

Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts

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

I. Einleitung

Das Zivilprozessrecht hat die Aufgabe und den Zweck, subjektive Privatrechte in einem Gerichtsverfahren durchzusetzen. In vielen europäischen und aussereuropäischen Ländern ist das Zivilprozessrecht in einem Reformprozess: Zahlreiche Staaten haben ihre Zivilprozessgesetze grundlegend oder jedenfalls in wichtigen Bereichen geändert oder es bestehen entsprechende Intentionen. Bei diesen Revisionsarbeiten handelt es sich aber in der Regel nicht um die Schaffung von neuen Kodifikationen, sondern meistens um die Änderung von Gesetzen, die schon lange bestehen. Zu erwähnen sind insbesondere:

- deutsche ZPO-Reform von 2002¹;
- österreichische Zivilverfahrensrechtsnovelle von 2002²;
- Justizreformen in Belgien³;
- umfassende Reform des niederländischen Zivilprozessrechts, die immer noch im Gange ist⁴;
- geplante Reform des japanischen Verfahrensrechts betreffend familienrechtliche Klagen⁵.

Auch im *europäischen Kontext* sind in den letzten Jahren wegleitende Entscheidungen der gesamteuropäischen Justizorgane in autonomer Interpretation von europäischen Übereinkommen zu konstatieren, die das Zivilprozessrecht betreffen, so z. B. die Urteile des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 21 des Europäischen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen betreffend die Rechtshängigkeit und ihre Sperrwirkungen für ein zweites, gleichgerichtetes Verfahren (Fälle *Tatry* und *Gubisch*)⁶.

Harmonisierung und Angleichung des Zivilprozessrechts auf europäischer Ebene⁷ oder für bestimmte Bereiche⁸ gar weltweit, sind ein in Fachkreisen viel diskutiertes Thema.

Von der Ausgangslage her ganz anders präsentiert sich die Situation in der Schweiz. Die schweizerische Rechtsordnung charakterisiert sich dadurch, dass es ein «schweizerisches» Zivilprozessrecht als einheitliches Rechtsgebiet bislang gar nicht gibt. Vielmehr stellen wir ein komplexes Über- und Nebeneinander von Normen fest. Während sich die Frage nach dem Bestand von privaten Rechten und Rechtsverhältnissen nach gesamtschweizerisch einheitlichen Vorschriften beantwortet – im Vordergrund stehen das Zivilgesetzbuch (ZGB) und das Obligationenrecht (OR) –, ist es im Zivilprozessrecht gerade nicht so.

Aufgrund der überkommenen verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ist das schweizerische Zivilprozessrecht ein Konglomerat von verschiedenen Normen des Bundesrechts und von 26 verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen. Ergänzt wird das Ganze durch eine Vielzahl *ungeschriebener* Rechtssätze, die das Bundesgericht durch seine Rechtsprechung anerkannt und konkretisiert hat. Zudem haben die Normen des Bundesrechts keinen einheitlichen Gehalt. Zum Teil handelt es sich um abschliessende Normen, zum Teil um blosse Mindeststandards, die Raum für ergänzendes kantonales Recht offen lassen. Zivilprozessrecht ist deshalb weder im Sinn von *Walther J. Habscheid* kantonales Recht, noch im Sinn von *Oscar Vogel* Bundesrecht. Es ist vielmehr beides, kantonales Recht und Bundesrecht. Klar ist nur, dass sich der Schwerpunkt im Laufe der letzten dreissig Jahre klar in Richtung Bundesrecht bewegt hat.

Nun ist aber auch im kleinräumigen *schweizerischen* Mikrokosmos mit seiner in Europa singulären Situation von 26 verschiedenen kantonalen Gesetzen das Zivilprozessrecht in den letzten Jahren in Bewegung geraten. Nachdem seit 1848 das Zivilprozessrecht grundsätzlich eine Domäne der kantonalen Gesetzgeber war und Vereinheitlichungsvorhaben während rund 150 Jahren keinen Erfolg hatten⁹, ist durch die Annahme des Bundesbeschlusses über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999 in der Volksabstimmung im Jahre 2003 dem Bund eine umfassende und ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz für das Zivilprozessrecht eingeräumt worden. Darüber hinaus sieht er auch eine Kompetenz des Bundes für die Gerichtsorganisation vor, ohne die entsprechende Zuständigkeit der Kantone völlig aufzuheben.¹⁰

Die heute aktuelle Frage lautet deshalb nicht mehr gleich wie in den letzten 150 Jahren: Es geht nicht mehr um das «ob», sondern um das «wie» der Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts durch ein Bundesgesetz.

