – so wenig wie einem Betreibungsamt – keinerlei richterliche Funktion zu. Dennoch darf sie ihre Augen vor der Rechts- und Tatsachenlage nicht vollständig verschliessen: Die vollstreckbare Ausfertigung ist zu verweigern, wenn die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit offensichtlich fehlen oder andere Gründe vorliegen, welche die Vollstreckung offensichtlich ausschliessen (**Bst. a und b**). Die Prüfungspflicht der Urkundsperson beschränkt sich somit auf Evidenz:

- Feststellung der Fälligkeit anhand des Wortlauts der öffentlichen Urkunde;
- Vollständigkeit der Belege, welche in der Urkunde verlangt sind.

Abgesehen von dieser sehr beschränkten Kontrolle hat die Urkundsperson keinerlei Kognition – weder betreffend Vollstreckbarkeit noch materieller Begründetheit. Eine weitergehende Prüfung ist dem Vollstreckungsgericht bzw. ordentlichen Zivilrichter (Art. 343) überlassen.

Die Urkundsperson führt daher auch kein kontradiktorisches Verfahren durch: Der Verpflichtete nimmt keine förmliche Parteistellung ein. Er wird nicht zur Stellungnahme aufgefordert; es wird ihm nur eine Kopie der vollstreckbaren Ausfertigung zur blossen Kenntnisnahme zugestellt (**Abs. 2**). Seine Einwände kann er dann dem Vollstreckungsgericht vortragen.

Gegen die Weigerung der Urkundsperson, eine vollstreckbare Ausfertigung zu erstellen, steht dem Gläubiger kein Rechtsmittel der ZPO zur Verfügung, denn diese Weigerung ist kein gerichtlicher Entscheid. Denkbar ist bloss eine beurkundungsrechtliche (kantonalrechtliche) Beschwerde. Abgesehen davon bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als die Leistung gerichtlich einzuklagen oder – wenn es sich um eine Geldleistung handelt – eine gewöhnliche Betreibung anzuhängen. Die Ablehnung

seines Antrages durch die Urkundsperson hat daher insgesamt nur zur Folge, dass dem Gläubiger die erleichterte Vollstreckung versagt bleibt.

Beispiel einer Vollstreckungsklausel:

Die unterzeichnete Urkundsperson X stellt auf Gesuch von Y diese Ausfertigung der am ... errichteten öffentlichen Urkunde zum Zweck der Vollstreckung der darin umschriebenen Leistung aus (allenfalls der in Ziffer ... umschriebenen Leistung).

### Art. 340

Die vollstreckbare Ausfertigung der öffentlichen Urkunde ersetzt ein Gerichtsurteil; daher kann die berechtigte Person direkt an das Vollstreckungsgericht gelangen und ein Vollstreckungsgesuch stellen (**Abs. 1**).

Das gerichtliche Verfahren – eine Summarsache (Art. 327) – verläuft gleich wie bei der Vollstreckung eines Urteils (**Abs. 2**):

- für das Vollstreckungsgericht gilt die selbe örtliche Zuständigkeit (Art. 327);
- der Gläubiger hat die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit zu beweisen (Art. 328);
- bei Bedarf sind sichernde Massnahmen möglich (Art. 329);
- der Schuldner hat das Recht, Stellung zu nehmen (Art. 330);
- Feststellung des Bedingungseintritts bzw. des gehörigen Angebots der Gegenleistung (Art. 331).

Der Entscheid des Vollstreckungsgerichts unterliegt dem Rekurs (Art. 336). Wird der Gläubiger endgültig abgewiesen, bleibt ihm unbenommen, seinen Anspruch nun auf dem Wege des Zivilprozesses geltend zu machen (Art. 343).

### Art. 341

Diese Bestimmung regelt die Fortsetzung des Verfahrens bei Guttheissung des Vollstreckungsgesuchs.

- Bei einer *Geldleistung* kommt nun das SchKG ins Spiel (**Abs. 1**). Der Gläubiger muss jedoch nicht etwa beim Betreibungsbegehren beginnen und dann ein ganzes Einleitungsverfahren durchstehen (Zahlungsbefehl, Rechtsvorschlag und Folgeverfahren), sondern kann gleich im Fortsetzungsstadium einsteigen und das *Fortsetzungsbegehren*<sup>276</sup> stellen.

Das Verfahren vor der Urkundsperson und anschliessend vor dem Vollstreckungsgericht ersetzen somit die Betreuung – dies der grosse Vorteil und Effizienzgewinn durch die vollstreckbare öffentliche Urkunde. Je nach Person des Schuldners wird das Betreibungsamt dann die Pfändung ankündigen (**Bst. a**) oder den Konkurs androhen (**Bst. b**). Ist die Forderung pfandgesichert, so kann der Gläubiger gleich das Verwertungsbegehren stellen (**Bst. c**).

Dieses abgekürzte Verfahren bleibt jedoch eine freie Option des Gläubigers. Er könnte stattdessen auch eine herkömmliche Betreuung führen.

---

<sup>276</sup> Der Bundesrat bzw. das Bundesgericht wird ein entsprechendes Formular schaffen.



- Die Vollstreckung von Leistungen, die nicht auf eine Geldzahlung lauten (Realvollstreckung), richtet sich demgegenüber nach dieser ZPO (**Abs. 2**). Das Vollstreckungsgericht ordnet diesfalls die gebotenen Vollstreckungsmassnahmen an.

#### **Art. 342**

Betrifft die vollstreckbare öffentliche Urkunde eine Willenserklärung, so wird diese durch den rechtskräftigen Entscheid des Vollstreckungsgerichts ersetzt. Häufiger Anwendungsfall wird die Abgabe einer Grundbuchanmeldung sein. Das Vollstreckungsgericht trifft daher auch die erforderlichen Anweisungen (Art. 333).

#### **Art. 343**

Mit dem Instrument der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde kann die gerichtliche Beurteilung von Rechtsgrund und Leistung nicht ausgeschlossen werden (das Verfahren vor der Urkundsperson und vor dem Vollstreckungsgericht begründen keine res iudicata). Der verpflichteten Partei bleibt somit die Möglichkeit, „Gegenklage“ zu erheben: Dies kann eine negative Feststellungsklage sein (bei der Geldvollstreckung z.B. jene nach Art. 85a SchKG), es kann aber auch eine Rückforderungsklage sein, wenn die Vollstreckung nicht hat aufgehoben werden können.

### 3. Teil: Binnenschiedsgerichtsbarkeit

#### Vorbemerkungen

#### 1. Ausgangslage

Heute untersteht die Binnenschiedsgerichtsbarkeit dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG), während für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit das IPRG (12. Kapitel, Art. 176-194) zur Anwendung kommt. Seit dem Beitritt des Kantons Luzern am 1. Januar 1995 sind alle Kantone Mitglied des Konkordats. Das Konkordat hat sich sowohl für die nationale als auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit lange bewährt und hat weiter internationale Anerkennung erfahren. Dadurch hat es zur Förderung des Schiedsplatzes Schweiz beigetragen.

Vor dem Inkrafttreten des IPRG fand das Konkordat in seinem damaligen territorialen Geltungsbereich nämlich auch auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung. Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat der eidgenössische Gesetzgeber dann aber bei der Ausarbeitung des IPRG die Gelegenheit ergriffen, eine bundesrechtliche Ordnung zu schaffen, die sich durch Flexibilität und grösstmögliche Respektierung der Parteiautonomie auszeichnet<sup>277</sup>. Nun bietet die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts dieselbe Gelegenheit für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit.

Als natürliche Folge der sich wandelnden Bedürfnisse der Schiedsgerichtsbarkeit und entsprechender Gesetzesänderungen im Ausland sind einzelne Regelungen des Konkordates im Laufe der Zeit kritisiert worden<sup>278</sup>. Die Kritikpunkte sind etwa:

- Schriftlichkeitserfordernis (Art. 6 KSG);
- Definition der objektiven Schiedsfähigkeit (Art. 5 KSG);
- Fehlende Kompetenz des Schiedsgerichtes zum Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 26 KSG);
- Subsidiärer Verweis auf die BZP (Art. 24 Abs. 2 KSG);
- Sistierung des Schiedsverfahrens bei Verrechnungseinreden betreffend Forderungen, die nicht der Schiedsabrede unterstehen (Art. 29 KSG);
- Mehrheitserfordernis für den Schiedsspruch (Art. 31 Abs. 2 KSG);
- Willkürbeschwerde (Art. 36 Bst. f KSG);
- Doppelter Instanzenzug (Art. 3 Bst. f KSG und Art. 84 Abs. 1 Bst. a und b OG);
- Hinterlegung und Zustellung des Schiedsspruchs durch die richterliche Behörde (Art. 35 KSG).

Der Vorentwurf trägt dieser Kritik grundsätzlich Rechnung, soweit sie die Binnenschiedsgerichtsbarkeit und nicht die besonderen Verhältnissen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit betrifft.

<sup>277</sup> Vgl. dazu die Botschaft zum IPRG in BBl 1983 293.

<sup>278</sup> Vgl. dazu etwa BSK-Marc Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel IPRG N 145 f. und "Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit" in der Publikation "Schiedsgerichtsbarkeit" des Europa Institutes, Hrsg. Andreas Kellerhals, Zürich 1997, S. 74/75.

## 2. Subkommission Schiedsgerichtsbarkeit<sup>279</sup>

Der Auftrag an die Subkommission beschränkte sich auf die Ausarbeitung eines Vorentwurfes über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit zuhanden der Gesamt-Expertenkommission. Die Überprüfung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit war nicht Gegenstand des Auftrages, denn die Gesamtkommission hatte einstimmig beschlossen, in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nur die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit zu regeln.

Die Absicht, den nicht revisionsbedürftigen Text des Konkordats soweit als möglich – auch sprachlich unverändert – zu übernehmen, konnte im Interesse der sprachlichen Einheitlichkeit der gesamten Zivilprozessordnung nicht immer verwirklicht werden. In den nachfolgenden Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen wird jeweils darauf hingewiesen, wenn mit redaktionellen Modifikationen auch eine Änderung der inhaltlichen Aussage beabsichtigt wurde. Solche sprachlichen Modifikationen waren nicht immer in allen Sprachen erforderlich.

## 3. Grundsätzliches zum VE

### a) *Beibehaltung des Dualismus internationale Schiedsgerichtsbarkeit einerseits, nationale Schiedsgerichtsbarkeit andererseits*

In der Grundsatzdiskussion der 1. Sitzung der Subkommission vom 22. Mai 2000 wurde die Vorgabe der Expertenkommission, nur die Binnenschiedsgerichtsbarkeit zu regeln, als sachgerecht erachtet. Die Subkommission ist der Auffassung, dass es keine Gründe gibt, etwas an den anerkannten Bestimmungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG zu ändern. Entsprechend hat sich auch die Subkommission für die Beibehaltung des Doppelsystems ausgesprochen: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bleibt Gegenstand des IPRG, die nationale hingegen wird in die Schweizerische Zivilprozessordnung integriert.

