

Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen*

von Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Universität Basel

A. Die Verfahrensgrundsätze (Übersicht)

Jede Zivilprozessordnung wird durch die jeweilige Ausgestaltung der zentralen Verfahrensmaximen geprägt. Sie bestimmen die Prozessrechtskultur und sind der Grund, weshalb Zivilprozesse in Basel, Bern, Genf oder Zürich so verschieden ablaufen. Im Detail steckt gewissermassen der Teufel. Genau so verhält es sich auch mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung. Sie enthält alle die Verfahrensprinzipien, die bereits heute juristisches Allgemeingut sind. Die konkrete Ausgestaltung dieser Verfahrensgrundsätze wird jedoch für viele Anwältinnen und Anwälte neu sein, weil die Schweizerische Zivilprozessordnung die Akzente allenfalls anders setzt, als man dies bislang gewohnt war.

Der Gesetzesentwurf in der Fassung des Beschlusses des Ständerates vom 21. Juni 2007 regelt die Verfahrensgrundsätze zunächst unter den allgemeinen Bestimmungen im dritten Titel in den Art. 50–56 E ZPO. Die Regelung der Verfahrensgrundsätze im allgemeinen Teil ist aber aus verschiedenen Gründen nicht vollständig, weil sowohl hinsichtlich der *Dispositionen* (Art. 56 Abs. 2 E ZPO) als auch der *Verhandlungsmaxime* (Art. 53 Abs. 2 E ZPO) *ergänzende und präzisierende Vorschriften* gelten, die sich an anderer Stelle der Prozessordnung finden.

Die jeweilige Ausgestaltung der *Eventualmaxime* findet sich zwangsläufig nicht im allgemeinen Teil. Sondern die Konkretisierung dieser Verfahrensmaxime erfolgt jeweils *bei den einzelnen Verfahrensarten* sowie bei den *Vorschriften über die Rechtsmittel*.

Neben den bereits genannten Prozessmaximen sieht der Entwurf weiter folgende Verfahrensgrundsätze vor:

- Handeln nach Treu und Glauben (Art. 50 E ZPO)
- Rechtliches Gehör (Art. 51 E ZPO)
- Öffentlichkeit des Verfahrens (Art. 52 E ZPO)
- Gerichtliche Fragepflicht (Art. 54 E ZPO)
- Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 55 E ZPO).

B. Die Verfahrensmaximen im Einzelnen

I. Systematik

Die Reihenfolge des Gesetzesentwurfs ist wenig schlüssig, wird doch der für den ordentlichen Zivilprozess zentralste Verfahrensgrundsatz, der Dispo-

sitionsgrundsatz, erst am Schluss geregelt (Art. 56 E ZPO). Zudem bezieht sich die gerichtliche Fragepflicht (Art. 54 E ZPO) nicht nur auf den Sachverhalt, sondern auch auf die Rechtsbegehren.

II. Verfassungsverfahrensgrundsätze

Verschiedenen Verfahrensgrundsätzen des Entwurfs zur Schweizerischen ZPO kommt im Grunde genommen keine eigenständige Bedeutung zu, weil es sich um Wiederholungen von verfassungsrechtlichen Prinzipien handelt, die bereits heute im Zivilprozess zur Anwendung kommen:

1. Handeln nach Treu und Glauben (Art. 50 E ZPO)

Art. 50 E ZPO schreibt vor, dass alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln haben. Soweit es um die *Richter und Richterinnen* des konkreten Verfahrens geht, ergibt sich das Gebot der Wahrung von Treu und Glauben bereits aus Art. 9 BV¹. Klargestellt wird jedoch, dass das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB auch im Zivilprozess gilt. In seiner neueren Rechtsprechung ging das Bundesgericht indessen bereits von der Geltung des Gebots von Treu und Glauben im Zivilprozess aus². Allerdings sind der Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbot im Zivilprozessrecht enge Grenzen gesetzt, namentlich was das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln betrifft, weil das Verfahrensrecht dafür mit den Grundsätzen der Eventualmaxime und der Belastung für unnötig verursachte Kosten eigene Regeln vorsieht³.

2. Rechtliches Gehör (Art. 51 E ZPO)

Die Bundesverfassung garantiert in Art. 29 Abs. 2 BV⁴ das rechtliche Gehör, so dass Art. 51 Abs. 1 E ZPO eine blosse Wiederholung des Wortlauts der genannten Verfassungsbestimmung ohne selbständigen Gehalt darstellt. Art. 51 Abs. 2 E ZPO betreffend Anspruch auf Akteneinsicht ist eine beispielhafte Konkretisierung des bestehenden Gehörsanspruchs⁵. Nicht erwähnt ist jedoch das sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergebende Prinzip, dass jede Parteieingabe der Gegenpartei zur Kenntnis zu bringen ist⁶. Teilaspekte des rechtlichen Gehörs finden sich im jeweiligen Kontext an verschiedenen Stellen des Entwurfs⁷.

Weiter ist zu beachten, dass das rechtliche Gehör durch die Ausgestaltung der Eventualmaxime in der jeweiligen Verfahrensart beschränkt sein kann. So kann z.B. die Einbringung von unechten Noven im betreffenden Verfahrensstadium infolge Verspätung ausgeschlossen sein, während echte Noven, wenn sie sofort vorgebracht werden, wegen des Gehörsanspruchs immer zugelassen werden müssen.

3. Öffentlichkeit des Verfahrens (Art. 52 E ZPO)

Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV sind Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen. Art. 52 E ZPO konkretisiert die verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Der Ständerat hat den bundesrätlichen Entwurf insofern abgeändert, als nur noch die Verhandlung grundsätzlich öffentlich ist, während das kantonale Recht bestimmt, ob die Urteilsberatung öffentlich oder geheim stattfindet (Art. 52 Abs. 1^{bis} E ZPO, Fassung Ständerat).

Das Gericht kann die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausschliessen, wenn es das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Person erfordert (Art. 52 Abs. 2 E ZPO). Familienrechtliche Verfahren sind nicht öffentlich (Art. 52 Abs. 3 E ZPO).

4. Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 55 E ZPO)

Diese Bestimmung umschreibt nach den Ausführungen in der Botschaft einen «klassischen Grundsatz (*iura novit curia*)», wobei Prozessrecht und materielles Recht gleichermaßen darunter fallen⁸. Im Grunde genommen handelt es sich allerdings um viel mehr als um einen blossen Verfahrensgrundsatz, mithin um einen Hauptzweck der Rechtsordnung überhaupt. Denn das Recht will – bei Vorliegen der entsprechenden sachverhältnismässigen Voraussetzungen – angewendet werden.

III. Verfahrensstrukturierende Prozessrechtsgrundsätze

1. Dispositions- und Offizialgrundsatz (Art. 56 E ZPO)

Die Dispositions- und Offizialmaxime betreffen folgende prozessualen Grundsatzfragen:

- Wie wird der Prozess eingeleitet?
- Ist das Gericht an die von den Parteien gestellten Rechtsbegehren gebunden?
- Können die Parteien den Prozess vorzeitig beenden und gegebenenfalls auf welche Weise?

Diese Fragen können vom Gesetzgeber entweder in dem Sinn beantwortet werden, dass das Gericht nur soweit Rechtsschutz gewährt, wie und soweit es von den am Streit Beteiligten verlangt wird. Diesfalls gilt für das entsprechende Verfahrensstadium die Dispositionsmaxime (deshalb auch Verfügungsgrundsatz). Ist der Rechtsschutz im gegenteiligen Sinn unabhängig von den betreffenden Parteihandlungen zu gewähren, so spricht man von der Offizialmaxime⁹. Der Entwurf regelt all die erwähnten Grundsatzfragen, allerdings in verschiedenen Bestimmungen und an verschiedenen Orten.

Für die *Verfahrenseinleitung* verlangt der Entwurf *ausnahmslos eine Klage* (oder ein Gesuch) des (angeblich) Berechtigten. Es gilt das Prinzip «ohne Kläger kein Richter»¹⁰, auch wenn es um unverzichtbare Rechte¹¹ oder Ansprüche aus zwingendem Recht geht¹². Der Entwurf kennt keine «*amtswegige Sozialgestaltung*»¹³. Daran ändert sich auch nichts, wenn das Bundesprivatrecht ausnahmsweise eine Behörde als klageberechtigt bzw. aktivlegitimiert bezeichnet¹⁴.

Im Kapitel über die Verfahrensgrundsätze regelt Art. 56 E ZPO¹⁵ nur die *Frage der Bindung an die Parteianträge*, mithin den praktisch wichtigsten Aspekt der Dispositionsmaxime. Danach gilt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat¹⁶.

Das Gegenteil, die Ausnahme, ist der *Offizialgrundsatz*, nach welchem das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist¹⁷.

Vorbehalte im Sinne von Art. 56 Abs. 2 E ZPO können sich entweder aus dem Bundesprivatrecht, z. B. Minderung statt Wandelung im Kaufrecht (Art. 205 Abs. 2 OR)¹⁸ wie auch aus der Zivilprozessordnung selbst ergeben. Der Entwurf will damit die wichtigsten Anwendungsfälle der Offizialmaxime, die nach dem geltenden Recht aus dem ZGB abgeleitet werden, ohne dass sie im Gesetz immer klar zum Ausdruck kommen, in das Verfahrensrecht integrieren. Dies gilt in erster Linie für die *Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten*. Hier sieht der Entwurf eine allgemeine Norm vor, wonach das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (Art. 291 Abs. 3 E ZPO)¹⁹. Offizialmaxime gilt weiter im Zusammenhang mit den *Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge im Scheidungsfall*, die der freien Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen sind²⁰. Schliesslich gilt die Offizialmaxime für die Verteilung der Gerichtskosten (Art. 103 Abs. 1 E ZPO). Dagegen unterstehen die Parteikosten der Dispositionsmaxime (Art. 103 Abs. 2 i. V. m. Art. 56 Abs. 1 E ZPO)²¹.