Bereits vor der Verfassungsänderung von 2003 setzte im Jahre 1999 der damalige Vorsteher des EJPD, Bundesrat *Arnold Koller*, eine fünfzehnköpfige Expertenkommission ein, die ich leiten durfte. Dieses Gremium setzte sich aus Vertreterinnen und Vertretern kantonalen Gerichte, des Bundesgerichts, der Advokatur, der Wissenschaft und der Verwaltung zusammen. Der Auftrag der Kommission lautete folgendermassen: «*Die Kommission hat den Auftrag, die für eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts aus gesetzgeberischer Sicht relevanten Fragen umfassend zu prüfen und innert zwei Jahren einen vernehmlassungsreifen Vorentwurf mit einem Begleitbericht vorzulegen.*»

Diese Expertenkommission begann ihre Beratungen im Juni 1999 und beendete ihre Arbeit im Oktober 2002 mit der Ablieferung des Vorentwurfs mit Begleitbericht¹¹ an das EJPD. Der Vorentwurf, der bei einer einzigen Gegen-

stimme angenommen wurde, ist das Ergebnis ausführlicher und vielfach kontrovers geführter Diskussionen in der Plenarkommission sowie in zahlreichen Subkommissionen. Bei diesen Diskussionen ging es zwar auch um gesetzestechnische Details. Im Vordergrund standen aber bei der Ausgestaltung der einzelnen Elemente und Vorschriften einer künftigen schweizerischen Zivilprozessordnung letztlich *rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts*.

II. Wie soll eine schweizerische Zivilprozessordnung geschaffen werden? (Zur Methode der Rechtsvereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts)

Zwei Gesichtspunkte sind meines Erachtens für diese Frage ganz zentral:

Erstens geht es bei der schweizerischen Diskussion – im Unterschied zu den erwähnten Revisionen ausländischer Zivilprozessgesetze – nicht um die Änderung einer bereits *bestehenden* nationalen Einheitsgesetzes, wie sie etwa Deutschland, Österreich, Frankreich oder Italien schon seit mehr als 100 Jahren kennen. Vielmehr ist die Schaffung einer schweizerischen Zivilprozessordnung gleichbedeutend mit der Ablösung der bestehenden 26 kantonalen Zivilprozessgesetze durch ein einziges Gesetz. Ziel ist damit die Ablösung von Partikularrechten durch eine Kodifikation.

Rechtspolitisch gesehen ist ein derartiges Unterfangen weit schwieriger als die Anpassung und Veränderung eines bereits bestehenden *einheitlichen nationalen* Gesetzes. Die heute mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts verbundenen *rechtspolitischen* Probleme und Schwierigkeiten haben zu einem grossen Teil Wurzeln im ausgeprägten Föderalismus der Schweiz. Diesbezüglich besteht heute bei uns eine ähnliche Situation, wie sie in Deutschland vor der Ablösung der Partikularrechte durch die Deutsche Zivilprozessordnung von 1879 bestanden hat¹². Darin mag wohl auch ein Grund liegen, dass heute ausländische Prozessualisten, die aufgrund der entsprechenden Staatsstruktur aus eigener Erfahrung nur die Einheitsgesetzgebung kennen¹³, die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts nur nachvollziehen können, wenn sie sich auch mit den schweizerischen rechtspolitischen Realien vertraut gemacht haben.