### b) *Arbeitsmethode der Subkommission*

In der genannten Grundsatzdiskussion hat die Subkommission mehrheitlich die Auffassung vertreten, das UNCITRAL-Modellgesetz nicht als Vorlage zu nehmen. Einerseits ist dieses in erster Linie für internationale Schiedsverfahren konzipiert, andererseits hat sich das System unseres Konkordates bewährt und schliesslich soll die Praxis weiterhin auf die bisherige Lehre und Rechtsprechung abstellen können. Die Subkommission beschloss daher, das geltende *Konkordat als Grundlage* zu verwenden; das IPRG und das Modellgesetz hingegen wurden bei gebotenen Ergänzungen und Modernisierungen zu Rate gezogen. Diese Methode entspricht auch einem Anliegen der ASA.

### c) *Verhältnis zum übrigen Teil der Schweizerischen Zivilprozessordnung*

Der Teil über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist bewusst als eigenständiger Teil gestaltet. Aus den für staatliche Gerichte anwendbaren Regeln sollen grundsätzlich keine Schlüsse für das Schiedsgerichtsverfahren gezogen werden. Aus dem

---

<sup>279</sup> Für ihre Zusammensetzung vgl. vorne S. 8

gleichen Grund wird grundsätzlich auf Querverweise auf andere Bestimmungen des Vorentwurfes verzichtet: Der 3. Teil der künftigen Zivilprozessordnung soll von der Praxis *wie ein selbstständiges Gesetz gehandhabt* und aus sich selbst heraus verstanden werden.

Entsprechend finden sich im Teil über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit einige Wiederholungen aus dem 1. und 2. Teil (so z.B. in Art. 364 Abs. 4 und 5 sowie Art. 385). Nur scheinbare Ausnahmen von diesem Grundsatz sind die Artikel 381 und 387, denn diese Bestimmungen betreffen nämlich nicht das Verfahren vor dem Schiedsgericht, sondern das Rechtsmittelverfahren vor dem staatlichen Gericht. Umgekehrt wird die Schiedsgerichtsbarkeit auch im 1. Teil nur ausnahmsweise erwähnt (vgl. Art. 1, Art. 56 und Art. 105 Abs. 2 Bst. c).

Die Autonomie des 3. Teils und der Verzicht auf die subsidiäre Anwendung von Verfahrensbestimmungen der staatlichen Gerichte hindern die Parteien und Schiedsrichter natürlich nicht, sich bei der Festlegung des Verfahrens durch die übrige Zivilprozessordnung inspirieren zu lassen oder daraus einzelne Titel als anwendbar zu erklären (z.B. die Bestimmungen über den Beweis). Wie schon im Konkordat, im IPRG und auch in vielen ausländischen Vorbildern (weitgehend auch im UNCITRAL-Modellgesetz), wird das Schiedsverfahren also nicht im Einzelnen geregelt: Die Festlegung der Spielregeln bleibt vielmehr den Parteien und dem Schiedsgericht überlassen. Auch im Bereich der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist diese Flexibilität bei der Verfahrensgestaltung ein sehr wichtiges Instrument, um auf die Bedürfnisse der Parteien und die spezifische Fallkonstellation eingehen zu können. Daher wurde die viel kritisierte subsidiäre Anwendung staatlicher Verfahrensbestimmungen nicht übernommen (vgl. Art. 24 Abs. 2 KSG).

#### d) Verhältnis zum 12. Kapitel des IPRG

Verweise des IPRG auf das kantonale Prozessrecht (Konkordat) werden durch Verweise auf die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung ersetzt (vgl. Art. 179 Abs. 2 IPRG, Ziff. 17 des Anhanges zum VE)<sup>280</sup>. So werden etwa die Artikel 351 ff. sowie 360 f. des Vorentwurfes auch im internationalen Kontext zur Anwendung kommen.

#### e) 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 das schweizerische Recht) zu beurteilen, ob der Schiedsrichtervertrag als Auftrag oder lediglich als auftragsähnlich zu qualifizieren ist. Die Haftung eines Schiedsrichters für Schlechterfüllung seines Mandates richtet sich ebenfalls nach dem materiellen Recht<sup>281</sup>.

<sup>280</sup> Vgl. Claude Raimond, Das Zusammenwirken von Kapitel XII des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht und dem kantonalen Recht, in: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II), Hrsg. Karl-Heinz Böckstiegel, Schriftenreihe Köln 19; Rüede/Hadenfeldt S. 99; BSK-Wolfgang Peter/Thomas Legler, Art. 179 IPRG N 25.

<sup>281</sup> Zu diesen Fragen vgl. etwa Franz Hoffet, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Zürich, 1991 S. 300 ff.

## 1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

### Art. 344

Diese Bestimmung ist das Gegenstück von Artikel 176 Absatz 1 IPRG, der den räumlichen Geltungsbereich des 12. Kapitels des IPRG und damit 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). Damit gelten auch für die Bestimmung des räumlichen Geltungsbereiches des 3. Teils des Vorentwurfes rein formale Kriterien, nämlich der Sitz des Schiedsgerichtes in der Schweiz und die Verneinung des Vorliegens eines internationalen Schiedsgerichtsverfahrens. Letzteres ist der Fall, wenn bei Abschluss der Schiedsvereinbarung alle Parteien ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben. Bei Gesellschaften gilt der Sitz als Wohnsitz (analog Art. 21 IPRG).

Im Gegensatz zu Artikel 1 Absatz 3 KSG werden die zwingenden Bestimmungen dieses Titels nicht aufgezählt. Dies aus der Erkenntnis, dass sich die Enumeration eines grösseren Kataloges zwingender Bestimmungen als Fehlerquelle entpuppen kann. Die zwingende Natur der Bestimmungen ist jeweils durch Auslegung zu bestimmen. Aus den gleichen Überlegungen wurde auch darauf verzichtet, dispositive Bestimmungen durch einen Hinweis auf die Zulässigkeit einer *abweichenden Parteivereinbarung* zu bezeichnen.

### Art. 345

Die **Absätze 1-3** entsprechen inhaltlich Artikel 2 KSG, sind aber sprachlich modernisiert worden.

**Absatz 1** wurde teilweise in Anlehnung an Artikel 176 Absatz 3 IPRG formuliert. Der Begriff "beauftragte Stelle" (französisch "organe") wurde jedoch aus Artikel 2 KSG übernommen, also nicht durch den in Artikel 176 Absatz 3 IPRG verwendeten Begriff "Schiedsgerichtsinstitution" ersetzt. Dies deshalb, weil in der Praxis neben Schiedsgerichtsinstitutionen auch andere Stellen, wie z.B. der Präsident eines kantonalen Gerichts oder des Bundesgerichts, der Präsident einer Handelskammer, die über keine eigene Schiedsgerichtsordnung verfügt, oder der Präsident der economie-suisse, mit der Sitzbestimmung oder Schiedsrichterernennung betraut werden.

**Absatz 4** betreffend Tagungsort ist neu und bestätigt eine sowohl in der internationalen als auch in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit seit langem geübte Praxis.

### Art. 346

Diese Bestimmung 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 und einem anderen staatlichen Gericht zuweist. Damit wird z.B. vermieden, dass das gleiche Gericht den Entscheid eines von ihm ernannten Schiedsrichters im Rechtsmittelverfahren be-

urteilen muss (**Abs. 1**). So kann ein Kanton z.B. sein Kassationsgericht, Obergericht oder Kantonsgericht als *oberes Gericht* für zuständig erklären.

Nach **Absatz 2** ist möglich, auch die unterstützende Tätigkeit dem oberen Gericht zu übertragen, statt dafür die unteren Bezirksgerichte vorzusehen. Doch müsste dann eine andere Abteilung mit dieser Aufgabe betraut werden. Auch nach Artikel 6 EMRK genügt es, wenn nicht der gleiche Spruchkörper zuständig ist.

Die Rechtsmittel an das Bundesgericht gegen kantonale Entscheide über Beschwerden nach Artikel 377 und Revisionsgesuche nach Artikel 385 werden in dieser Bestimmung nicht erwähnt, da sich diese aus dem BGG ergeben.

Wie schon nach dem Konkordat ist die Zuständigkeitsordnung der kantonalen staatlichen Gerichte in Artikel 346 grundsätzlich abschliessend<sup>282</sup>. Hinzu kommt, dass der Vorentwurf die kantonalen Rechtsmittel abschliessend regelt. Die Kantone können daher auch in Schiedsgerichtssachen keine zusätzlichen Rechtsmittel einführen.

Nicht erwähnt werden in dieser Bestimmung die in Artikel 364 geregelte alternative Zuständigkeit der staatlichen Gerichte für vorsorgliche Massnahmen und deren Vollzug. Für diese beiden Tätigkeiten kommen nämlich die allgemeinen Regeln über die örtliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen zur Anwendung. Erfolgen diese in der Schweiz, so bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach Artikel 11, während sich die sachliche Zuständigkeit weiterhin nach kantonalem Recht bestimmen wird (vgl. Art. 2). Der in Artikel 11 Buchstabe a vorgesehene *Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist*, ist bei Schiedsgerichtsverfahren der Sitzort des bereits konstituierten oder noch zu konstituierenden Schiedsgerichtes.

## 2. Titel: Die Schiedsvereinbarung

### Art. 347

In **Absatz 1** wird die Aussage von Artikel 4 KSG zusammengefasst. Der Begriff "Schiedsvereinbarung" folgt der in Artikel 178 IPRG verwendeten Terminologie und entspricht inhaltlich dem in Artikel 4 Absatz 1 KSG verwendeten Begriff "Schiedsabrede". Er umfasst daher sowohl den Schiedsvertrag, der über bestehende Streitigkeiten abgeschlossen wird, und die Schiedsklausel, welche sich auf künftige Streitigkeiten bezieht. Auf die Übernahme dieser begrifflichen Differenzierung des Konkordates kann verzichtet werden, da sie nicht von verfahrensrechtlicher Relevanz ist und sich der in Artikel 178 IPRG verwendete Begriff "Schiedsvereinbarung" bewährt hat.

Die Zulässigkeit einer sich auf künftige Streitigkeiten beziehenden Schiedsvereinbarung ist an die Schranken des materiellen Rechts gebunden (so z.B. Art. 27 ZGB). Artikel 31 des Vorentwurfs ist wie der geltende Artikel 343 Absatz 1 OR keine solche Bestimmung, da sie nur den Verzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände und nicht die Schiedsfähigkeit zum Gegenstand hat (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 348 am Ende).