In der Botschaft werden nur zwei Beispiele für die Geltung der Offizialmaxime erwähnt²². Eines davon betrifft die *Anordnung superprovisorischer Massnahmen* gemäss Art. 261 E ZPO. Dies ist meines Erachtens unzutreffend, weil es hier lediglich um die Anordnung der Massnahme vor Anhörung der Gegenpartei geht. In einem ordentlichen Zivilprozess kommt indessen eine derartige Massnahme nur in Betracht, falls ein entsprechendes Gesuch vorliegt. Als zweites Beispiel nennt die Botschaft die obgenannten *Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten*.

Die sog. *doppelseitigen Klagen* (actiones duplices) werden im Schrifttum teilweise ebenfalls als Fall diskutiert, in denen die Dispositionsmaxime von Bundesrechts wegen eingeschränkt sei, weil das Gericht der beklagten Partei etwas zusprechen könne, ohne dass diese Widerklage erhoben hat²³. Es stellt sich erstens die Frage nach den Kompetenzen des Gerichts, z. B. in einem

Prozess betreffend die Teilung von Miteigentum (Art. 651 Abs. 2 und 3 ZGB) oder in einem Erbteilungsprozess (Art. 604 Abs.1 ZGB). Diesbezüglich bestehen in der Literatur beträchtliche Differenzen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat noch nicht umfassende Klarheit geschaffen²⁴. Zweitens stellt sich die Frage, ob die beklagte Partei trotz Fehlens einer formellen Widerklage entsprechende Rechtsbegehren im Sinne einer prozessualen Obliegenheit zu stellen hat²⁵. Dies ist meines Erachtens zu bejahen, jedenfalls für das neue Recht vor dem Hintergrund von Art. 56 Abs. 2 E ZPO, der das Gericht nur dann ermächtigt, von den Anträgen der Parteien abzuweichen (oder ohne Anträge zu entscheiden), wenn es ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, was bei der *actio duplex* nicht der Fall ist.

Hinsichtlich der *vorzeitigen Prozessbeendigung* gilt nach dem Entwurf – unter dem Vorbehalt von abweichenden Vorschriften – grundsätzlich die Dispositionsmaxime. Grundsätzlich kann jeder Prozess durch Klagerückzug beendet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können. Der Klagerückzug vor der erkennenden Instanz führt grundsätzlich zu einer *res iudicata*, sofern das Gericht die Klage der beklagten Partei bereits zugestellt hat und diese dem Rückzug nicht zustimmt (Art. 63 E ZPO)²⁶.

Eine Klageanerkennung hat ebenfalls die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 237 Abs. 2 E ZPO)²⁷. Sie setzt voraus, dass die beklagte Partei nach Massgabe des materiellen Rechts über den Streitgegenstand frei verfügen kann²⁸. Ist dies nicht der Fall, so gilt der *Offizialgrundsatz*, der die Klageanerkennung ausschliesst.

Die Möglichkeit der Parteien, einen *gerichtlichen Vergleich* abzuschliessen, besteht während des Schlichtungsverfahrens (Art. 205 E ZPO) wie auch im Laufe des Erkenntnisverfahrens (Art. 237 E ZPO).

Teilweise bedarf jedoch der Vergleich der *gerichtlichen Genehmigung*:

- Die Parteien können gemeinsam die Genehmigung der in einer Mediation erzielten Vereinbarung beantragen (Art. 214 Abs. 1 E ZPO). Die genehmigte Vereinbarung hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 214 Abs. 2 E ZPO). Je nachdem, ob die Vereinbarung bereits im Stadium des Schlichtungsverfahrens oder erst im Laufe des Entscheidungsverfahrens erzielt wurde, ist für die Genehmigung entweder die Schlichtungsbehörde oder das Gericht zuständig. Zu beachten ist, dass eine Mediation nicht nur für familienrechtliche Angelegenheiten, sondern auch für alle anderen Streitigkeiten, namentlich auch gewöhnliche Forderungsprozesse, möglich ist (Art. 210 Abs. 1 E ZPO). Im Grunde genommen handelt es sich bei der Einreichung einer solchen Vereinbarung um einen gerichtlichen Vergleich, der auch nach den Ausführungen in der Botschaft zum Vergleich den Prozess *unmittelbar beendet*²⁹. Für die Vereinbarung, die im Rahmen einer Mediation abgeschlossen wurde,

geht die Botschaft – Anhaltspunkte dafür fehlen im Gesetzestext – indes davon aus, dass – im Gegensatz zum gewöhnlichen gerichtlichen Vergleich – eine *Inhaltskontrolle* stattfindet: «Die *Genehmigungsinstanz* hat einzig zu prüfen, ob die *Vereinbarung* offensichtlich unangemessen ist oder gegen zwingendes Recht verstösst. Diese beschränkte Kognition folgt aus der *Dispositionsmaxime*.»³⁰ Diese wenn auch nur beschränkte Inhaltskontrolle entspricht jedoch gerade nicht der *Dispositionsmaxime*, sondern beinhaltet, ähnlich wie bei der *Scheidungskonvention* bezüglich Güterrecht und Unterhalt nach Art. 140 Abs. 2 ZGB, eine Beschränkung des genannten Verfahrensgrundsatzes. Man mag der vorgesehenen Lösung inhaltlich durchaus zustimmen. Dann ist aber nicht einzusehen, weshalb beim gewöhnlichen gerichtlichen Vergleich nicht das Gleiche gelten soll.

- Für die *Vereinbarung über die Scheidungsfolgen* gilt der gleiche Genehmigungsvorbehalt wie nach geltendem Recht (Art. 274 E ZPO, Art. 140 ZGB)³¹. Gemeint sind dabei Vereinbarungen betreffend Güterrecht und nahehelichen Unterhalt. *Vereinbarungen über die berufliche Vorsorge* unterliegen ebenfalls der gerichtlichen Genehmigung, allerdings mit einem strengeren Prüfungsmaassstab (Art. 275 Abs. 1 und 3 E ZPO)³².
- Besondere Bestimmungen für *Vereinbarungen betreffend Kinderbelange* kennt der Entwurf nicht. Vielmehr geht dieser davon aus, dass das Gericht im Sinne der *Offizialmaxime ohne Bindung an die Parteianträge* entscheidet (Art. 291 Abs. 3 E ZPO). Vorgesehen ist jedoch, dass – wie bis anhin – das ZGB bestimmte Möglichkeiten der Vereinbarung zwischen den Eltern betreffend Kinderbelange zulässt, die allerdings der behördlichen Genehmigung bedürfen³³. Falls die Vereinbarung in einem Prozess getroffen wird, ist dafür regelmässig das Gericht zuständig (Art. 133 Abs. 3, 287 Abs. 3, 288 Abs. 2 ZGB).

2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz (Art. 53 E ZPO)

a. Verhandlungsmaxime als Regel und ihre Einschränkungen
Ausgangspunkt für diese beiden Verfahrensgrundsätze ist Art. 53 E ZPO. Die Bestimmung lautet folgendermassen:

- (1) «Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.»
- (2) «Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebungen von Amtes wegen.»

Die *Verhandlungsmaxime* ist damit die Regel und die *Untersuchungsmaxime* bzw. das gerichtliche Tätigwerden im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung die Ausnahme. Allerdings gilt dieses *Regel-Ausnahme-Verhält-*

nis – wie die Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensarten zeigen – primär für das *ordentliche Verfahren* (Art. 216 ff. E ZPO).

Die sich aus der *Verhandlungsmaxime* ergebende *Behauptungs- und Substanziierungslast*, wonach eine Partei die Tatsachen so umfassend und klar darzulegen hat, dass die Gegenseite dazu Stellung nehmen und Beweis darüber abgenommen werden kann³⁴, wird jedoch für das *ordentliche Verfahren* nicht in reiner Form durchgeführt. Art. 54 E ZPO sieht eine *gerichtliche Fragepflicht*³⁵ vor. Diese kommt auch und gerade im *ordentlichen Verfahren* zur Anwendung. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft besteht allerdings immer noch ein wesentlicher Unterschied zur gerichtlichen Fragepflicht im Rahmen der eingeschränkten (sozialen) Untersuchungsmaxime³⁶.

Vor allem auf offensichtliche Unvollständigkeit hat das Gericht die Parteien hinzuweisen. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei soll allerdings die gerichtliche Fragepflicht im ordentlichen Verfahren nicht so extensiv gehandhabt werden, dass das Gericht zum Gehilfen des Anwalts wird.

Aus dem Wortlaut von Art. 54 E ZPO («*Ist das Vorbringen einer Partei ...*») und auch aus den Ausführungen in der Botschaft³⁷ liegt der Schluss nahe, dass mit der gerichtlichen Fragepflicht nur die Verhandlungsmaxime abgeschwächt werden soll. Richtigerweise sollte sich aber die gerichtliche Fragepflicht auch auf die unklaren oder unbestimmten Rechtsbegehren einer Partei beziehen, also auch als *Einschränkung der Dispositionsmaxime* verstanden werden.

Das *Beweisrecht* (Art. 148 ff. E ZPO) enthält weitere wichtige Einschränkungen der Verhandlungsmaxime, wie sie in Art. 53 Abs. 2 E ZPO vorbehalten werden. Gemäss Art. 149 E ZPO bedürfen *offenkundige* und *gerichtsnotorische* Tatsachen sowie *allgemein anerkannte* Erfahrungssätze keines Beweises. Solche Tatsachen müssen auch im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime weder behauptet noch bewiesen werden³⁸. Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge können allerdings aus prozessualer Vorsicht geboten sein, weil damit das Risiko eliminiert wird, dass das Gericht allenfalls anderer Auffassung ist. Denn andernfalls trägt die betreffende Partei das volle Risiko, dass es sich z.B. eben nicht um eine offenkundige Tatsache bzw. einen allgemein anerkannten Erfahrungssatz handelt.