Zwischen den verschiedenen kantonalen Zivilprozessgesetzen bestehen in wichtigen Fragen wesentliche Unterschiede. Andernfalls wäre es auch kaum nachvollziehbar, weshalb nicht ohne Weiteres Konsens über die Ausgestaltung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung möglich sein sollte. Die Unterschiede der kantonalen Zivilverfahrensrechte liegen weniger in den Grundstrukturen des Prozesses, die ohnehin in allen europäischen Ländern ähnlich sind, als in wichtigen Einzelfragen. Die Lösung dieser Fragen wird somit zum rechtspolitischen Problem.

Man könnte nun folgendermassen argumentieren: Diese Schwierigkeiten würden entfallen, wenn man eine kantonale Zivilprozessordnung, z. B. diejenige von *Zürich* – wegen der Grösse des Kantons – oder diejenige von *Glarus* – weil sie die neueste ist – gewissermassen als «Modellgesetz» zum Vorbild nehmen und entsprechend adaptieren würde. Ein solches Vorgehen wäre wenig erfolgsversprechend, weil damit das Funktionieren des politischen Systems in der schweizerischen Gesetzgebung schlicht ignoriert würde. Der Misserfolg wäre so vorprogrammiert. Beleg dafür sind gescheiterte Vereinheitlichungsbestrebungen in den späten sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts, die sich damals zu stark an das bernische Zivilprozessrecht anlehnten¹⁴. Erst recht unsinnig wäre der Versuch, einfach eine ausländische Zivilprozessordnung, z. B. diejenige von Deutschland oder Österreich zu kopieren.

Der *zweite* zentrale Gesichtspunkt liegt gewissermassen in der *Natur der Sache* selbst: Das Zivilprozessrecht hat einheitliche Rechtsinstitute für den Verfahrensgang festzulegen. Regelmässig kann den Parteien vom Gesetzgeber nicht eine ganze Palette von Verfahrensmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Jedes Verfahren, z. B. der ordentliche Prozess oder das summarische Verfahren, muss eine *bestimmte Struktur* haben. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zur Situation bei der abschliessenden Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts Ende des 19. und anfangs des 20. Jahrhunderts durch das Zivilgesetzbuch. *Eugen Huber* hat in seinem monumentalen Werk «Geschichte und System des Schweizerischen Privatrechts» die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede der kantonalen Privatrechte herausgearbeitet. In der Folge konnte er dann in seinem Vorentwurf gewichtige rechtspolitische Fragen, bedingt durch Unterschiede in den kantonalen Privatgesetzbüchern, entschärfen, indem beispielsweise eine Mehrzahl von ehelichen Güterständen oder verschiedene Grundpfandarten in den Entwurf bzw. das Gesetz aufgenommen wurden. Die Schaffung derartiger Wahlmöglichkeiten besteht bei der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts nur sehr beschränkt.

Obwohl es teilweise in der momentan geführten Diskussion ignoriert wird, sind auch in der schweizerischen Prozessrechtswissenschaft während Jahrzehnten entsprechende Vorarbeiten geleistet worden, indem die kantonalen Zivilprozessordnungen miteinander verglichen worden sind. Zu erwähnen sind namentlich die wichtigen Arbeiten von *Schurter* und *Fritzsche*, von *Guldener* und *Kummer* und bis in die jüngste Zeit von anderen Autoren und Autorinnen. In der Schweiz sind fundierte Kenntnisse über die Unterschiede und die Gemeinsamkeiten der kantonalen Gesetze vorhanden, die durch eine Kodifikation des Zivilprozessrechts für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen abgelöst werden sollen. Auch die Zivilprozessgesetze wichtiger europäischer Staaten, namentlich diejenigen unserer Nachbarländer, werden in der Schweiz – wohl mehr als umgekehrt – durchaus zur Kenntnis genom-

men, zumal diese Rechtsordnungen durch umfangreiche Fachliteratur erschlossen sind. Nun liegt aber die Schwierigkeit der Rechtsvereinheitlichung weniger in den dogmatischen Grundstrukturen als in den 26 kantonalen Gesetzen mit der entsprechenden Lösungsvielfalt für wichtige Einzelfragen. Man hat so gewissermassen die «Qual der Wahl».