---

<sup>282</sup> Vgl. Artikel 3 KSG i.V.m. Art. 45 KSG und Jolidon S. 99.

Das Gesetz muss nicht ausdrücklich erwähnen, dass die Streitigkeiten vertraglicher oder ausservertraglicher Natur sein können. Es ist bei schiedsfähigen Streitigkeiten selbstverständlich, dass die Schiedsvereinbarung auch ausservertragliche Ansprüche erfassen kann.<sup>283</sup>

**Absatz 2** entspricht dem ersten Satzteil von Artikel 178 Absatz 3 IPRG, während die Aussage des zweiten Satzteils bereits in Absatz 1 enthalten ist.

Abgelehnt wurde ein Artikel 178 Absatz 2 IPRG entsprechender Absatz über das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht. Damit ist in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung selbst dann ausschliesslich nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wenn auf das streitige Rechtsverhältnis ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Dies wird nur selten der Fall sein.

### Art. 348

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem ersten Satzteil von Artikel 5 KSG über den *Gegenstand des Schiedsverfahrens*, wonach jeder Anspruch schiedsfähig ist, *welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt*. Nicht übernommen wurde somit Artikel 177 Absatz 1 IPRG, wonach nur *vermögensrechtliche* Ansprüche schiedsfähig sind<sup>284</sup>. Abgelehnt wurde nach eingehender Diskussion auch die Variante einer Kombinationslösung, wonach *jeder vermögensrechtliche Anspruch sowie jeder nicht vermögensrechtliche, der freien Verfügung der Parteien unterliegende Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann*.

Die Frage, ob und inwieweit ein Anspruch *verfügbar* ist, beurteilt sich nach Lehre und Rechtsprechung aufgrund des materiellen Rechts. Das ist bei Binnenschiedsfällen grundsätzlich schweizerisches Recht.

Der Begriff "freie Verfügbarkeit" des Anspruches geht einerseits weiter als der Terminus "vermögensrechtlicher Anspruch", indem grundsätzlich auch nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten erfasst werden (Beispiele: Ausschluss aus einem kulturellen Verein oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten ohne Geltendmachung von Vermögensrechten). Andererseits ist einschränkend, dass jeweils die Disponibilität des Anspruchs zu prüfen ist. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist eine solche Prüfung nicht erforderlich<sup>285</sup>.

Nicht übernommen wurde der zweite Halbsatz von Artikel 5 KSG, wonach die Schiedsfähigkeit ausgeschlossen ist, wenn *ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist*. Dieser Zusatz ist zum Teil redundant, zum Teil unverständlich und hat in der Vergangenheit lediglich Verwirrung gestiftet. So ist zum Beispiel zu beachten, dass die Frage der Schiedsfähigkeit von der Frage, ob eine Gerichtsstandsbestimmung zwingend im

---

<sup>283</sup> Vgl. etwa BSK-Werner Wenger, Art. 178 IPRG N 33.

<sup>284</sup> „Rechte, die Geld- oder Nutzwert besitzen und im Allgemeinen übertragbar und vererblich sind und für Schulden des Vermögensträgers haften, sowie Rechte, die für sich allein zwar keinen Geld- oder Nutzwert haben, für sich allein auch nicht übertragbar sind und auch nicht für Schulden haften, aber eng mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis verbunden sind, wie das Recht des Aktionärs auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses oder des Arbeitnehmers auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses“ (so BSK-Robert Briner Art. 177 IPRG N 10 unter Verweis auf BGE 108 II 77 Erw. 1a).

<sup>285</sup> Vgl. BGE 118 II 356, 358.

Sinne von Artikel 2 GStG bzw. von Artikel 7 ist, zu unterscheiden ist<sup>286</sup>. Der Ausschluss der Schiedsfähigkeit kann sich direkt aus dem Gesetz oder durch Auslegung ergeben<sup>287</sup>.

### Art. 349

**Absatz 1** stellt eine verkürzte und daher auch auf modernste Kommunikationsmittel (z.B. e-mail) anwendbare Umformulierung von Artikel 178 Absatz 1 IPRG dar. Die Form der Schiedsvereinbarung untersteht damit nicht mehr – wie das Schriftlichkeitsanfordernis gemäss Artikel 6 KSG – dem Formerfordernis von Artikel 13 ff. OR.

Die gewählte Formulierung ist auch mit Artikel 2 Ziffer 2 der New Yorker Konvention vereinbar, wonach jeder Vertragsstaat Schiedsvereinbarungen anzuerkennen hat, sofern *der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben*.

**Absatz 2** ist neu und bestätigt die bisherige Praxis.

Nicht übernommen wurde Artikel 6 Absatz 2 KSG über statutarische oder reglementarische Schiedsklauseln. Ebenso fehlt eine Bestimmung über testamentarische Schiedsklauseln. Es sind daher – wie bei statutarischen und testamentarischen Gerichtsstandsklauseln – die allgemeinen Grundsätze über die Form von Schiedsvereinbarungen anwendbar<sup>288</sup>.

### Art. 350

**Absatz 1** entspricht im Wesentlichen Artikel 8 KSG, stellt aber klar, dass es sich auch bei der Frage der richtigen Konstituierung des Schiedsgerichtes um eine Zuständigkeitsfrage handelt, was unter Geltung des Konkordates umstritten ist<sup>289</sup>. Der Entscheid über die Zuständigkeit hat wie in Artikel 8 f. KSG in einem Zwischen- oder Endentscheid zu erfolgen. Diese Formulierung zwingt ein Schiedsgericht nicht, einen bejahenden Zuständigkeitsentscheid immer als Zwischenentscheid zu treffen; es kann ihn – falls sinnvoll – in den Sachentscheid integrieren<sup>290</sup>. Die von Absatz 3 von Artikel 186 IPRG abweichende Formulierung ist daher ohne materielle Bedeutung.

**Absatz 2** entspricht Artikel 8 Absatz 2 KSG und inhaltlich auch Artikel 186 Absatz 2 IPRG. Nicht übernommen wurde Artikel 9 KSG, da sich bereits aus Artikel 377 ergibt, dass ein Zwischenentscheid, mit dem die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes bejaht wird, durch Beschwerde anfechtbar ist und später nicht mehr angefochten werden kann<sup>291</sup>.

<sup>286</sup> Vgl. BK-Dominik Gasser, Art. 1 GStG N 43 und 44; ZHK-Felix Dasser, Art. 1 GStG N 1 und BSK-Claudia Meyer, Art. 1 GStG N 20; eine z. T. abweichende Meinung vertritt BSK-Dominik Infanger, Art. 2 GStG N 27.

<sup>287</sup> Vgl. Rüede/Hadenfeldt, S. 53.

<sup>288</sup> Vgl. etwa BSK-Werner Wenger, Art. 178 IPRG N 58-63 und Markus Wirth, Gerichtsstandsvereinbarungen gemäss GestG - umstrittene Fragen, in: Symposien zum schweizerischen Recht, Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2002, S. 48.

<sup>289</sup> Vgl. Rüede/Hadenfeldt, S. 254.

<sup>290</sup> Vgl. Jolidon S. 189/190.

<sup>291</sup> Vgl. BGE 120 II 155.



### 3. Titel: Die Bestellung des Schiedsgerichts

Nach der Vorentwurf verwendeten Terminologie wird das Schiedsgericht *bestellt*, während die einzelnen Mitglieder des Schiedsgerichts *ernannt* werden.

#### Art. 351

**Absatz 1** ist eine neue, kürzere Formulierung eines Teils von Artikel 10 und 11 Absatz 1 KSG. Er erlaubt weiterhin die Bestellung eines Schiedsgerichtes mit einer geraden Anzahl Mitglieder. Dies kommt zwar selten vor, ist aber z.B. in Artikel 51 Absatz 2 der neuen Schiedsgerichtsordnung der italienischen Handelskammer für die Schweiz für kleinere Streitwerte vorgesehen.

**Absatz 2** ist von Section 15 des englischen *Arbitration Acts* inspiriert und stellt eine Vermutungsregel auf, die sicherstellen will, dass ein Schiedsgericht nur dann mit einer geraden Anzahl Mitgliedern bestellt wird, wenn dies dem effektiven Parteiwillen entspricht<sup>292</sup>. Indessen wurde die Bestimmung von Artikel 11 Absatz 4 KSG fallengelassen: 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. 352

**Absatz 1** entspricht leicht umformuliert dem Artikel 179 Absatz 1 IPRG.

**Absatz 2** ist eine umformulierte Fassung von Artikel 11 Absatz 3 KSG. Der gebräuchliche Begriff des Obmanns wurde aufgegeben, da es dafür keine weibliche Entsprechung gibt. **Absatz 3** entspricht Artikel 11 Absatz 2 KSG und stellt klar, *wann* der Ernante Inhaber der Stellung sein muss.

#### Art. 353

**Absatz 1** ist eine Neuformulierung der in Artikel 12 KSG geregelten Sachverhalte. Entsprechend der Bundesgerichtspraxis<sup>293</sup> werden auch das Nichttätigwerden der so genannt *anderen Stelle* einbezogen und die einzuhaltenden Fristen festlegt.

**Absatz 2** ist neu und will die im Dutco Entscheid aufgeworfene Problematik vermeiden<sup>294</sup>. Er ist als Kann-Vorschrift formuliert, um dem staatlichen Gericht eine einzel-fallgerechte Lösung zu ermöglichen: Es kann die Ernennung aller Schiedsrichter etwa dann ablehnen, wenn die mehreren Kläger oder die mehreren Beklagten gemeinsam einen Schiedsrichter ernannt haben oder während des Bestellungsverfahrens ernennen und gegen dieses Vorgehen keine triftigen Gründe sprechen.

**Absatz 3** entspricht Artikel 179 Absatz 3 IPRG.

---

<sup>292</sup> Vgl. auch BGE 121 I 84 Erw. 2.

<sup>293</sup> Vgl. BGE 110 Ia 59 Erw. 3.

<sup>294</sup> Dazu vgl. etwa Marc Blessing, Brief Review of International Developments N 136 ff. in Stephen V. Berti (Hrsg.), *International Arbitration in Switzerland*, Basel 2000.

**Art. 354**

Die Bestimmung von **Absatz 1** ist neu. Sie entspricht internationalen und nationalen Gepflogenheiten und lehnt sich an die Formulierung von Artikel 12 des Modellgesetzes an. So ist beispielsweise in den ICC Verfahren von jedem Schiedsrichter ein entsprechendes Formular zu unterzeichnen. Aus dogmatischer Sicht wäre diese Bestimmung wohl nicht zwingend nötig, weil das Schiedsrichtermandat nach der Lehre nahezu einhellig als privatrechtliches Auftragsverhältnis betrachtet wird und daher die Schiedsrichter schon aufgrund von Artikel 398 Absatz 2 OR (*Haftung für getreue und sorgfältige Geschäftsführung*) zur Offenlegung potentieller Interessenkonflikte verpflichtet sind.

Zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses und anderer Geheimniswahrungspflichten wird die Offenbarungspflicht auf das *Vorliegen* von Umständen beschränkt: Die geheimnisrelevanten *Umstände selbst* müssen daher *nicht* offen gelegt werden.

Die **Absätze 2 und 3** entsprechen Artikel 14 KSG, wobei in Absatz 3 die Worte "für die ihnen vorgelegte Streitsache" gestrichen wurden. Ob damit die Schiedsrichter gehalten sind, auch bei einer erheblichen Erweiterung der Streitsache im Amt zu bleiben, wird die Praxis entscheiden. Weiter bringt Absatz 3 zum Ausdruck, dass niemand zur Übernahme eines Mandates als Schiedsrichter gezwungen werden kann.

**Art. 355**

**Absatz 1** entspricht inhaltlich Artikel 15 Absatz 1 KSG.

**Absatz 2** entspricht inhaltlich Artikel 15 Absatz 2 KSG und stellt klar, dass die Offenbarungspflicht auch für Sekretäre des Schiedsgerichtes gilt.

**Art. 356**

Die Bestimmung entspricht – redaktionell modifiziert – Artikel 16 Absätze 1 und 2 KSG. Mit Befristung der Amtsdauer (**Abs. 1**) ist – eine andere Parteivereinbarung vorbehalten – gemeint, dass das Schiedsgericht innert dieser Frist den Entscheid fällen und den Parteien zustellen muss<sup>295</sup>. Dies ergibt sich auch aus Artikel 361 Absatz 4.

Bei institutionellen Schiedsgerichten mit Amtsdauerbeschränkungen erfolgt die Verlängerung – soweit die entsprechende Schiedsordnung dies vorsieht – durch die Schiedsinstitution (vgl. z.B. Art. 24 Abs. 2 der ICC Regeln). Die – an sich selbstverständliche – Regelung von Artikel 16 Absatz 3 KSG wird durch Artikel 363 Absatz 4 aufgefangen.

**Absatz 2** ist, ohne dass dies gesagt werden muss, auch auf Ersatzernennungen (Art. 361) und Rückweisungen (Art. 382 und Art. 388) anzuwenden, weshalb Artikel 43 Absatz 4 KSG nicht übernommen werden muss.

---

<sup>295</sup> Vgl. Jolidon, S. 246 f.

#### 4. Titel: Die Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts

##### Art. 357

Die Bestimmung entspricht Artikel 180 Absätze 1 und 2 IPRG, wobei **Absatz 1** sprachlich leicht umformuliert wurde.

##### Art. 358

Diese Bestimmung entspricht – von einer sprachlichen Modifikation in Absatz 3 abgesehen – Artikel 19 KSG. Sie ist vor allem für Schiedsgerichte bedeutsam, in denen ein Verband oder bei statutarischen Schiedsklauseln eine Gesellschaft einen unstatthaften Einfluss auf die Bestellung des Schiedsgerichtes ausübt<sup>296</sup>. Der im Konkordat verwendete Begriff "Bestellung seiner Mitglieder" wurde aus den vor Artikel 351 hiervor erwähnten terminologischen Gründen durch "Ernennung seiner Mitglieder" ersetzt, obwohl es in dieser Bestimmung um die Ablehnung des ganzen Schiedsgerichtes geht<sup>297</sup>.

##### Art. 359

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 von der neueren Lehre vertretenen Auffassung<sup>298</sup>.

**Absatz 5** ist neu und ist von Artikel 180 Absatz 3 IPRG inspiriert. Er gilt sowohl bei Ablehnungsentscheiden der von den Parteien bezeichneten Stelle als auch bei solchen von staatlichen Gerichten und schliesst ein selbstständiges Rechtsmittel aus – auch an das Bundesgericht<sup>299</sup>. Dies ist nach dem Wortlaut des Konkordats nicht evident<sup>300</sup>.

##### Art. 360

**Absatz 1** ist eine sprachlich leicht umformulierte Fassung von Artikel 22 Absatz 1 KSG.

**Absatz 2** fasst die Absetzung 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.

---

<sup>296</sup> Vgl. z.B. BGE 97 I 488 ff. und 76 I 87 ff. und Lalive/Poudret/Reymond, S. 112.

<sup>297</sup> Vgl. Jolidon, S. 281; Rüede/Hadenfeldt, S. 172.

<sup>298</sup> Vgl. Rüede/Hadenfeldt, S. 182.

<sup>299</sup> BGE 122 I 370.

<sup>300</sup> Vgl. z. B. Poudret in SJK 464a S. 9.

Für die Anfechtung des Abberufungsentscheidendes (**Abs. 3**) gilt dasselbe wie beim Ablehnungsentscheid (Art. 359 Abs. 5).

### Art. 361

**Absatz 1** entspricht – von sprachlichen Modifikationen und einer terminologischen Anpassung (Ernennung statt Bestellung) abgesehen – Artikel 23 Absatz 1 KSG. Er wird durch den Hinweis ergänzt, dass die Parteien für die Ersatzernennung – auch schon zum Voraus in der Schiedsvereinbarung – etwas anderes vorsehen können.

**Absatz 2** entspricht – von sprachlichen Modifikationen abgesehen – Artikel 23 Absatz 2 KSG. Eine (nochmalige) summarische Prüfung der Frage, ob eine Schiedsvereinbarung besteht, entfällt jedoch, denn sie ist nur für den Fall der *Ersternennung* vorgesehen (Art. 353 Abs. 3, Art. 179 Abs. 3 IPRG).

**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. Ersteres kann sich nämlich zu wenig in den Prozessstoff vertiefen, um einen sachgerechten Entscheid zu fällen. Der Vorentwurf trägt somit der Kritik am geltenden Rechtszustand Rechnung.

**Absatz 4** entspricht – von sprachlichen Modifikationen abgesehen – Artikel 23 Absatz 4 KSG.

## 5. Titel: Die Durchführung des Schiedsverfahrens

### Art. 362

**Absatz 1** entspricht mit wenigen Ausnahmen Artikel 181 IPRG: Rein formaler Natur sind die Verwendung der Begriffe "rechtshängig" statt "hängig" und "Bestellung" statt "Benennung" sowie die Streichung des Wortes "sobald" im letzten Nebensatz. Inhaltlich neu ist indessen, dass die Rechtshängigkeit auch mit der Einleitung des von den Parteien vereinbarten vorausgehenden Schlichtungsverfahrens begründet werden kann.

Im französischen Text wurden das in Artikel 181 IPRG fehlende Kriterium "une conclusion" beigefügt und einige weitere sprachliche Straffungen ohne materielle Bedeutung vorgenommen.

Trotz begrifflicher Identität hat die Rechtshängigkeit im Schiedsgerichtsverfahren nicht die gleichen Wirkungen wie im Zivilprozess vor staatlichen Gerichten. So begründet sie z.B. weder eine Widerklagezuständigkeit noch eine Fortführungslast.

**Absatz 2** stellt das Verhältnis zwischen einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht klar, wenn beide für den gleichen Streitgegenstand zwischen denselben Parteien angerufen werden. Das zuletzt angerufene (sei es das staatliche Gericht oder das Schiedsgericht) sistiert, bis das zuerst angerufene über seine Zuständigkeit entschieden hat. Ist das zuerst angerufene Gericht das staatliche Gericht, so kommt Artikel 56 ins Spiel (vgl. auch Art. 7 IPRG): Es hat seine Zuständigkeit abzulehnen, sofern nicht ein Tatbestand gemäss den Buchstaben a–c vorliegt.

**Absatz 3** enthält die gleiche Regelung wie Artikel 208 Absatz 2 für das Verfahren vor den staatlichen Gerichten.

### Art. 363

**Absatz 1** entspricht – von zwei rein sprachlichen Anpassungen und der Gliederung in die Buchstaben a-c abgesehen – Artikel 182 Absatz 1 IPRG.

**Absatz 2** entspricht inhaltlich Artikel 182 Absatz 2 IPRG. Das Weglassen des Wortes "selber" und des zweiten Satzteils sind ohne materielle Bedeutung. Gleiches trifft im französischen Text für die statt des in Artikel 182 Absatz 2 IPRG verwendeten Ausdrucks "au besoin" gewählte Formulierung "autant que cela est nécessaire" zu.

**Absatz 3** ist neu und bestätigt die Zulässigkeit der in der Praxis oft geübten Delegation einzelner Verfahrensfragen an den Präsidenten des Schiedsgerichts.

**Absatz 4** entspricht wörtlich Artikel 182 Absatz 3 IPRG.

**Absatz 5** entspricht inhaltlich Artikel 25 Buchstabe d KSG. Er garantiert trotz der Streichung von Artikel 7 KSG auch die Vertretung durch Juristen.

**Absatz 6** entspricht der Praxis des Bundesgerichts<sup>301</sup>.

### Art. 364

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. Unter die vorsorglichen Massnahmen im Sinne dieser Bestimmung fällt – wie nach Artikel 183 IPRG – auch die Sicherung von Beweismitteln. Die Bestimmung wurde von Artikel 183 IPRG inspiriert, geht in ihrem Regelungsinhalt aber darüber hinaus:

**Absatz 1** stellt in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Praxis zu Artikel 183 IPRG klar, dass neben dem Schiedsgericht der staatliche Richter zum Erlass vorsorglicher Massnahmen kompetent bleibt. Der Massnahmebeklagte kann sich dessen Zuständigkeit nicht mit der Schiedseinrede entziehen. Der Massnahmekläger hat daher die Möglichkeit, die ihm geeigneter erscheinende Instanz zu wählen.

**Absatz 2** stellt im Hinblick auf den zweiten unter Artikel 183 Absatz 2 IPRG strittigen Punkt klar, dass das um Mitwirkung ersuchte schweizerische oder ausländische staatliche Gericht nicht etwa eigene vorsorgliche Massnahmen erlässt, sondern lediglich – zwecks Vollstreckung der vom Schiedsgericht angeordneten – die *erforderlichen Anordnungen* trifft (gleich den *erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen* nach Art. 281 Abs. 2). Dabei hat das staatliche Gericht die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen grundsätzlich nicht nochmals zu prüfen<sup>302</sup>. Das staatliche Gericht wendet sein eigenes Recht an. Es kann somit die vom Schiedsgericht angeordneten vorsorglichen Massnahmen – falls erforderlich – entsprechend seinem eigenen Ortsgebrauch umformulieren oder – falls im Widerspruch zu seinem eigenen Recht stehend – auch modifizieren. Letzteres ist vor allem bei einem Vollzug der Massnahme im Ausland relevant. Zudem kann das staatliche

<sup>301</sup> Vgl. etwa BGE 119 II 388.