Eine weitere wichtige Einschränkung der Verhandlungsmaxime bringt Art. 151 Abs. 2 E ZPO. Danach kann das Gericht, auch wenn der Prozess grundsätzlich nach der *Verhandlungsmaxime* zu führen ist, *von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen*. Sinn und Zweck dieser Bestimmung bestehen darin, dass das Gericht auch im ordentlichen Prozess nicht gezwungen werden soll, aufgrund einer *unglaubwürdigen Sachverhaltsgrundlage* ein Urteil fällen zu müssen³⁹.

Beim *Augenschein* (Art. 178 Abs. 1 E ZPO) und beim *Gutachten* (Art. 180 Abs. 1 E ZPO) wird die Verhandlungsmaxime ebenfalls eingeschränkt. Beide Institute haben nicht bloss *Beweismittelfunktion*, sondern sollen dem Gericht auch zum *besseren Verständnis des Sachverhalts* dienen. Deshalb kann das Gericht auch im ordentlichen, von der Verhandlungsmaxime beherrschten, Prozess *von Amtes wegen* einen Augenschein durchführen oder ein gerichtliches Gutachten in Auftrag geben. Im Hinblick auf die entstehenden Kosten – wie auch auf die Unabhängigkeit und Fachkompetenz der sachverständigen Person – muss das Gericht die Parteien *vor der Auftragserteilung anhören*⁴⁰.

b. Untersuchungsmaxime

Art. 53 Abs. 2 E ZPO enthält einen Vorbehalt betreffend gesetzliche Bestimmungen über die *Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen*. Der Entwurf unterscheidet zwischen *zwei Kategorien der Untersuchungsmaxime*, was jeweils klar aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen hervorgeht.

aa. *Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime* («Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen»)

Bei *Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten* «erforscht» das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 291 Abs. 1 E ZPO). Andere Vorschriften des Entwurfs sehen dagegen vor, dass das Gericht *den Sachverhalt von Amtes wegen «feststellt»* (Art. 243 Abs. 1, 251 Bst. a, 268, 272 Abs. 3 E ZPO).

Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime bedeutet, dass im Sinne der bisherigen Bundesgerichtspraxis das Gericht *auch ohne Parteiantrag jede Sachverhaltsabklärung zu treffen hat, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen*⁴¹.

Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime im Sinne des Entwurfs bewirkt weiter:

- Geltung des sog. *Freibeweises* und damit Durchbrechung des Numerus clausus der Beweismittel (Art. 165 Abs. 2 E ZPO). Danach ist jedes *denkbare taugliche Beweismittel*, auch wenn es nicht in Art. 165 Abs. 1 E ZPO erwähnt ist, zuzulassen bzw. entsprechend Beweis zu erheben⁴².
- *Ausserkraftsetzen der Eventualmaxime*, weil echte wie unechte Noven bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind (Art. 225 Abs. 3 E ZPO). In Kombination mit der *Offizialmaxime* muss entsprechend auch die Klageänderung unbeschränkt zulässig sein.
- In teilweiser Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴³ sind die Beweiserhebungen hier *unabhängig von der Leistung des entsprechenden Kostenvorschusses* durchzuführen⁴⁴. Art. 100 Abs. 3 E ZPO sieht ausdrücklich vor, dass bei der *uneingeschränkten* Untersuchungsmaxime die Säumnisfolge infolge Ausbleibens des Kostenvorschusses, näm-

lich keine gerichtliche Beweiserhebung, gerade nicht gilt. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft dürfte davon auszugehen sein, dass diese Einschränkung der Kostenvorschusspflicht nur zugunsten des Kindes gilt⁴⁵.

- Dagegen bewirkt auch die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime kein zwingendes Unmittelbarkeitsprinzip⁴⁶.

bb. Eingeschränkte Untersuchungsmaxime («Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen»)

(i) Vereinfachtes Verfahren

Primärer Anwendungsfall der eingeschränkten Untersuchungsmaxime ist das sog. *vereinfachte Verfahren* (Art. 239 ff. E ZPO). Es handelt sich um die Konkretisierung des «einfachen und raschen Verfahrens», welches das geltende Recht in zahlreichen Vorschriften insbesondere des ZGB und des OR⁴⁷ dem kantonalen Gesetzgeber vorschreibt⁴⁸.

Zu beachten ist, dass das vereinfachte Verfahren unter anderem auch für «gewöhnliche» Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken Anwendung findet (Art. 239 Abs. 1 E ZPO). Der bundesrätliche Entwurf sah auch für diese Verfahren *generell* die Untersuchungsmaxime vor. Der Ständerat hat hier nun eine *wichtige Korrektur* vorgenommen, indem er – wie schon der Vorentwurf – nur für solche Streitigkeiten die eingeschränkte Untersuchungsmaxime vorsieht, wie sie bereits nach geltendem Recht vorgesehen sind, wie etwa für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken (Art. 243 Abs. 2 E ZPO, Fassung Ständerat). Für die «gewöhnlichen» Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken findet eine gerichtliche Fragepflicht Anwendung, die der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht entspricht (Art. 243 Abs. 1 E ZPO, Fassung Ständerat).

Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime nach Art. 243 Abs. 2 E ZPO in der ständerätlichen Fassung hat demnach bezüglich der Intensität der gerichtlichen Mitwirkung eine *Mittelstellung* zwischen der gewöhnlichen gerichtlichen Fragepflicht (Art. 54 E ZPO) und der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime inne.

Eingeschränkte Untersuchungsmaxime bedeutet in erster Linie eine *ausgedehnte gerichtliche Fragepflicht* vor allem im Zusammenhang mit Tatsachen und Beweismitteln. Diese entbindet die Parteien in keiner Art und Weise von einer *aktiven Rolle bei der Sachverhaltsermittlung*⁴⁹. Zudem sind weiter folgende Gesichtspunkte wesentlich, die sich aus den Materialien ergeben⁵⁰:

- Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime soll nur soweit greifen, als sie zum Ausgleich eines «*sozialen Machtgefälles*» (Beispiel: Prozess zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer) dient.

- Stehen sich im vereinfachten Verfahren *zwei anwaltlich vertretene* Parteien gegenüber, so darf und soll sich das Gericht *wie im ordentlichen* Prozess zurückhalten.

Anders als nach dem bundesrätlichen Entwurf wird nur für diejenigen Fälle, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen – im Sinne der eingeschränkten Untersuchungsmaxime – zu ermitteln ist, die Eventualmaxime zurückgedrängt, indem neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind (Art. 225 Abs. 3 E ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 E ZPO, Fassung Ständerat). Nach der bundesrätlichen Fassung hätte dagegen die Einschränkung der Eventualmaxime generell für das vereinfachte Verfahren gegolten, weil das Gericht in allen Fällen den Sachverhalt hätte von Amtes wegen ermitteln müssen.

(ii) Weitere Verfahrensarten mit eingeschränkter Untersuchungsmaxime
Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime wird weiter für *bestimmte Sachbereiche im summarischen Verfahren* vorgesehen. Dies ist zunächst der Fall, wenn das Gericht als *Konkurs- oder Nachlassgericht* zu entscheiden hat sowie bei Anordnungen der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Art. 251 E ZPO). Dabei handelt es sich um keine Neuerungen⁵¹.

Einen grossen Stellenwert nimmt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime bei den *besonderen eherechtlichen Verfahren* (Art. 267 ff. E ZPO) ein. Namentlich im Verfahren auf Erlass von *Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft* (Art. 172–179 ZGB) hat das Gericht den *Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen* (Art. 267 Bst. a i.V.m. 268 E ZPO)⁵². Damit ist insofern eine Neuerung verbunden, als nach geltendem Recht – mit Ausnahme der Kinderbelange – das kantonale Verfahrensrechtsrecht die Art und Weise der Sachverhaltsermittlung bestimmt. Neu soll hier das *«materielle Wahrheitsprinzip»* zum Tragen kommen⁵³.

Schliesslich gilt in den meisten Bereichen des *Scheidungsverfahrens* die *eingeschränkte Untersuchungsmaxime* (Art. 272 Abs. 3 E ZPO). Lediglich für die *güterrechtliche Auseinandersetzung* und den *nachehelichen Unterhalt* ist Verhandlungsmaxime vorgeschrieben (Art. 272 Abs. 1 E ZPO). Diese wird allerdings in verschiedener Hinsicht wesentlich eingeschränkt. Im Zusammenhang mit Urkunden hat das Gericht eine *spezielle Hinweispflicht*. Stellt das Gericht fest, dass für die Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen notwendige Urkunden fehlen, so fordert es die Parteien auf, diese nachzureichen (Art. 272 Abs. 2 E ZPO). Praktische Bedeutung hat diese Hinweispflicht nur für das Güterrecht und den nachehelichen Unterhalt, nicht aber für die *berufliche Vorsorge*, für welche ohnehin die Untersuchungsmaxime gilt. Zusätzliche *Prüfungs-, Frage- und Aufklärungspflichten des Gerichts* schwächen die Verhandlungsmaxime weiter ab und führen im

Ergebnis zu einer abgeschwächten Untersuchungsmaxime, mindestens aber zu einer *ausgedehnten gerichtlichen Fragepflicht*. Dies gilt auch für die *Genehmigung einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen* (Art. 274 Abs. 1 E ZPO).