<sup>302</sup> Für allfällige Ausnahmen vgl. etwa BSK, Art. 183 IPRG N 18.

Gericht – im Unterschied zum Schiedsgericht<sup>303</sup> – eine Ungehorsamstrafe nach Artikel 292 StGB androhen.

**Absatz 3** gibt wie Artikel 183 Absatz 3 IPRG dem Schiedsgericht die Kompetenz, die Leistung angemessener Sicherheiten zu verlangen (vgl. auch Art. 278 Abs. 1 über das staatliche Verfahren).

Die **Absätze 4 und 5** betreffend die Haftung der gesuchstellenden Partei und die Freigabe der Sicherheit sind neu und entsprechen inhaltlich praktisch Artikel 278 Absätze 2 und 3 über Schadenersatzansprüche aus ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen staatlicher Gerichte. Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Schadenersatzansprüche gegenüber der gesuchstellenden Partei nur dann zuständig, wenn sie im laufenden Schiedsgerichtsverfahren geltend gemacht werden. Wird dies unterlassen, so wird hierfür der staatliche Richter zuständig, es sei denn, eine Auslegung der Schiedsvereinbarung ergäbe, dass auch für diese Ansprüche ein Schiedsgericht zuständig ist. Der im zweiten Satz von Absatz 4 verwendete Begriff "Gericht" meint sowohl das Schiedsgericht als auch ein staatliches Gericht.

Auf eine Regelung der örtlichen Zuständigkeit des staatlichen Gerichts kann verzichtet werden, da hierzu Artikel 11 genügt (vgl. die Erläuterungen zu Art. 346 am Ende).

Nicht geregelt werden im Vorentwurf – wie im IPRG – die superprovisorischen vorsorglichen Massnahmen, d.h. die so genannten *ex parte* Verfahren. Solche sind aber auch in Schiedsverfahren zulässig. In Bezug auf das (nachträgliche) rechtliche Gehör kann sich das Schiedsgericht von Artikel 280 Absatz 2 inspirieren lassen, der für die staatlichen Gerichte gilt.

### Art. 365

**Absatz 1** entspricht sowohl Artikel 27 Absatz 1 KSG als auch Artikel 184 Absatz 1 IPRG.

**Absatz 2** geht über Artikel 27 Absatz 2 KSG hinaus, ist von Artikel 184 Absatz 2 IPRG inspiriert und integriert gleichzeitig Artikel 185 IPRG. Der Hinweis in Artikel 184 Absatz 2 IPRG bzw. Artikel 27 Absatz 2 KSG, dass das staatliche Gericht *sein eigenes Recht* anzuwenden hat, wurde hier – weil selbstverständlich – weggelassen (im Gegensatz zu Art. 364 Abs. 2, wo er der Klärung dient). Der Begriff "Beweissmassnahme" wurde durch den auch in Artikel 149 verwendeten Begriff "Beweisabnahme" ersetzt.

**Absatz 3** ist neu und stellt klar, dass auch die Mitglieder des Schiedsgerichtes ein Recht, aber keine Pflicht haben, an Beweisabnahmen und sonstigen gerichtlichen Handlungen teilzunehmen.

### Art. 366

Die **Absätze 1 und 2** sind neu. Sie gestatten – unter gewissen Bedingungen – die aktive und passive, die einfache und notwendige Streitgenossenschaft sowie auch die objektive Klagenhäufung. Durch die Möglichkeit eines Mehrparteienverfahrens wird die Effizienz der Schiedsgerichtsbarkeit gesteigert.

---

<sup>303</sup> Vgl. Lucius Huber, die Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz - Perspektiven und Herausforderungen, in: ZSR Bd. 121 II S. 137 FN 229.

**Absatz 3** übernimmt inhaltlich die Regelung von Artikel 28 KSG.

### Art. 367

**Absatz 1** orientiert sich an den Beispielen in Schiedsgerichtsordnungen verschiedener Handelskammern<sup>304</sup>. Die gewählte Lösung beruht auf der Überlegung, dass es sich bei der Verrechnungseinrede um eine materiellrechtliche Tilgungseinrede handelt, die vom Schiedsgericht unabhängig von der Frage beachtet werden muss, ob die zur Verrechnung gestellte Forderung unter die Schiedsvereinbarung fällt. Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich an den Bedürfnissen der Praxis. Sie setzt der Diskussion ein Ende, ob das Schiedsgerichtsverfahren bis zum Entscheid über die Verrechnungsforderung durch eine andere zuständige Instanz sistiert werden muss, wie dies Artikel 29 KSG zwingend vorschreibt. Damit ist ein wichtiger Kritikpunkt am Konkordat behoben.

Parteien, die in einem Vertrag mit Schiedsklausel die Verrechnungsmöglichkeit ganz oder teilweise (z. B. für Forderungen aus anderen Verträgen) ausschliessen wollen, haben somit einen materiellrechtlichen Verrechnungsverzicht zu vereinbaren. Die Zuständigkeit für den Entscheid über dessen Gültigkeit und Umfang verbleibt dabei beim Schiedsgericht.

**Absatz 2** stellt klar, dass für die Widerklage eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung erforderlich ist. Nach diesem Wortlaut ist die Widerklage auch dann zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch unter eine *andere* Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien fällt. Auf das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs kann verzichtet werden (vgl. demgegenüber Art. 80 Abs. 1 Bst.a).

### Art. 368

Der erste Satz von **Absatz 1** entspricht Artikel 30 Absatz 1 KSG, während der zweite Satz klarstellt, dass Parteivereinbarungen – wie z.B. Honorarordnungen der von den Parteien vereinbarten Schiedsgerichtsordnungen – vom Schiedsgericht zu beachten sind.

Der erste Satz von **Absatz 2** entspricht Artikel 30 Absatz 2 KSG. Der zweite Satz hingegen weicht davon ab: Die nicht säumige Partei hat das Recht, entweder ein neues Schiedsverfahren einzuleiten oder die Gegenpartei vor dem staatlichen Gericht ins Recht zu fassen. Mit dieser Neuerung kann die den Kostenvorschuss nicht bezahlende Partei somit kein Dahinfallen der Schiedsabrede mehr provozieren.

Auf eine Bestimmung über die Sicherstellung der Parteikosten (*cautio iudicatum solvi*) im Bereich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit wird bewusst verzichtet – sie ist nach Auffassung der Expertenkommission unzulässig.

Schliesslich hält Artikel 105 Absatz 2 Buchstabe c fest, dass in Verfahren vor Schiedsgerichten keine unentgeltliche Prozessführung gewährt wird.

---

<sup>304</sup> So Art. 12 Abs. 1 der Tessiner, Art. 29 Abs. 1 der Basler sowie Art. 27 der Zürcher Handelskammer.

## 6. Titel: Schiedsspruch

### Art. 369

Diese Bestimmung ist neu formuliert und übernimmt Elemente von Artikel 31 Absatz 3 KSG sowie Artikel 187 IPRG. Mit dem Verweis auf das Recht, das ein schweizerisches staatliches Gericht anwenden würde, werden unter anderem auch die Kollisionsnormen des IPRG für anwendbar erklärt. Nach diesen sind Rechtswahlklauseln, soweit das IPRG keine Ausnahmen vorsieht, von einem Binnenschiedsgericht zu respektieren.

Mit der Formulierung "Rechtsregeln" wurde die französische Fassung von Artikel 187 IPRG ("règles de droit") übernommen und damit klargestellt, dass ein Schiedsgericht – sofern die Voraussetzungen gegeben sind – auch nicht staatliche Rechtsregeln und allgemeine Rechtsgrundsätze, wie z.B. die Unidroit Principles oder European Principles anwenden kann<sup>305</sup>. Dies dürfte in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit freilich eher selten der Fall sein.

### Art. 370

**Absatz 1** entspricht – redaktionell modifiziert – Artikel 31 Absatz 1 KSG.

**Absatz 2** ist neu und ist von eminenter praktischer Bedeutung, wenn sich ein Schiedsrichter nicht kooperativ zeigt. Verweigert der Präsident die Mitwirkung und können sich die Mitschiedsrichter nicht einigen, so ist das Schiedsgericht neu zu konstituieren.

Die **Absätze 3 und 4** entsprechen inhaltlich im Wesentlichen Artikel 189 Absatz 2 IPRG und geben dem Präsidenten das Recht, wenn keine Stimmenmehrheit zusammenkommt (so etwa, wenn jeder Schiedsrichter eine andere Lösung propagiert), den Schiedsspruch unabhängig von den Meinungen der Mitschiedsrichter zu fällen. Mit dieser Artikel 189 Absatz 2 IPRG entsprechenden Bestimmung 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 378 Buchstabe c ergibt.

### Art. 371

Diese Bestimmung ist teilweise anders als Artikel 32 KSG und Artikel 188 IPRG formuliert, will aber an der zu diesen Artikeln ergangenen bewährten Praxis nichts ändern<sup>306</sup>. Dies stellt auch der um den Begriff "Zwischenschiedssprüche" ergänzte Titel klar. So können auch Vorfragen (z.B. Abweisung der Verjährungseinrede oder Bejahung der grundsätzlichen Haftbarkeit einer Partei) in einem Zwischenschiedsspruch entschieden werden<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> vgl. BSK-Pierre A. Karrer, Art. 187 IPRG N 60-72.

<sup>306</sup> Vgl. Rüede/Hadenfeldt, S. 286 ff.

<sup>307</sup> BSK-Markus Wirth, Art. 188 IPRG N 7 und 18.



## Art. 372

**Absatz 1** entspricht im Wesentlichen Artikel 33 Absatz 1 KSG.

Im Gegensatz zu Artikel 127 Buchstabe h wird für Schiedssprüche – in Rücksichtnahme auf Laienschiedsgerichte und die bisherige Praxis – keine Rechtsmittelbelehrung vorgeschrieben. Artikel 372 hat nur den minimalen Inhalt eines Schiedsspruches zum Gegenstand. Die Aufnahme einer Minderheitsmeinung ("dissenting opinion") in den Schiedsspruch wäre somit zulässig.

**Absatz 2** weicht insofern von Artikel 33 Absatz 2 Satz 1 KSG ab, als er auch Fälle abdeckt, in denen der Schiedsspruch von den Schiedsrichtern nicht am angegebenen Tag und nicht am Ort des Sitzes unterzeichnet wird: Die Geltendmachung eines diesbezüglichen Verfahrensmangels ist ausgeschlossen.

**Absatz 3** entspricht Artikel 33 Absatz 2 Satz 2 KSG, ist jedoch präziser. Der Schiedsspruch ist von den Mitgliedern des Schiedsgerichtes zu unterzeichnen, wobei das Fehlen der Unterschrift nicht nur für eine verweigernde, sondern neu auch für eine verhinderte Minderheit zugelassen wird.

## Art. 373

Diese Bestimmung geht wie der ähnlich lautende Artikel 34 KSG davon aus, dass im Falle eines Vergleichs, sofern die Parteien nichts anderes festlegen, ein Schiedsspruch mit vereinbartem Inhalt erlassen wird<sup>308</sup>. Dazu inkorporiert das Schiedsgericht den streiterledigenden Teil des Vergleichs ins Dispositiv des Schiedsspruches oder verpflichtet die Parteien, den Vergleich zu erfüllen. Der in Artikel 373 neu verlangte Antrag besagt nur, dass beide Parteien das Schiedsgericht über die Einigung zu orientieren haben. Die Formulierungen "erledigen die Parteien" bzw. "les parties mettent fin au litige" bringen zum Ausdruck, dass auch die Streiterledigung durch Klagerückzug oder Klageanerkennung als Einigung gilt. Deshalb ist auch das Vorliegen einer Klageanerkennung oder eines Klagerückzuges – wie unter dem Konkordat – in einem Schiedsspruch festzustellen<sup>309</sup>.

Wenn statt eines Schiedsspruches lediglich eine Abschreibungsverfügung<sup>310</sup> zu erlassen ist, so haben die Parteien dies im Vergleichstext festzuhalten oder entsprechende gleichlautende Anträge an das Schiedsgericht zu stellen. In diesem Fall ist das Verfahren *als durch Vergleich erledigt* abzuschreiben. Geht die Prozess erledigungsart aus dem Erledigungsentscheid nicht hervor, so ist die Auslegungsfrage, ob ein Schiedsspruch mit vereinbartem Inhalt oder eine Erledigungsverfügung vorliegt, allenfalls vom Vollstreckungsrichter zu entscheiden. Der Unterschied besteht darin, dass eine blosse Erledigungsverfügung nicht vollstreckt werden kann. Dies ist vor allem dann wichtig, wenn der Vergleich in der Zukunft liegende Leistungen vorsieht<sup>311</sup>.

<sup>308</sup> Vgl. Nater-Bass, S. 427 ff., insb. S. 429.

<sup>309</sup> Vgl. Rüede/Hadenfeldt, S. 272.

<sup>310</sup> Zu beachten ist allerdings, dass nach der Terminologie des Vorentwurfes unter dem Oberbegriff "Endentscheid" nur noch zwischen Sachentscheiden und den im Falle eines Nichteintretens zu erlassenden Prozessentscheiden unterschieden wird und dass die in einzelnen Kantonen verwendete Unterscheidung zwischen Urteil, Beschluss und Verfügung nicht übernommen wurde (vgl. die Sprachregelung in Art. 228 und die dortigen Erläuterungen).

<sup>311</sup> Vgl. Nater-Bass, S. 431.

**Art. 374**

**Absatz 1** ist neu und ersetzt die in Artikel 35 Absätze 1-4 KSG vorgesehene Zustellung durch die Hinterlegungsbehörde. Damit wird einem weiteren Kritikpunkt am Konkordat Rechnung getragen.

Absätze 2 und 3 entsprechen inhaltlich Artikel 193 Absätze 1 und 2 IPRG, wobei **Absatz 2** klarstellt, dass es sich um eine Kann-Vorschrift handelt und deshalb die Hinterlegung des Schiedsspruches keine Voraussetzung für seine Vollstreckung innerhalb der Schweiz darstellt. Mit dieser Klarstellung erübrigt sich auch eine Übernahme von Artikel 193 Absatz 3 IPRG.

**Absatz 3** ersetzt in einfacher Form die komplizierte Vorschrift von Artikel 44 KSG. Wird Beschwerde erhoben oder ein Revisionsverfahren eingeleitet, so obliegt es dem zuständigen staatlichen Gericht, die Vollstreckbarkeit aufzuschieben (Art. 381 i.V.m. 316, Art. 387 i.V.m. 321). Da gemäss Artikel 346 Absatz 1 das gleiche staatliche Gericht für diese Rechtsmittelverfahren und für die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit zuständig ist, besteht keine Gefahr widersprüchlicher Entscheide.

**Art. 375**

Diese Bestimmung ist neu. Sie geht über die knappe Formulierung von Artikel 190 Absatz 1 IPRG insofern hinaus, als sie zwischen Vollstreckbarkeit und Rechtskraft unterscheidet. In beiden aber ist der Schiedsspruch einem staatlichen Gerichtsentscheid gleichgestellt. Aus Artikel 190 Absatz 1 IPRG wird sodann der Begriff "Eröffnung" übernommen. Damit wird klargestellt, dass für Rechtskraft und Vollstreckbarkeit bereits eine mündliche Eröffnung genügt.

**Art. 376**

Diese Bestimmung ist neu. Da Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung Rechtsbehelfe und nicht eigentliche Rechtsmittel sind, wurde sie in den Titel über den Schiedsspruch und nicht bei den Rechtsmitteln eingefügt. Die Bestimmung ist von Artikel 33 Modellgesetz inspiriert und weicht von der entsprechenden Regelung für staatliche Gerichtsverfahren bewusst ab (vgl. Art. 324). Das Konkordat gestattet Erläuterung und Ergänzung nur im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nach Artikel 36 Buchstabe h KSG, nicht aber als eigenen Rechtsbehelf<sup>312</sup>. Nach dem Vorentwurf kann so beispielsweise eine fehlende Begründung direkt vom Schiedsgericht verlangt werden.

**Absatz 1** übernimmt die in Artikel 33 Modellgesetz aufgeführten Gründe und schliesst daher – im Gegensatz zu Artikel 324 – auch die Möglichkeit einer Ergänzung des Schiedsspruches mit ein. Der in Buchstabe a verwendete Begriff "Redaktionsfehler" umfasst auch die im Modellgesetz erwähnten *Schreib- und Druckfehler oder Fehler ähnlicher Art*.

**Absatz 2** bestimmt den Beginn der 30-tägigen Frist flexibler als Artikel 14 des Modellgesetzes, um diesen Rechtsbehelf auch nach Ablauf der Beschwerdefrist gemäss Artikel 380 zu ermöglichen.

---

<sup>312</sup> Vgl. etwa BGE 110 Ia 123.

**Absatz 3** ist neu und hält fest, dass der Rechtsbehelf allenfalls noch laufende Rechtsmittelfristen nicht hemmt. Er stellt ferner sicher, dass einer durch den berichtigten, erläuterten oder ergänzten Schiedsspruch beschwerten Partei bezüglich dieser Änderung des Schiedsspruches (nicht aber gegen die übrigen Teile) erneut Beschwerde oder Revision offen steht<sup>313</sup>.

Nicht übernommen wurde Artikel 34 Absatz 4 Modellgesetz betreffend die *ex officio* Berichtigung 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. Ebenfalls nicht übernommen wurde Artikel 34 Absatz 5 Modellgesetz betreffend die Form von Berichtigungs-, Erläuterungs- oder Ergänzungsentscheiden. Damit wird es der Praxis überlassen, im Einzelfall das Geeignete vorzukehren. Bei einfachen Redaktionsfehlern wie z.B. bei der Verwechslung von Parteibezeichnungen (*Klägerin* statt *Beklagte*) mag ein Brief des Schiedsgerichts oder seines Präsidenten genügen.

## 7. Titel: Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch

### *Vorbemerkungen*

Der 7. Titel ist wie der 7. Abschnitt des Konkordats den Rechtsmitteln gegen Schiedssprüche gewidmet. Bereits der Titel macht deutlich, dass prozessleitende Beschlüsse und Verfügungen des Schiedsgerichts nicht als solche angefochten, sondern höchstens in einer Beschwerde gegen den Endentscheid gerügt werden können. Nicht Gegenstand dieses Titels sind die Rechtsmittel gegen Entscheide staatlicher Gerichte (Art. 346).

Angesichts der heutigen Kritik an der zweistufigen Rechtsmittelkontrolle des Konkordats diskutierte die Expertenkommission die Frage der direkten Beschwerde an das Bundesgericht (nach dem Vorbild von Art. 190 IPRG für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit). Sie sieht jedoch davon ab, weil dies einem zentralen Anliegen der Justizreform – der Entlastung des Bundesgerichts – zuwiderlaufen würde. Ohnehin wäre *sedes materiae* einer direkten Beschwerde nicht die Zivilprozessordnung, sondern das künftige BGG. Die Expertenkommission geht deshalb davon aus, dass das BGG – nebst seinem Verweis auf Artikel 190-192 IPRG (vgl. Art. 71 BGG) – auch auf den Katalog in Artikel 378 zu verweisen haben wird. Es wird daher entsprechend anzupassen sein.

Die Expertenkommission diskutierte auch die Frage eines Verzichtes der Parteien auf das Rechtsmittel. Dabei stand namentlich zur Debatte, ob sie – wie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 192 Abs. 1 IPRG) – auf jegliches Rechtsmittel oder bloss auf die Weiterziehung an das Bundesgericht verzichten dürfen. Weil aber auch wenig erfahrene Parteien Binnenschiedsvereinbarungen abschliessen, wird die Möglichkeit eines generellen Rechtsmittelverzichtes abgelehnt. Der Vorentwurf sieht daher nur einen Verzicht auf die Weiterziehung an das Bundesgericht vor (Art. 384).

---

<sup>313</sup> Vgl. dazu in ähnlichem Zusammenhang Poudret, Art. 57 OG N 4.3 und BGE 125 III 526 Erw. 1b.

## 1. Kapitel: Die Beschwerde

### Art. 377

Da der Vorentwurf den Begriff "Nichtigkeitsbeschwerde" (vgl. Art. 36 KSG) nicht kennt, wird das neue Rechtsmittel schlicht "Beschwerde" genannt. Die Bestimmung definiert die anfechtbaren Schiedssprüche (vgl. hierzu auch die Erläuterungen zu Art. 346).

### Art. 378

Der Vorentwurf formuliert in den **Buchstaben a-d** die Beschwerdegründe gleich wie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (vgl. Art. 190 Abs. 2 Bst. a-d IPRG) – von einer gesetzestechnisch bedingten Änderung in Buchstabe a abgesehen. Diese Beschwerdegründe entsprechen im Wesentlichen auch den Beschwerdegründen nach Konkordat (vgl. Art. 36 Bst. a-e KSG).