Für *Vereinbarungen über die berufliche Vorsorge* gilt jedoch die Untersuchungsmaxime (Art. 275 E ZPO)⁵⁴. Schliesslich gilt infolge der gerichtlichen Aufklärungs- und Fragepflicht im Zusammenhang mit der *Indexierung des nahehehlichen Unterhalts* ebenfalls eine Art Untersuchungsmaxime (Art. 277 Bst. d E ZPO)⁵⁵.

c. Eventualmaxime

Die Eventualmaxime (auch Konzentrationsgrundsatz) beschlägt bekanntlich eine zeitliche Komponente, nämlich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eine Partei mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln noch gehört wird und bis zu welchem Zeitpunkt neue Rechtsbegehren gestellt werden können. Diese Problematik war bereits in der Expertenkommission – vor allem für das *ordentliche Verfahren* – einer der umstrittensten Punkte. Dies ist auch nicht erstaunlich, sind doch die entsprechenden Regelungen in den kantonalen Zivilprozessordnungen sehr unterschiedlich.

Während der Vorentwurf für das *ordentliche Verfahren* relativ strenge Bestimmungen vorsah, war in der bundesrätlichen Botschaft eine viel mildere Fassung vorgesehen. Danach hätten die Parteien bis und mit dem ersten Parteivortrag *in der Hauptverhandlung unbeschränkt* die Möglichkeit gehabt, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (Art. 225 Abs. 1 E ZPO). Der Ständerat ist jedoch zu einer *strengeren Fassung* der Eventualmaxime für das *ordentliche Verfahren* zurückgekehrt. Es ist folgendes Konzept vorgesehen:

Nach Art. 223 Abs. 1 E ZPO kann das Gericht jederzeit eine Instruktionenverhandlung durchführen. Diese dient der *«freien Erörterung des Streitgegenstands, der Ergänzung des Sachverhalts, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung»* (Art. 223 Abs. 2 E ZPO). Im Kontext der Instruktionenverhandlung hat der Ständerat einen neuen Art. 223^{bis} E ZPO eingefügt, der unter stark erleichterten Voraussetzungen eine *Klageänderung* ermöglicht:

Art. 223^{bis} *Klageänderung*

¹ Eine *Klageänderung* ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und:

- a. mit dem bisherigen in einem sachlichen Zusammenhang steht; oder
- b. die Gegenpartei zustimmt.

² Übersteigt der Streitwert der geänderten Klage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, so hat dieses den Prozess an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen.

³ Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig; das angerufene Gericht bleibt zuständig.

In den ständerätlichen Beratungen ist berücksichtigt worden, dass es verschiedene Zeitpunkte geben kann, zu denen eine Instruktionsverhandlung angeordnet wird: Die Instruktionsverhandlung kann entweder nach dem ersten (Variante 1) oder dem zweiten Schriftenwechsel (Variante 2) stattfinden. Auf alle Fälle findet nach dem ständerätlichen Konzept die Instruktionsverhandlung vor der Hauptverhandlung statt. Insofern ist das Wort «jederzeit» in Art. 223 Abs. 1 E ZPO irreführend. Es ergibt sich aber klar aus dem Wortlaut des neuen Art. 225 Abs. 1 E ZPO (Fassung Ständerat), dass Noven grundsätzlich vor der Hauptverhandlung vorzubringen sind, also spätestens in der Instruktionsverhandlung. Denkbar ist schliesslich auch, dass gar keine Instruktionsverhandlung angeordnet wird (Variante 3).

Obwohl nicht explizit gesagt können die Parteien auch noch in einer allenfalls stattfindenden *Instruktionsverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel* vorbringen (Art. 223 Abs. 2 E ZPO).

Für das *Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln nach diesem Zeitpunkt* im ordentlichen erstinstanzlichen Verfahren gilt der vom Ständerat neu gefasste Art. 225 E ZPO:

Art. 225

Neue Tatsachen und Beweismittel

¹ *Neue Tatsachen und Beweismittel werden in der Hauptverhandlung nur noch berücksichtigt, wenn sie:*

- a. *ohne Verzug vorgebracht werden; und*
- b. *trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten.*

² *Streichen*

³ *Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung.*

Auch die Voraussetzungen für eine *Klageänderung in der Hauptverhandlung* sind vom Ständerat gegenüber der bundesrätlichen Fassung wesentlich verschärft worden. Während der Bundesrat die Möglichkeit der Klageänderung vorsah, die bezüglich den Voraussetzungen dem neuen Art. 223^{bis} E ZPO Fassung Ständerat entsprach, ist nun eine Klageänderung in der Hauptverhandlung nur noch unter den Voraussetzungen des vom Ständerat neu gefassten Art. 226 E ZPO möglich:

Art. 226

Klageänderung

¹ *Eine Klageänderung ist an der Hauptverhandlung nur noch zulässig, wenn:*

- a. *die Voraussetzungen nach Art. 223^{bis} Absatz 1 gegeben sind; und*
- b. *sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht.*

² *Artikel 223^{bis} Absätze 2 und 3 sind anwendbar.*

³ *Streichen.*

⁴ *Streichen.*

Die Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens regeln in der Fassung des Ständerats die Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel bzw. einer Klageänderung nicht explizit⁵⁶. Für die vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten, besonders sensiblen «*Materien des sozialen Privatrechts*»⁵⁷ gemäss Art. 239 Abs. 2 E ZPO sowie für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken gilt eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Für die übrigen vereinfachten Verfahren besagt Art. 243 Abs. 1 E ZPO einzig, dass das Gericht kraft seiner Fragepflicht auf die Bezeichnung von Beweismitteln durch die Parteien hinwirkt.

Der Vorteil der bundesrätlichen Lösung bestand darin, dass die Novenregelung klar war. Ihr grosser Nachteil war jedoch, dass die Zulassung von Noven, namentlich bei gewöhnlichen Forderungsstreitigkeiten oder gar allfälligen echten Teilklagen mit hohem Gesamtstreitwert, als ziemlich exzessiv qualifiziert werden musste (Art. 243 Abs. 2 E ZPO Fassung Bundesrat).

Soweit es um Angelegenheiten geht, für welche der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, d. h. Streitigkeiten im Sinne von Art. 239 Abs. 2 E ZPO sowie arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert bis 30 000 Franken (Art. 243 Abs. 2 E ZPO), haben die Änderungen des Ständerates in Art. 243 E ZPO jedoch keine materiellen Auswirkungen. Denn gemäss Art. 216 E ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für sämtliche anderen Verfahren, soweit es das Gesetz nicht anders bestimmt. Das bedeutet, dass für Angelegenheiten des vereinfachten Verfahrens, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, Art. 225 Abs. 3 E ZPO Anwendung findet. Diese Vorschrift besagt, dass neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind. Diese Lockerung der Eventualmaxime gilt nach dem klaren Wortlaut auch für die eingeschränkte Untersuchungsmaxime⁵⁸.

Geht es um gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten irgendwelcher Art, also z. B. auch Teilklagen bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken, so ist die Situation weniger klar. Hier findet zwar ebenfalls das vereinfachte Verfahren Anwendung, jedoch gilt nach dem Beschluss des Ständerates keine (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime. Hier gilt vielmehr die Verhandlungsmaxime, die durch eine gerichtliche Fragepflicht abgeschwächt wird (Art. 243 Abs. 1 E ZPO, Fassung Ständerat). Somit gilt hier Art. 225 Abs. 3 E ZPO klarerweise nicht. Es findet sich jedoch auch keine Vorschrift, die besagt, bis zu welchem Zeitpunkt Noven geltend gemacht werden können. Wie es sich damit verhält, ist nicht einfach zu beantworten, weil die verfahrensmässigen Konstellationen sehr unterschiedlich sein können: Zunächst gibt es die Fälle, in denen eine unbegründete Klage eingereicht wird (Art. 240 Abs. 2 E ZPO). In einer solchen Konstellation wird es meist notwendig sein, eine Instruktionsverhandlung durchzuführen (Art. 242 Abs. 2 E ZPO). An-

schliessend wird eine Beweisverfügung zu erlassen sein, worauf die Parteien zur (Haupt-)Verhandlung geladen werden können.

Ist im vereinfachten Verfahren eine begründete Klage eingereicht worden, zu denken ist an die Fälle anwaltlicher Vertretung, so ist der beklagten Partei Frist zur Klageantwort anzusetzen («*schriftliche Stellungnahme*», Art. 241 Abs. 2 E ZPO). Auch hier wird das Gericht regelmässig eine Beweisverfügung im Hinblick auf die (Haupt-)Verhandlung erlassen müssen. Es ist davon auszugehen, dass dann Noven in der (Haupt-)Verhandlung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 225 Abs. 1 E ZPO (i.V.m. Art. 216 E ZPO) vorgebracht werden können. Unter den entsprechenden Voraussetzungen kann die klagende Partei dann in der mündlichen Replik in der Verhandlung ebenfalls noch Noven einbringen. Das gleiche Recht muss der beklagten Partei beim Duplizieren zugestanden werden.

Für die Möglichkeit der Klageänderung schliesslich gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (Art. 226 i.V.m. Art. 216 E ZPO). Gilt im vereinfachten Verfahren ausnahmsweise *Offizialmaxime* (Art. 56 Abs. 2 E ZPO), wie das für selbständige Unterhaltsklagen des Kindes der Fall ist (Art. 290 i.V.m. Art. 291 Abs. 3 E ZPO), so ist es der klagenden Partei unbenommen, eine Eingabe an das Gericht im Sinne einer Klageänderung vorzunehmen.

Die Vorschriften über das summarische Verfahren normieren die *Eventualmaxime* nicht, wofür angesichts des Charakters dieses Verfahrens, insbesondere seiner Raschheit, auch kein Anlass besteht.

Für das *Berufungsverfahren* sieht die ständerätliche Fassung in Art. 314 E ZPO hinsichtlich der Zulässigkeit von neuen Tatsachen und Beweismitteln sowie der Klageänderung die gleichen Voraussetzungen wie für das erstinstanzliche Verfahren vor. Inhaltlich gesehen wird damit auf Art. 225 Abs. 1 E ZPO (Fassung Ständerat) und Art. 226 E ZPO (Fassung Ständerat) verwiesen.

Unklar bzw. unvollständig ist Art. 314 E ZPO jedoch insofern, als kein Vorbehalt für neue Tatsachen und Beweismittel angebracht wird, falls das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen bzw. zu erforschen hat. Jedenfalls im Geltungsbereich der *uneingeschränkten Untersuchungsmaxime* (Kinderbelange, Art. 291 E ZPO) müssen neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorgebracht werden können. Diesbezüglich besteht für Art. 314 E ZPO Korrekturbedarf (vgl. für das erstinstanzliche Verfahren Art. 225 Abs. 3 E ZPO Fassung Ständerat).

Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel sowie neue Anträge ausgeschlossen (Art. 324 Abs. 1 E ZPO). Vor dem Hintergrund der ausschliesslichen Rechtskontrolle durch die Beschwerdeinstanz ist der Novenausschluss die einzig richtige Lösung. Selbst für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, werden keine Noven bzw. neuen An-

träge zugelassen⁵⁹. Einzig besondere gesetzliche Vorschriften werden vorbehalten⁶⁰.

C. Die Prozessvoraussetzungen

I. Grundsätzliches

Der Entwurf regelt die Prozessvoraussetzungen bei den Allgemeinen Bestimmungen im Anschluss an die Verfahrensgrundsätze in Art. 57–59 E ZPO. Art. 57 E ZPO regelt unter dem Randtitel «Grundsatz» die Rechtsfolgen bei Fehlen einer oder mehrer Prozessvoraussetzungen und zählt die einzelnen Prozessvoraussetzungen auf.

Damit zur Sache verhandelt werden darf, müssen grundsätzlich alle Prozessvoraussetzungen vorliegen. Konsequenz einer fehlenden Prozessvoraussetzung ist, dass das Gericht einen *Nichteintretensentscheid* zu fällen hat (Art. 57 Abs. 1 E ZPO). Die Botschaft führt dazu lapidar aus: «*Absatz 1 entspricht geltendem Prozessrecht.*»⁶¹ Diese Aussage ist insofern nicht zutreffend, als in den kantonalen Zivilprozessordnungen zum Teil das Erheben einer Einrede verlangt wird⁶². Auch die bundesgerichtliche Praxis ist bis anhin teilweise nicht einheitlich gewesen. So entschied das Bundesgericht etwa in BGE 121 III 477 E. 2, es sei einer kantonalen Instanz nicht verwehrt, auch im Falle des Vorliegens einer abgeurteilten Sache (also beim Fehlen einer negativen Prozessvoraussetzung) auf eine neue Klage einzutreten, sofern sie darüber gleich wie das rechtskräftige Urteil entscheide.

Der Entwurf entscheidet sich für eine möglichst einfache und pragmatische Lösung:

- Es wird nicht zwischen Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernissen unterschieden⁶³.
- Auch verwendet der Entwurf den gebräuchlichen und eingebürgerten Begriff der «*Prozessvoraussetzung*» und nicht etwa den Terminus «*Sachurteilsvoraussetzung*», der an sich inhaltlich zutreffender wäre.

Art. 58 E ZPO schreibt vor, dass das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Art. 57 und 58 E ZPO sind in den bisherigen parlamentarischen Beratungen unverändert beibehalten worden. Art. 59 des Entwurfs schliesslich regelt den Sonderfall bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung.

Fehlt eine Prozessvoraussetzung, so hat das Gericht nach dem Entwurf einen *Nichteintretensentscheid*, ein sog. Prozessurteil, zu fällen⁶⁴. Dafür ist grundsätzlich kein Antrag einer Partei notwendig. Es gilt somit die *Offizialmaxime* oder in der Terminologie des Entwurfs der *Offizialgrundsatz*. Insofern handelt es sich um einen Vorbehalt im Sinne von Art. 56 Abs. 2 E ZPO.

Dementsprechend sieht der Entwurf vor, dass das Gericht das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen hat, mithin der (eingeschränkte) *Untersuchungsgrundsatz* gilt. Insbesondere hinsichtlich der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit und fehlenden *res iudicata* ist das Gericht auf *entsprechende Hinweise der Parteien* angewiesen⁶⁵.

Im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass nicht die (fehlerhafte) Bezeichnung des Entscheids, sondern sein Gehalt massgeblich ist.

Das Bundesgericht hat dazu in BGE 115 II 191 E. 3b folgendes ausgeführt: «*Ob sodann ein Sach- oder ein Prozessurteil vorliegt, entscheidet sich nicht nach der Bezeichnung des Entscheids, sondern allein nach dessen Gehalt. Ein Prozessurteil ändert seinen Charakter nicht, wenn im Dispositiv fälschlicherweise abgewiesen, anstatt – wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung – auf sie nicht eingetreten wird.*»⁶⁶

Immerhin können durch die falsche Bezeichnung des Entscheids einer Partei, insbesondere im Kontext der *res iudicata*-Problematik, im Hinblick auf ein späteres Urteil erhebliche Nachteile drohen, wenn der Entscheid gar nicht schriftlich begründet wurde (vgl. insbes. Art. 235 E ZPO, Fassung Ständerat):

- Wird z. B. eine Klage fälschlicherweise abgewiesen, obwohl wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung ein Nichteintretensentscheid hätte ergehen müssen, so wird es der klagenden Partei bei erneuter Klageeinreichung kaum gelingen, den Nachweis zu erbringen, dass in Tat und Wahrheit noch keine abgeurteilte Sache vorliegt.
- Gleich verhält es sich im umgekehrten Fall aus der Sicht der beklagten Partei, wenn das Gericht einen Nichteintretensentscheid fällt, statt die Klage mangels Begründetheit abzuweisen.

In beiden Fällen trägt die erneut an das Gericht gelangende Partei für die prozessuale Tatsache die Beweislast, dass der Urteilsspruch bezüglich der *Entscheidart* falsch ist. Es ist deshalb praktisch unumgänglich, in einem solchen Fall das Urteil anzufechten, um die entsprechende Korrektur des Dispositivs zu bewerkstelligen. Dies ist stets möglich, weil die Rechtsmittelfrist erst zu laufen beginnt, wenn die Parteien im Besitz eines schriftlichen Urteilsdispositivs sind (vgl. Art. 235 Abs. 1 E ZPO).

Bezüglich des *Zeitpunkts und der Dauer*, während welcher die Prozessvoraussetzungen vorliegen müssen, stellt der Entwurf keine expliziten Bestimmungen auf. Mit Ausnahme des Sonderfalls der Zuständigkeit ist davon auszugehen, dass die Prozessvoraussetzungen *nicht nur zu Beginn*, sondern *bis zum Abschluss des Prozesses* vorhanden sein müssen. Das Bundesgericht hat dies schon unter der Herrschaft des früheren Bundesrechtspflegegesetzes so entschieden⁶⁷.

Nach dem Entwurf gehört es zur Prozessleitung, dass das Gericht das Verfahren vorerst auf die Frage von Prozessvoraussetzungen beschränken kann (Art. 123 Bst. a sowie 219 Abs. 3 E ZPO)⁶⁸.

Der Klarheit halber sei festgehalten, dass *weder die Aktiv- noch die Passivlegitimation Prozessvoraussetzungen* sind. Ist entweder die klagende Partei nicht aktivlegitimiert oder die beklagte Partei nicht passivlegitimiert, so ist die Klage als unbegründet durch Sachurteil abzuweisen.

II. Insbesondere zu den einzelnen Prozessvoraussetzungen

1. Keine abschliessende Aufzählung

Art. 57 Abs. 2 E ZPO nennt die *zentralen* Prozessvoraussetzungen im Einzelnen. Dass die Aufzählung *keine abschliessende* ist, ergibt sich klar aus dem Gesetzeswortlaut («*insbesondere*»). Die Prozessvoraussetzung einer *fehlenden Schiedsvereinbarung* wird in Art. 57 E ZPO nicht erwähnt, sondern einlässlich in Art. 59 E ZPO geregelt. Auch die *ordnungsgemässe Klageeinreichung* wird in Art. 57 E ZPO nicht erwähnt, sondern wird anderweitig in Art. 218 E ZPO geregelt⁶⁹. Dazu gehört auch das Absolvieren des grundsätzlich obligatorischen Schlichtungsverfahrens (Art. 194 E ZPO). Das Vorliegen der gültigen *Klagebewilligung* nach gescheitertem Schlichtungsverfahren (Art. 206 E ZPO), ist, obwohl in Art. 57 E ZPO nicht speziell erwähnt, eine unabdingbare Prozessvoraussetzung (Art. 218 Abs. 2 Bst. b E ZPO)⁷⁰.

Ferner ist auch die *Einreichung der Klage in der richtigen Verfahrensart*⁷¹ eine Prozessvoraussetzung. Schliesslich wird in Art. 57 E ZPO auch kein Vorbehalt für die speziellen Fälle gemacht, in denen dem materiellen Eintreten auf die Klage die *Staatenimmunität*⁷² oder eine *persönliche Immunität* kraft Sonderrecht entgegensteht.