**Buchstabe e** hält an der heutigen Willkürbeschwerde grundsätzlich fest (vgl. Art. 36 Bst. f. KSG), was in der Expertenkommission umstritten war. Der Vorentwurf präzisiert, dass dieser Beschwerdegrund nur geltend gemacht werden kann, wenn der Schiedsspruch *im Ergebnis willkürlich ist*. Damit wird – entsprechend der bisherigen Praxis – signalisiert, dass die Willkürprüfung immer resultatsbezogen zu erfolgen hat, die Beschwerdeinstanz also keine Berufungsinstanz ist<sup>314</sup>. Der Beschwerdeführer hat geltend zu machen, dass der Schiedsspruch aus einem der aufgeführten Gründe im Ergebnis offenbar unhaltbar, d.h. mit sachlichen Gründen nicht vertretbar ist.

**Buchstabe f** entspricht Artikel 36 Buchstabe i KSG, ergänzt durch den Hinweis, dass dieser Beschwerdegrund auch für offensichtlich übersetzte Auslagen zur Anwendung kommt. Für die zugesprochenen Parteientschädigungen gilt diese Bestimmung jedoch nicht: Diese können wie bis anhin mit der Willkürbeschwerde angefochten werden.

Nicht ausdrücklich zu übernehmen waren die Anfechtungsgründe des Ablaufs der Amtsdauer des Schiedsgerichts sowie der Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Inhaltes des Schiedsspruches bzw. seiner Unverständlichkeit oder Widersprüchlichkeit (Art. 36 Bst. g und h KSG). Nach Ablauf der Amtsdauer kann das Schiedsgericht gar kein vollstreckbares Urteil mehr erlassen. Sodann kann die Verletzung der Inhaltsvorschriften mit dem Behelf nach Artikel 376 korrigiert werden.

### Art. 379

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 37 Absatz 2 KSG.

### Art. 380

Diese Bestimmung weicht von Artikel 37 Absatz 1 KSG ab. Einerseits stellt sie klar, dass die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzu legen ist, und andererseits legt sie die Beschwerdefrist auf zwanzig Tage fest – gleich wie eine Beschwerde gegen ein staatliches Urteil.

---

<sup>314</sup> Vgl. BGE 112 Ia 172 und Rüede/Hadenfeldt S. 345 sowie Poudret in SJK 464c S. 4.

**Art. 381**

Diese Bestimmung verweist auf den übrigen Teil der Schweizerischen Zivilprozessordnung, indem sie die einschlägigen Verfahrensbestimmungen der Beschwerde anwendbar erklärt (Art. 313-317 über die Begründungslast, die Beschwerdeantwort, die Unzulässigkeit der Anschlussbeschwerde, die aufschiebende Wirkung und den Ausschluss neuer Anträge, Tatsachen und Beweismittel). Neben Artikel 387 ist dies die einzige Verweisungsnorm auf das Verfahren vor staatlichen Gerichten. Artikel 316 betreffend die aufschiebende Wirkung tritt an die Stelle von Artikel 38 KSG und gestattet der Rechtsmittelinstanz, die aufschiebende Wirkung nötigenfalls nur gegen Anordnung sichernder Massnahmen oder einer Sicherstellung zu gewähren.

**Art. 382**

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 einer Aufhebung gemäss Artikel 383 abzusehen. Auch die Rechtsmittelinstanz kann somit im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdegründe eine Berichtigung, Erläuterung oder Ergänzung des Schiedsspruches verlangen, wenn dies nicht bereits die Parteien fristgerecht getan haben (Art. 376).

**Art. 383**

**Absatz 1** entspricht, von einer begrifflichen Anpassung abgesehen, Artikel 40 Absatz 1 KSG.

**Absatz 2** entspricht dem ersten Satzteil von Artikel 40 Absatz 4 KSG. Doch wird präzisiert, dass das Schiedsgericht aufgrund der Erwägungen im Rückweisungsentscheid der Rechtsmittelinstanz zu entscheiden hat.

**Absatz 3** entspricht Artikel 40 Absatz 2 KSG.

**Absatz 4** entspricht inhaltlich Artikel 40 Absatz 3 KSG, ist aber als Kann-Vorschrift formuliert. Somit liegt es im Ermessen 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).

**Art. 384**

Der Verzicht auf die Beschwerde an das Bundesgericht erfordert – wie nach Artikel 192 Absatz 1 IPRG – eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung selbst oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft. Dabei haben die Parteien *ihren Verzichtswillen klar zum Ausdruck zu bringen, indem sie auf das Rechtsmittel Bezug nehmen und darauf verzichten*<sup>315</sup>. Nicht genügend sind daher Formulierungen wie "sans appel" und "final and binding" sowie Verweise auf Verfahrensbestimmun-

---

<sup>315</sup> BGE 116 II 640.

gen, die – wie z.B. Artikel 28(6) der ICC Regeln – Schiedssprüche für endgültig oder verbindlich erklären.

## **2. Kapitel: Revision**

### **Art. 385**

Die Revisionsgründe entsprechen denjenigen für das staatliche Verfahren (vgl. Art. 319). Danach kann neu die Revision eines Schiedsspruches auch dann verlangt werden, wenn die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der schiedsgerichtliche Vergleich zivilrechtlich unwirksam ist. Nach dem Wortlaut von Artikel 385 setzt dies jedoch voraus, dass der Prozess durch einen Schiedsspruch und nicht durch eine bloße Abschreibungsverfügung erledigt wird (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 373).

### **Art. 386**

Die absolute Frist für die Revision eines Schiedsspruches weicht von derjenigen bei Entscheiden staatlicher Gerichte ab (Art. 320). Sie beträgt nur fünf Jahre, weil Schiedsgerichte danach nur unter grossen Schwierigkeiten in der gleichen Zusammensetzung amten könnten. Diese absolute Frist gilt selbst bei Einwirkung auf den Schiedsspruch durch Verbrechen und Vergehen. Daher wird die geltende absolute Frist nach Artikel 42 KSG beibehalten. Die relative Frist hingegen beträgt neu drei Monate.

### **Art. 387**

Infolge des Verweises auf Artikel 321 gilt für die aufschiebende Wirkung die gleiche Regelung wie bei einer Revision eines staatlichen Verfahrens.

### **Art. 388**

**Absatz 1** entspricht inhaltlich Artikel 43 Absatz 1 KSG.

**Absatz 2** entspricht Artikel 43 Absatz 2 KSG, bestimmt aber neu, dass die Ersatzernennung nicht mehr – wie der Wortlaut des Konkordates nahelegte – zwingend durch ein staatliches Gericht, sondern nach der die Parteiautonomie respektierenden Regel von Artikel 361 zu erfolgen hat. Damit ist auch der Fall abgedeckt, dass alle Mitglieder des Schiedsgerichts zu ersetzen sind, weshalb sich eine Übernahme von Artikel 43 Absatz 3 KSG erübrigt.

## Übergangsbestimmungen

### *Vorbemerkung*

Die Übergangsbestimmungen entsprechen der Bundesgerichtspraxis zum Übergangsrecht des IPRG bzw. den Vorschlägen der Lehre<sup>316</sup>.

### **Art. 394**

**Absatz 1** bestimmt, dass für die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen das günstigere Recht zur Anwendung kommt.

**Absatz 2** regelt, dass auf die bei Inkrafttreten bereits rechtshängigen Schiedsgerichtsverfahren das bisherige Recht zur Anwendung kommt. Die Parteien können jedoch die Anwendung des neuen Rechts vereinbaren.

**Absatz 3** klärt schliesslich, dass auch für bereits hängige staatliche Hilfsverfahren (z.B. Ernennungs- oder Ablehnungsverfahren, Mitwirkungsverfahren nach Art. 365) das bisherige Recht gilt. Neues Recht hingegen kommt etwa für ein nach Inkrafttreten eingeleitetes Ablehnungsverfahren gegen einen Schiedsrichter zur Anwendung, und zwar selbst dann, wenn das Schiedsverfahren vor Inkrafttreten hängig wurde.

Besonderes gilt für die Rechtsbehelfe gegen Schiedssprüche. Für das anwendbare Prozessrecht ist der Zeitpunkt der Zustellung des Schiedsspruchs, nicht etwa des Ergreifens des Rechtsbehelfs massgebend. Erfolgte die Zustellung vor Inkrafttreten, gilt das alte Recht, sonst das neue.

### **Anpassungen des IPRG (Anhang Ziff. 17)**

#### **Art. 109 Abs. 2 und 129 Abs. 3**

Die Artikel 109 Absatz 2 und 129 Absatz 3 IPRG sehen für Streitigkeiten betreffend Immaterialgüterrechte und aus unerlaubter Handlung die Möglichkeit vor, dass gegen mehrere Personen vor einem einzigen Gericht Klage erhoben werden kann, soweit für jede einzelne Klage ein Gerichtsstand in Schweiz gegeben ist. Mit der Streichung dieser Absätze und angesichts von Artikel 1 Absatz 2 wird für internationale Streitigkeiten ein allgemeiner Gerichtsstand der Streitgenossenschaft geschaffen, wenn die internationale Zuständigkeit der Schweiz für jede einzelne Klage (gemäss IPRG oder einem internationalen Übereinkommen) gegeben ist. In einem solchen Fall ist Artikel 13 Absatz 1 des Vorentwurfes anzuwenden. Das gleiche gilt für die Artikel 13 Absatz 2 und Artikel 117, wenn alle Klagen in der Schweiz erhoben werden können.

#### **Art. 176 Abs. 2**

Das so genannte Opting out spielte in der Praxis keine Rolle. Es kann daher aufgehoben werden.

---

<sup>316</sup> Vgl. 115 II 97 und 115 II 290; BSK-Monique Jametti Greiner/Thomas Geiser N 64 ff. zu 196 IPRG.

**Art. 179 Abs. 2**

Der Verweis auf das kantonale Recht wird durch einen Verweis auf die Schweizerische Zivilprozessordnung ersetzt.

**Art. 191 Abs. 2**

Die Möglichkeit, anstelle des Bundesgerichtes das kantonale Gericht am Sitz des Schiedsgerichtes über Beschwerden nach Artikel 190 IPRG entscheiden zu lassen, wurde in der Praxis selten gewählt<sup>317</sup>. Die Bestimmung kann daher aufgehoben werden.

---

<sup>317</sup> Für einen der höchst seltenen Ausnahmefälle vgl. BGE 116 II 728, wo eine vertragliche Klausel vom kantonalen Gericht so interpretiert wurde (SZIER 2000, S 613).



## Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen

AJP	Aktuelle juristische Praxis
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrates
AS	Amtliche Sammlung
ASA	Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
AVG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz); SR 823.11
Aufl.	Auflage
BBI	Bundesblatt
Bd.	Band
BGBB	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht; SR 221.412.11
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; amtl. Sammlung
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz); SR 935.61
BGG	Bundesgesetz vom 28. Februar 2001 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz); Botschaft: BBI 2001 4202 ff.; Entwurf: BBI 2001 4480 ff.
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101
BZP	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess; SR 273
DesG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design (Designgesetz); SR 232.12
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz; SR 235.1
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1977
EG	Einführungsgesetz
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101

Erw.	Erwägung
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
FN	Fussnote
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz); Botschaft: BBI 2000 4337 ff.; Entwurf: BBI 2000 4531 ff.
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz); SR 272
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz); SR 151.1
GVG/ZH	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 des Kantons Zürich
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht; SR 291
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz); SR 251
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983; SR 732.44
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969; SR 279
LPG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht; SR 221.213.2
LugÜ	Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; SR 0.275.11
Mitwirkungsgesetz	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Betrieben; SR 822.14
mp	Mietrechtspraxis, Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MSchG	Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz); SR 232.11
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote, Note
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz); SR 173.110

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil; Obligationenrecht); SR 220
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz); SR 232.14
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSG	Bundesgesetz vom 20. März 1975 über den Schutz von Pflanzensorten (Sortenschutzgesetz); SR 232.16
Sten Bull NR	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
ToG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (Topographien-gesetz); SR 231.2
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz); SR 231.1
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb; SR 241
VE	Vorentwurf
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag; SR 221.229.1
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210
ZHK	Zürcher Kommentar
ZPO/AG	Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984
ZPO/BE	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918
ZPO/BS	Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 1875

ZPO/FR	Zivilprozessordnung des Kantons Freiburg vom 28. April 1953
ZPO/GE	Code de procédure civile du canton de Genève vom 10. April 1987
ZPO/GR	Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1. Dezember 1985
ZPO/LU	Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern vom 27. Juni 1994
ZPO/SG	Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Dezember 1990
ZPO/TH	Gesetz über die Zivilrechtspflege des Kantons Thurgau vom 6. Juli 1988
ZPO/TI	Codice di procedura civile vom 17. Februar 1971
ZPO/UR	Zivilprozessordnung des Kantons Uri vom 23. März 1994
ZPO/VD	Code de procédure civile du Canton de Vaud vom 14. Dezember 1966
ZPO/VS	Zivilprozessordnung des Kantons Wallis vom 24. März 1988
ZPO/ZH	Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Literaturangaben

*Die nachfolgenden Werke werden nur mit dem Namen des Verfassers und falls notwendig mit einem Stichwort zitiert. Der Berner Kommentar (BK), der Basler Kommentar (BSK) sowie der Zürcher Kommentar (ZHK) werden mit dem Namen des Bearbeiters unter Angabe des jeweiligen Gesetzes und des Kürzels zitiert (z.B. BK-Fabio Soldati, Art. 8 GestG N 7).*

Amonn/Gasser	Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997
Bertossa/Gaillard/Guyet	Bernard Bertossa/Louis Gaillard/Jacques Guyet, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genf 1989-
Brönnimann	Jürgen Brönnimann, Verfassungsrechtliche Probleme des einfachen und raschen Verfahrens, ZSR 1989, S. 351 ff.
Bühler, Prozessarmut	Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), vgl. dort
Bühler/Edelmann/Killer	Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998
Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari	Hermann Bürgi/Kaspar Schläpfer/Matthias Hotz/Carlo Parolari, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zürich 2000
Cocchi/Trezzini	Bruno Cocchi/Francesco Trezzini, Codice di Procedura Civile ticinese, 2 Aufl., Lugano 2000
Dahlmanns	Gerhard Dahlmanns, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Bd./ 2. Teilband, Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, Helmut Coing (Hrsg.), München 1982
Deschenaux, SPR II	Henri Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 1 ff., Basel und Stuttgart 1967
Deschenaux/Castella	Henri Deschenaux/Jean Castella, La nouvelle procédure civile fribourgeoise, Fribourg 1960
Donzallaz	Yves Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001
Ehrenzeller	Max Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A. Rh., Herisau 1988

- Eichenberger Kurt Eichenberger, Zivilrechtspflege des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1987
- Frank/Sträuli/Messmer Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, mit Ergänzungsband, Zürich 2000
- Fux Roland Fux, Die Walliser Zivilprozessordnung, Leuk 1988
- Gmür Roland Gmür, Kündigungsschutz - Prozessuales rund um den "Entscheid" der Schlichtungsbehörde, mp 1990, S. 125 ff.
- Guldener Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- Güngerich Andreas Güngerich, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000
- Habscheid, Hrsg. Walther Habscheid (Hrsg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen, Bielefeld 1991
- Habscheid, Zivilprozessrecht Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990
- Hagger Walter Hagger, Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss., Zürich 1982
- Hangartner Yvo Hangartner (Hrsg.), Das st. gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991
- Hauser/Schweri Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002
- Hess-Blumer Andri Hess-Blumer, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, Zürich 2001
- Hohl, Procédure civile I Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2001
- Hohl, Réalisation Fabienne Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994
- Huber Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4 Bände, Basel 1886-1893
- Jolidon Pierre Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984

- Keller/Stampfli Walter Keller/Raoul Stampfli, Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn mit Praxis des Obergerichts, Bern 1999
- Kellerhals/v. Werdt/Güngerich Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bern 2001
- Kummer Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984
- Lalive/Poudret/Reymond Pierre Lalive/Jean François Poudret/Claude Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1988
- Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000
- Leuenberger, Streiterledigung Christoph Leuenberger, Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil: Modell eines einfachen und raschen Verfahrens, in: Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991
- Leuenberger, Gerichtsstände Vereinheitlichte Gerichtsstände - Unterschiede bei der Rechtshängigkeit, in: Karl Spühler (Hrsg.), Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Europa Institut Zürich, Bd. 31, Zürich 2000, S. 25 ff.
- Leuenberger/Pfister-Liechti Christoph Leuenberger/Renate Pfister-Liechti, Das Gerichtsstandsgesetz/La loi sur les fors, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter (SWR), Bd. 2, Bern 2001
- Leuenberger/Uffer-Tobler Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999
- Meier Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983
- Mermoud Jean-René H. Mermoud, Loi de procédure civile genevoise annotée, Genève 1988
- Müller/Wirth Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001
- Nater-Bass Gabrielle Nater-Bass, Praktische Aspekte des Vergleichs in Schiedsgerichtsverfahren, ASA Bulletin Vol. 2 N 3 (2002)

- Nay Giuseppe Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, Chur 1986
- Notter Andreas B. Notter, Vollstreckbare öffentliche Urkunden, ZGBR 74, S. 84 ff.
- Poudret Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. II (Art. 41-74), Berne 1990, Vol. V (Art. 136-171), Berne 1992
- Poudret/Sandoz-Monod Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990-1992
- Poudret/Wurzburger/Haldy Jean-François Poudret/Alain Wurzburger/Jacques Haldy, Procédure civile vaudoise, 2. Aufl., Lausanne 1996
- Poudret/Haldy/Tappy Jean-François Poudret/Jacques Haldy/Denis Tappy, Procédure civile vaudoise, 3. Aufl., Lausanne 2002
- Reusser Ruth Reusser, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 9 ff.
- Riemer Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 1997
- Rohner Christoph Rohner, Klageänderung, AJP/PJA 2001, S. 7 ff.
- Rüede/Hadenfeldt Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993
- Schöbi (Hrsg.) Fragebogen/Questionnaire, in: Christian Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Schriften der Stiftung für Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR, Band 3, Bern 2001
- Schüpbach Henri-Robert Schüpbach, Traité de procédure civile, Zürich 1995
- Schurter/Fritzsche, Bd. I Emil Schurter/Hans Fritzsche, Das Zivilprozessrecht des Bundes, Zürich 1924
- Schurter/Fritzsche, Bd. II/1 Emil Schurter/Hans Fritzsche, Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Zürich 1931
- Schurter/Fritzsche, Bd. II/2 Emil Schurter/Hans Fritzsche, Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte, Zürich 1933



- Schweighauser Jonas Schweighauser, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Basel/Genf/München 2000
- Spühler/Reetz, Kautionen Karl Spühler/Peter Reetz, Voraussetzungen und Höhe von Kautionen, in: Schöbi (Hrsg.), vgl. dort
- Spühler/Reetz/Vock/Graham Karl Spühler/Peter Reetz/Dominik Vock/Barbara Graham-Siegenthaler, Neuerungen im Zivilprozess, Zürich 2000
- Spühler/Tenchio/Infanger Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001
- Spühler/Vock, GestG Karl Spühler/Dominik Vock, Gerichtsstandsgesetz, Gesetzesausgabe mit Anmerkungen, Zürich 2000
- Spühler/Vock, Rechtsmittel Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999
- Staehelin Adrian Staehelin, Die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften über konsumentenrechtliche Streitigkeiten - ein Überblick, in: Isaak Meier et al. (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 125 ff.
- Staehelin/Sutter Adrian Staehelin/Thomas Sutter, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992
- Stein Friedrich Stein, in: Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleichung, Gesetzesreform. Die Reform des Zivilprozesses, Mannheim/Berlin/Leipzig 1992
- Sterchi Martin Sterchi, Gerichts- und Parteikosten im Zivilprozess, in: Schöbi (Hrsg.), vgl. dort
- Storme Marcel Storme, Im Westen viel Neues - Justizreform in Belgien, Zeitschrift für Zivilprozess International, 1999, S. 117 ff.
- Studer/Rüegg/Eiholzer Urs W. Studer/Victor Rüegg/Heiner Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994
- Stürner Rolf Stürner, in: Habscheid (Hrsg.), Das Deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen - von Deutschland aus gesehen, Bielefeld 1991, S. 3 ff.
- Sutter, Parteianhörung Thomas Sutter, Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, ZZP 2000, S. 327 ff.

- Sutter, Überlegungen  
Thomas Sutter, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Helvetisches Zivilprozessrecht, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 31, Basel/Genf/München 1999, S. 32 ff.
- Sutter, Weg zur Rechtseinheit  
Thomas Sutter, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998
- Sutter/Freiburghaus  
Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999
- Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo  
Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Alexandra Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002
- Vogel, Säumnis  
Oscar Vogel, Kein Rechtsverlust mehr durch prozessuale Säumnis, recht 1993, S. 182 ff.
- Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht  
Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7., nachgeführte Aufl., Bern 2001
- Walder  
Hans Ulrich Walder, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996
- Walter  
Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1997
- Wegmann  
Paul Wegmann, Gedanken zur Bedeutung der aufschiebenden Wirkung in Zivilsachen, in: Festschrift von Castelberg, Zürich 1997
- Weibel/Rutz  
Heinrich Weibel/Magdalena Rutz, Gerichtspraxis zur basellandschaftlichen Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Liestal 1986
- Witschi  
Christian Witschi, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 50 Lugano-Übereinkommen in der Schweiz, Diss., Bern 2000
- Würzburger  
Alain Würzburger, De la constitutionnalité des émoluments judiciaires en matière civile, in: Festschrift für Jean-François Poudret, Lausanne 1999
- Zürcher  
Johann Jakob Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Zürich 1998