2. Rechtsschutzinteresse (Art. 57 Abs. 2 Bst. a. ZPO)

Die grundlegendste Prozessvoraussetzung liegt im sog. *Rechtsschutzinteresse*. Staatlicher Rechtsschutz soll nicht Selbstzweck sein⁷³. Die klagende Partei muss deshalb am Verfahren ein Interesse haben, das ein *rechtliches* oder *tatsächliches* sein kann. Regelmässig unproblematisch ist das Rechtsschutzinteresse bei Leistungsklagen. Bei *Feststellungsklagen* kann das sog. *Feststellungsinteresse*⁷⁴, eine Erscheinungsform des Rechtsschutzinteresses, heikel sein, weil diese Klage zur Leistungsklage grundsätzlich *subsidiär* ist. Mit anderen Worten fehlt der klagenden Partei grundsätzlich das Rechtsschutzinteresse, wenn sie statt auf Feststellung auf Leistung klagen könnte. Indessen lässt das Bundesgericht auch hier die Feststellungsklage zu, sofern die klagende Partei ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse (*Feststellungsinteresse*) nachweisen kann.

Illustrativ ist in diesem Zusammenhang ein Entscheid des Bundesgerichts betreffend die Feststellung der erbrechtlichen Ausgleichspflicht (Art. 626 ZGB) aus dem Jahre 1996: «Das Feststellungsinteresse kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein und ist als Prozessvoraussetzung, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen. Es fehlt in der Regel, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil erwirkt werden kann; diesfalls ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten. Ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Behandlung wird hingegen bejaht, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für den Kläger unzumutbar ist.»⁷⁵

3. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 57 Abs. 2 Bst. b. E ZPO)

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts sind Prozessvoraussetzungen.

Die *sachliche* Zuständigkeit des Gerichts richtet sich grundsätzlich weiterhin nach kantonalem Recht (Art. 4 Abs. 1 E ZPO). Wird die Klage bei einem sachlich unzuständigen Gericht eingereicht und tritt dieses infolge Fehlens der Prozessvoraussetzung nicht auf die Klage ein (oder wird die Klage unter dem Vorbehalt der Einreichung beim richtigen Gericht zurückgezogen), so bleibt die einmal erwirkte Rechtshängigkeit bestehen, sofern die Klage innert eines Monats bei der zuständigen Gerichtsinstanz eingereicht wird. Gleiches gilt für die Einreichung einer Klage bei einem *örtlich* unzuständigen Gericht. Die entsprechende Vorschrift in Art. 61 Abs. 1 (und 2) E ZPO ist Art. 34 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes nachgebildet. Im einen wie im anderen Fall findet jedoch keine Prozessüberweisung von Amtes wegen statt⁷⁶.

Schliesslich kann die fehlende Prozessvoraussetzung der örtlichen Zuständigkeit des *angerufenen Gerichts* bei einem *nicht zwingenden Gerichtsstand* auch durch *Einlassung begründet* werden (Art. 17 E ZPO). In solchen Fällen wird das an sich unzuständige Gericht zuständig, sobald die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit sich zur Sache äussert. Dementsprechend relativiert sich hier der Gehalt von Art. 58 E ZPO, indem das Gericht nur zu prüfen hat, ob kein zwingender Gerichtsstand der Einlassung entgegensteht.

4. Partei- und Prozessfähigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. c. ZPO)

Seit langem ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass die Partei und Prozessfähigkeit die prozessualen Kehrseiten der Rechts und Handlungsfähigkeit sind, ohne deren Vorliegen kein Verfahren in der Sache geführt

werden darf⁷⁷. Insofern ist die betreffende Vorschrift eine Weiterführung des unbestrittenen Status quo⁷⁸.

Anders verhält es sich nur, wenn gerade die Fragen der Rechtsfähigkeit oder der Handlungsfähigkeit das Prozessthema sind, über das Parteien streiten, z.B. ob der als Vermächtnisnehmer eingesetzte Verein tatsächlich existent ist oder nicht. Diesfalls sind die Partei- und Prozessfähigkeit gerade keine Sachurteilsvoraussetzungen, sondern darüber ist im Sachurteil zu entscheiden⁷⁹.

5. Keine anderweitige Rechtshängigkeit bzw. keine rechtskräftig abgeurteilte Sache (Art. 57 Abs. 2 Bst. d. und e. E ZPO)

Diese beiden sog. *negativen* Prozessvoraussetzungen verfolgen der Sache nach das gleiche Ziel. Dadurch soll verhindert werden, dass *gleichzeitig* oder *hintereinander* über die gleiche Sache zwischen den gleichen Parteien (oder ihren Rechtsnachfolgern) ein Prozess stattfindet. Insbesondere sollen dadurch *widersprechende Urteile* vermieden werden.

Nach dem Entwurf hat sowohl die einmal gültig begründete Rechtshängigkeit, die bereits mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs eintritt (Art. 60 Abs. 1 E ZPO) als auch der Eintritt der materiellen Rechtskraft eine absolute «Sperrwirkung» für einen zweiten Prozess zwischen den gleichen Parteien (oder ihren Rechtsnachfolgern) über den gleichen Streitgegenstand, da es sich in beiden Fällen um unabdingbare negative Prozessvoraussetzungen handelt. Der entsprechende Art. 62 Bst. a E ZPO geht anscheinend ebenfalls von einer absoluten «Sperrwirkung» aus, zumal keine Bestimmung im Sinne von Art. 35 Abs. 1 des Gerichtsstandsgesetzes⁸⁰ im Gesetzesentwurf mehr zu finden ist. Es wird wohl davon auszugehen sein, dass das zweitangerufene Gericht das Verfahren in Anwendung von Art. 124 Abs. 1 E ZPO zu sistieren hat, wie das heute nach Art. 35 Abs. 1 des Gerichtsstandsgesetzes möglich ist und nicht sofort ein Nichteintretensentscheid zu fällen ist.

Klar ist, dass mit «*Sache*» (Art. 57 Abs. 2 Bst. d. und e. E ZPO) das Gleiche gemeint ist wie der «*Streitgegenstand*» (Art. 62 Bst. a E ZPO). Die Schweizerische ZPO wird keine Umschreibung oder gar Legaldefinition des Streitgegenstands enthalten⁸¹. Aufgrund der Gesetzesmaterialien ist aber klar, dass das neue Recht sich zum *zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff* bekennt, wie er von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt worden ist⁸². Danach bestimmt sich der Streitgegenstand grundsätzlich nach dem Rechtsbegehren und dem zu seiner Begründung vorgebrachten Lebenssachverhalt (sog. *Identität des Lebensvorgangs*)⁸³.

6. Bezahlung des Vorschusses und der Sicherheit für die Prozesskosten
(Art. 57 Abs. 2 Bst. f. E ZPO)

Gemäss Art. 57 Abs. 2 Bst. f. sind die Leistung des Vorschusses und der Sicherheit für die Prozesskosten Prozessvoraussetzungen. Damit wird auf Art. 96 und 97 E ZPO verwiesen. Nach Art. 96 E ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen *Gerichtskosten*⁸⁴ verlangen. Während der Vorentwurf bloss einen Vorschuss in Höhe der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten als Maximum vorsah, sind nun die ganzen Kosten als Vorschuss zu zahlen. Es handelt sich jedoch um eine «Kann-Vorschrift», von der aus Billigkeitsgründen abgewichen werden kann⁸⁵. Nach Eingang der Klage legt das Gericht den Kostenvorschuss mittels prozessleitender Verfügung fest, der, wie alle Entscheide betreffend Vorschüsse, selbständig mittels Beschwerde angefochten werden kann (Art. 101 i.V.m. Art. 316 Bst. b. Ziff. 1 E ZPO)⁸⁶. Diese hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 323 Abs. 1 E ZPO).

Sicherheitsleistung für die *Parteikosten*⁸⁷ der beklagten Partei dürfen nur unter den Voraussetzungen von Art. 97 E ZPO angeordnet werden und bedingen zudem einen entsprechenden Antrag der beklagten Partei.

Werden der Gerichtskostenvorschuss oder die Sicherheit für die Parteikosten der beklagten Partei nicht innert der gerichtlich angesetzten Frist geleistet, so ergeht ein *Nichteintretensentscheid* und die Rechtshängigkeit entfällt, so dass gegebenenfalls das Verfahren neu eingeleitet werden muss.

D. Ausblick

Die Verfahrensgrundsätze des Entwurfs sind teilweise ziemlich offen formuliert. Dies gilt etwa für die gerichtliche Fragepflicht (vgl. Art. 54 E ZPO), aber auch für die Bestimmungen betreffend Noven (vgl. insbes. Art. 225 Abs. 1, Art. 314 Abs. 1 Bst. b E ZPO). Diesbezüglich besteht eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass in der Gerichtspraxis das bisherige kantonale Recht noch eine gewisse «Nachwirkung» haben kann.

Zu beachten ist aber, dass grundsätzlich Verletzungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung unter den allgemeinen Voraussetzungen (vgl. insbes. Art. 74 Abs. 1 BGG) als Verletzung von Bundesrecht mittels Beschwerde in Zivilsachen ohne Beschränkungen gerügt werden können (Art. 95 Bst. a BGG). Dagegen können nach geltendem Recht Verletzungen der kantonalen Zivilprozessordnung nur mit der Begründung angefochten werden, dass ein verfassungsmässiges Recht verletzt wurde, in erster Linie das Willkürverbot nach Art. 9 BV (vgl. Art. 95 Bst. a und 116 BGG). Der Umstand, dass Zivilprozessrecht inskünftig Bundesrecht ist, wird deshalb zu einer erheblichen Verbesserung des Rechtsschutzes führen.

Zudem darf angenommen werden, dass nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO die Fälle, in denen sich eine «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt» (vgl. Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG)⁸⁸, häufiger sein werden als vor dem Inkrafttreten. Das Bundesgericht wird dann Gelegenheit haben, praktisch wichtige Fragen der Schweizerischen ZPO zu entscheiden und damit für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Dies wird auch dazu führen, dass nach einiger Zeit der herkömmliche «Trachtenlook» im schweizerischen Zivilprozessrecht definitiv der Vergangenheit angehört und die Rechtsvereinheitlichung effektiv abgeschlossen ist.

* Für wertvolle Mithilfe bei der Erstellung des Manuskripts danke ich meinen Assistenten lic. iur. *Martin Hedinger*, lic. iur. *Marco Chevalier*, Advokat sowie lic. iur. *Rafael Klingler*, Advokat.

1 «Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.» Die verfassungsrechtliche Garantie ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt, vgl. etwa BGE 115 Ia 19, 114 Ia 28 E. c.

2 Vgl. BGE 132 II 485 E. 4.3; 126 III 166 E. 3b; 123 III 228 f. E. 4d. In BGE 111 II 66 f. E. 3 lehnte das Bundesgericht einen solchen bundesrechtlichen Verfahrensgrundsatz ab, nachdem es das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben im Prozess zunächst dem kantonalen Gewohnheitsrecht (BGE 83 II 353) und dann dem ungeschriebenen Bundeszivilprozessrecht zugerechnet hat (BGE 105 II 155 ff. E. 3), was es früher explizit abgelehnt hatte (vgl. BGE 79 II 17, 60 II 490); siehe weiter *Thomas Sutter-Somm*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2007, S. 83 f., Rz. 412 ff.

3 Vgl. insbes. BGE 123 III 228 f. E. 4d: «Für das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln kennt das Zivilprozessrecht eigene Sanktionen, welche einen Rückgriff auf Art. 2 ZGB entbehrlich machen. Insbesondere kann der sehr späte Zeitpunkt der massgeblichen Vorbringen durch eine Prozesspartei bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden.»

4 Art. 29 Abs. 2 BV: «Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.»

5 Zur Beschränkung des Akteneinsichtsrechts siehe auch Art. 153 E ZPO.

6 Vgl. dazu Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7274.

7 So z. B. das Recht auf Replik und auf Duplik, Art. 222 und 224 Abs. 2 E ZPO oder das Recht auf den Beweis, Art. 150 E ZPO. Zu den weiteren Teilaspekten des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess siehe *Thomas Sutter-Somm* (FN 2), S. 80 ff., Rz. 393 ff.

8 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7275. Vgl. auch *Thomas Sutter-Somm* (FN 2), S. 64, Rz. 299.

9 In der Literatur zum zürcherischen Zivilprozessrecht wird der Begriff «Offizialmaxime» gewissermassen als Oberbegriff verwendet und beschlägt einerseits die hier beschriebene Situation, andererseits wird darunter aber auch die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen verstanden. Dass es aber auch Zivilprozesse gibt, in denen regelmässig nach Massgabe des kantonalen Zivilprozessrechts für die Sammlung des Prozessstoffes die Verhandlungsmaxime gilt und trotzdem von Bundesrecht wegen für bestimmte Aspekte die Offizialmaxime gilt, macht das Beispiel von Art. 205 Abs. 2 OR deutlich.

10 Vgl. Art. 199 (Einleitung des Schlichtungsgesuchs), Art. 217 (Einleitung des ordentlichen Verfahrens), Art. 240 (vereinfachte Klage), Art. 248 Abs. 1 (Einleitung des summarischen Verfahrens), Art. 257 (vorsorgliche Massnahmen), Art. 270 (Einleitung des Scheidungsverfahrens) sowie für die diversen familienrechtlichen Verfahren des Entwurfs unter anderem Art. 289 Abs. 1, 290 E ZPO.

11 Z.B. Rechte im Sinne von Art. 361/362 OR.

12 Z.B. Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem internen oder externen Persönlichkeitsschutz nach Art. 27/28 ZGB oder unverzichtbare Ansprüche aus Einzelarbeitsvertrag gemäss Art. 341 Abs. 1 OR.

13 So *Othmar Jauernig*, Zivilprozessrecht, 27. Aufl., München 2002, § 25 II., S. 84 sowie § 1 III./2., S. 4.

14 Vgl. z. B. Art. 78, 89 Abs. 1, 106 Abs. 1, 260a Abs. 1, 269a Abs. 1 ZGB.

15 Art. 56 E ZPO: Dispositions- und Officialgrundsatz: (1) «Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. (2) Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen, nach denen das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist.» Zur Tragweite der Dispositionsmaxime bzw. Bindung an die Parteianträge im Einzelnen vgl. *Thomas Sutter-Somm* (FN 2), S. 59 ff., Rz. 274 ff.

16 Vgl. dazu BGE 129 III 417 m.w.H.

17 Abzugrenzen ist der Officialgrundsatz zunächst von der gerichtlichen Prozessleitung, die nach dem Entwurf in allen Zivilprozessen gilt. Diese ist in Art. 122 E ZPO geregelt: (1) «Das Gericht leitet den Prozess. Es trifft die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. (2) Es kann die Prozessleitung an eines seiner Mitglieder delegieren. (3) Es kann jederzeit versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.» Vgl. *Sutter-Somm* (FN 2), S. 61 ff., Rz. 286 ff.

18 Vgl. *Thomas Sutter*, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, S. 284 ff., Rz. 285 ff., insbes. Rz. 290 mit Hinweisen. Vgl. die weiteren Fälle z. B. in Art. 525 Abs. 2 OR, 527 Abs. 3 OR, Art. 26 Abs. 1 KHG (SR 732.44) sowie in der Fassung gemäss Entwurf («Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden.»).

19 Siehe demgegenüber den Wortlaut von Art. 133 ZGB, aus dem unter geltendem Recht für die Kinderbelange im Scheidungsprozess die Officialmaxime abgeleitet wird, ohne dass dies im Gesetz klar zum Ausdruck kommt. Vgl. dazu *Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus*, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 ZGB, N 59, 61; zur entsprechenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe statt vieler etwa BGE 128 III 412 E. 3; 119 II 203.

20 Was für den Fall der Vereinbarung in Art. 275 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 E ZPO explizit vorgesehen ist, muss erst recht für die neue Möglichkeit der autoritativen Teilung der Austrittsleistungen nach Massgabe von Art. 276 Abs. 1 E ZPO gelten. Vgl. auch *Sutter/Freiburghaus* (FN 19), Art. 124 ZGB, N 17; wohl a.M. BGE 129 III 486 f. E. 3.3.

21 Zur Begründung für die Übernahme des heute gängigen Systems: Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7296.

22 Siehe Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7275 (unten) mit der Nennung von Art. 261 Abs. 3 sowie Art. 291 E ZPO.

23 Vgl. dazu *Sutter* (FN 18), S. 303 f., Rz. 301 mit Hinweisen.

24 Zur Frage des Umfangs der gerichtlichen Teilungskompetenz im Erbteilungsprozess siehe *Peter C. Schaufelberger*, Basler Komm., 3. Aufl., Art. 604 ZGB, N 7

mit Hinweisen; zur entsprechenden Problematik im Miteigentumsteilungsprozess siehe *Christoph Brunner/Jürg Wichtermann*, Basler Komm., 3. Aufl., Art. 651 ZGB, N. 12 ff. mit Hinweisen.

25 So z.B. im Rahmen eines Erbteilungsprozesses, in welchem es um die Frage geht, ob und in welchem Umfang sich der oder die Kläger lebzeitige Zuwendungen im Rahmen der Ausgleichung anrechnen lassen muss bzw. müssen. Auch wenn der Beklagte oder die Beklagten nicht gehalten sind, ihre Ausgleichungsansprüche widerklageweise geltend zu machen, müssen sie dennoch entsprechend präzise Rechtsbegehren stellen, allenfalls unter gleichzeitiger Geltendmachung ihrer dazu notwendigen erbrechtlichen Informationsansprüche (Art. 607 Abs. 3, 610 Abs. 2 ZGB).

26 Hingegen hat der Rückzug des Schlichtungsgesuchs keine entsprechende Wirkung, weil noch keine Fortführungslast besteht. Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, bereits im Schlichtungsverfahren den vorbehaltlosen Klagerückzug zu Protokoll zu geben, der volle Rechtskraftwirkung hat, vgl. Art. 205 Abs. 2 E ZPO

27 Wirksame Klageanerkennung kann bereits im Schlichtungsverfahren zu Protokoll gegeben werden, vgl. Art. 205 Abs. 2 E ZPO.

28 Vgl. dazu *Sutter* (FN 18), S. 304 ff., Rz. 302 ff. sowie S. 332 ff.

29 Siehe Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7345. Heute ist es noch Sache des kantonalen Zivilprozessrechts zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen der gerichtliche Vergleich als Prozess erledigungsform zugelassen wird. Zu den verschiedenen kantonalen Systemen und den anderen Modalitäten des Vergleichs siehe *Sutter* (FN 18), S. 336 f. mit Hinweisen.

30 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7337.

31 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7360.

32 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7361.

33 Siehe Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7367, wonach *«das Gericht wie bis anhin infolge der Offizialmaxime nicht an die Parteianträge gebunden ist.»*

34 Dazu grundlegend *Jürgen Brönimann*, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989. Illustrativ etwa BGE 127 III 368 E. 2b und c; 108 II 337 ff., 105 II 144 f., 98 II 116 ff. Vgl. weiter *Sutter-Somm* (FN 2), S. 64, Rz. 298, S. 122 Rz. 583 sowie S. 140, Rz. 653 zur Behauptungs- und Streitungslast.

35 Dagegen sah der Vorentwurf in Art. 51 VE ein blosses «Fragerecht» des Gerichts vor: *«Ist das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig, widersprüchlich oder unbestimmt, so kann ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung geben.»* Inwiefern sich praktische Unterschiede zu einer gerichtlichen Fragepflicht ergeben, hängt letztlich wesentlich von der Gerichtspraxis ab.

36 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7275 zu Art. 54 sowie S. 7348 zu Art. 243 und 243 E ZPO.

37 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7275 zu Art. 54 E ZPO: *«Die gerichtliche Fragepflicht ist eine Abschwächung der Verhandlungsmaxime.»*

38 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7311 f. zu Art. 149 E ZPO. Vgl. weiter *Sutter-Somm* (FN 2), S. 66 f., Rz. 304 ff.

39 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7313 zu Art. 151 E ZPO.

40 Vgl. zum Ganzen Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7323 f.

41 Vgl. insbes. BGE 128 III 412 f. E. 3; 125 III 231; 122 I 55 E. 4; 111 II 229 E. 4; siehe auch *Sutter/Freiburghaus* (FN 19), Art. 145 ZGB, N. 10.

42 Zu denken ist gemäss Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7320 etwa an Aufzeichnungen von Befragungen oder Gesprächen, die nicht in Form einer Zeugeneinver-

nahme oder einer Parteibefragung staffgefunden haben. Vgl. weiter BGE 122 I 55 E. 4 mit Hinweisen; Sutter/Freiburghaus (FN 19), Art. 145 ZGB, N 1 mit Hinweisen.

43 In BGE 109 II 195 E. 3 ging das Bundesgericht noch allgemein davon aus, dass zwischen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime und der Kostenvorschusspflicht kein direkter Zusammenhang besteht: *«Andererseits kann entgegen der Auffassung des Zürcher Obergerichts nicht gesagt werden, dass die Erforschung des Sachverhalts von Amtes wegen logisch zwingend einer kantonalen Kostenvorschusspflicht entgegensteht.»* Dieser Entscheid wurde in der Literatur auch kritisiert, vgl. etwa Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, S. 296, Rz. 32.

44 Siehe Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7366 zu Art. 290/ 291; vgl. auch den Bundesgerichtsentscheid 5C.73/2004, insbes. E. 2.4 und 2.5 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und (teilweise) abweichende Lehre.

45 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7295 Anm. 132: *«Doch ist zu beachten, dass diese Unabhängigkeit von Vorschüssen in diesen Verfahren keineswegs schematisch gilt: So hat den entsprechenden Vorschuss zu bezahlen, wer die Vaterschaftsvermutung durch ein Gutachten umstossen will, denn sonst würde die Untersuchungsmaxime – sie ist im Interesse des Kindes statuiert – zweckentfremdet.»*

46 Vgl. BGE 109 II 292 f. E. 1; siehe auch BGE 115 II 134 E. 6c zur Zulässigkeit der Delegation im Zusammenhang mit der Beweisabnahme.

47 Vgl. insbes. Art. 280 Abs. 2 ZGB, Art. 274d Abs. 1 und Art. 343 Abs. 2 OR; vgl. weiter Art. 12 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz (SR 151.1), Art. 47 Abs. 1 LPG (SR 221.213.2), Art. 15 Abs. 4 DSG (SR 235.1), Art. 13 UWG (SR 241), Art. 15 Abs. 3 Mitwirkungsgesetz (SR 822.14) etc.

48 So klar Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7346: *«Das vereinfachte Verfahren lehnt sich an entsprechende kantonale Regelungen an. Es ist der Nachfolger des sog. einfachen und raschen Verfahrens, das der Bund den Kantonen bereits heute punktuell vorschreibt.»*

49 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7348: *«Wie im ordentlichen Prozess haben die Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts aktiv mitzuwirken (...). Doch hilft ihnen das Gericht durch geeignete Fragen auf die Sprünge, damit die nötigen Angaben gemacht und die entsprechenden Beweismittel auch wirklich bezeichnet werden. Somit sammeln die Parteien den Prozessstoff auch hier selber – wenn auch unter Anleitung des Gerichts. Dieses stellt aber keine eigenen Ermittlungen an.»*

50 Siehe Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7348.

51 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7350 f.

52 Zu den übrigen Bereichen, für welche die Untersuchungsmaxime gilt, siehe Art. 267 Bst. b-i E ZPO.

53 So Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7358.

54 I.V.m. Art. 274 Abs. 1, Satz 2 E ZPO. Vgl. weiter Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7361, wonach zudem insofern die Offizialmaxime gilt, als die Teilungsregel von Art. 122 ff. ZGB nicht in der freien Disposition der Parteien liegen soll. Das neue Recht soll insofern die (fragliche) bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 129 III 486 f. E. 3.3) korrigieren; vgl. auch Sutter-Somm (FN 2), S. 176, Rz. 843.

55 Vgl. auch Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7360.

56 Anders noch die bundesrätliche Fassung in Art. 243 Abs. 2 E ZPO: *Das Gericht berücksichtigt neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung.*

57 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7346.

* 58 Insofern ist die Rechtslage gerade anders als nach geltendem Recht. Das Bundesgericht hat mehrfach entschieden, dass die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime die kantonalrechtliche Eventualmaxime nicht derogiert, vgl. BGE 118 II 52 E. 2a; 107 II 237 E. 3; 100 Ia 129 E. 6.

59 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7379 zu Art. 324 E ZPO.

60 So etwa Art. 174, 278 Abs. 3 SchKG.

61 Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7276.

62 Vgl. Z.B. Art. 98 ZPO Tessin, Art. 264 ZPO Schaffhausen im Gegensatz etwa zu Art. 191/192 ZPO Bern.

63 Eine derartige Unterscheidung nahm z.B. das deutsche Zivilprozessrecht bis zur sog. Vereinfachungsnovelle im Jahre 1976 vor. Im österreichischen Zivilprozessrecht werden z.T. die sog. negativen Prozessvoraussetzungen als Prozesshindernisse bezeichnet, vgl. *Walter H. Rechberger/Daphne-Ariane Simotta*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Wien 2000, S. 224, Rz. 364; vgl. weiter *Sutter* (FN 18), S. 349 f., Rz. 343.

64 Die heutige Terminologie in den Kantonen ist recht uneinheitlich. Vgl. *Sutter* (FN 18), S. 350 Anm. 1805.

65 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7276. In der Botschaft wird ausgeführt, es handle sich beim Untersuchungsgrundsatz für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen um einen allgemein anerkannten Grundsatz, Es muss jedoch festgehalten werden, dass in Literatur und Judikatur bezüglich der der Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts im Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen de lege lata oft ein anderer Standpunkt vertreten wird. Namentlich im Zusammenhang mit den negativen Prozessvoraussetzungen verlangen die kantonalen Gesetze teilweise, dass fehlende negative Prozessvoraussetzungen durch eine Einrede geltend gemacht werden, vgl. *Sutter* (FN 18), S. 354 f. mit Hinweisen.

66 Vgl. weiter BGE 105 II 159 E. 4; 101 II 378 E. 1.

67 Nach BGE 116 II 386 E. 2 ist die fehlende Prozessfähigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen und zwar auch im Verfahren vor Bundesgericht, unabhängig davon, ob im kantonalen Verfahren ein entsprechender Antrag gestellt wurde. Vgl. weiter BGE 79 II 115 f. E 3.

68 Siehe auch Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7276.

69 Vgl. Auch Art. 130 E ZPO bezüglich mangelhaften, querulatorischen und rechtsmissbräuchlichen Eingaben.

70 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7333.

71 Vgl. jedoch Art. 61 Abs. 2 E ZPO.

72 Vgl. dazu z.B. BGE 130 III 136 ff., 120 II 400 ff., 113 Ia 172 ff., 110 II 255 ff., 110 Ia 143 ff.

73 Vgl. BGE 120 II 7 E. 2.

74 Dazu grundlegend BGE 110 II 352 ff.

75 BGE 123 III 49 ff., 51 E. 1a.

76 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7277.

77 Vgl. etwa BGE 117 II 42 E. 2a ; 117 II 495 E. 2; 108 II 399 E. 2a; 42 II 455 E. 1; *Sutter* (FN 18), S. 351 f.

78 A.M. jedoch *Hans Ulrich Walder-Richli*, SJZ 103 (2007), S. 41 ff., S. 42, der davon ausgeht, dass die Prozessfähigkeit keine Prozessvoraussetzung sei.

79 Vgl. z.B. BGE 96 II 276 E. 1; 77 II 10 f.; 75 II 87 E. 2.

80 Art. 35 Abs. 1 GestG: «Werden bei mehreren Gerichten Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht, so setzt jedes spä-

ter angerufene Gericht das Verfahren aus, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat.»

81 Siehe dazu auch *Thomas Sutter-Somm*, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, ZZZ 2005, S. 3 ff.

82 Siehe auch Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7228: «Zur Frage der Identität besteht eine reiche Rechtsprechung und Literatur, die ihre Bedeutung vollumfänglich beibehält.»

83 Vgl. dazu nun insbesondere *Gregor von Arx*, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel 2007; siehe weiter *Sutter* (FN 18), S. 355 ff; *Sutter-Somm* (FN 2), S. 105 ff., Rz. 512 ff.

84 Gemäss Art. 94 E ZPO legen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest.

85 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7293, wonach das Gericht aus Billigkeitsgründen, z. B. wenn die klagende Partei knapp über dem Existenzminimum lebt, so dass die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege diesbezüglich knapp nicht erfüllt sind, von der Vorschrift abweichen darf.

86 Art. 95 E ZPO bestimmt, dass das Gericht die Parteien bei Bedarf über die mutmassliche Höhe der Prozesskosten sowie über die unentgeltliche Rechtspflege aufklärt. Nach den Erläuterungen in der Botschaft entfällt diese gerichtliche Aufklärungspflicht, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7293.

87 Im Gegensatz zum Kostenvorschuss muss die Sicherheit nicht bar geleistet werden, sondern es sind auch Garantien von Banken und Versicherungen zulässig, vgl. Art. 98 Abs. 1 E ZPO.

88 Vgl. dazu *Marco Chevalier*, ZZZ 2007, S. 325 ff.