Die Beratungen in der Expertenkommission fanden nicht im rechtspolitischen «Niemandland» statt. Zwei Gesichtspunkte sind zentral: Erstens beinhalteten die Beratungen zu einem erheblichen Teil das Vergleichen von kantonalen Prozessgesetzen, also gewissermassen angewandte Rechtsvergleichung. Zweitens wurden anhand von verschiedenen rechtspolitischen Thesen die zentralen Eckpfeiler einer künftigen schweizerischen Zivilprozessordnung konzipiert. Diskussionsbasis war der unterschiedliche «Background» der Experten und Expertinnen bezüglich des Vorverständnisses aufgrund des eigenen vertrauten Zivilprozessrechts und der beruflichen Tätigkeit. Der Vorentwurf ist das Ergebnis dieses Meinungsbildungsprozesses. Nicht etwa die technische Formulierung von einzelnen Normen war die Hauptschwierigkeit, sondern die Konsensfindung in den rechtspolitischen Grundentscheidungen.

Im heutigen Zeitpunkt ist die rechtspolitische Diskussion keineswegs abgeschlossen. Vielmehr sind erste, aber wichtige Etappen absolviert. Von Juni bis Ende Dezember 2003 fand die Vernehmlassung bei den interessierten Organisationen statt. Am 15. September 2004 hat der Bundesrat, nachdem er von den Vernehmlassungsergebnissen Kenntnis genommen hat, das EJPD mit der *Ausarbeitung des Entwurfs mit Botschaft* beauftragt. Diese bundesrätliche Botschaft wird die Grundlage für die Beratungen im Parlament sein. Geplant ist, dass die Botschaft dem Parlament im nächsten Jahr zugeleitet werden kann.

Insbesondere seit der Veröffentlichung des Vorentwurfs fand eine intensive Diskussion in der Fachwelt statt. Dabei stiess der Vorentwurf im Grundsätzlichen auf eine breite Zustimmung, auch wenn in zahlreichen Einzelfragen Verbesserungsvorschläge gemacht wurden. «Fundamentalopposition» gegen den Vorentwurf kommt in erster Linie von Professoren, die nicht am Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren¹⁵. Diese Kritik ist zu beherzigen, soweit die vorgebrachten Argumente stichhaltig sind.

Bevor ich auf weitere *wichtige rechtspolitische Gesichtspunkte* näher eingehe, möchte ich auf eine vor rund 80 Jahren gemachte Äusserung eines bedeutenden deutschen Prozessualisten hinweisen. Meines Erachtens ist sie heute so wesentlich wie damals und vor allem gerade für die aktuellen schweizerischen Kodifikationsbestrebungen ganz zentral: «Jede Zivilprozessrechtsreform 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 geklärt wird, und doch bemühen sich Generationen und Generationen immer wieder von Neuem um die Prozessrechtsreform.»¹⁶

Dass diese Aussage von *Friedrich Stein* zutreffend ist, zeigt gerade die Schweiz mit ihren 26 verschiedenen kantonalen Zivilprozessgesetzen, die jeweils eine durchschnittliche Geltungsdauer von ungefähr 30 bis 40 Jahren haben. Bei jeder Revision einer kantonalen Zivilprozessordnung ist es immer wieder um dieses Phänomen gegangen, nämlich der *Suche nach einem optimierten Verfahrensrecht bei bestimmten rechtspolitischen Parametern*. So sind zwischen 1819 und 1997 in der Schweiz insgesamt 93 neue Zivilprozessordnungen erlassen worden. Insofern bietet keine andere europäische Rechtsordnung einen *derartigen Reichtum an Erfahrungen im Bereich der Gesetzgebung zum Zivilprozessrecht*. Mit anderen Worten ist die Schweiz kein *«zivilprozessrechtliches Entwicklungsland»*. Das ist im Allgemeinen auch von der ausländischen Fachwelt so gesehen worden. So führt etwa *Dahlmanns* im grossen Handbuch von *Coing* zur europäischen Rechtsgeschichte Folgendes aus: *«Der Beitrag der Schweiz auf zivilprozessualen Gebiet besteht deshalb nicht in der Herausarbeitung und dogmatischen Festigung eines bestimmten Verfahrenstyps, wie er uns etwa im gemeinen, im französischen, im preussischen und österreichischen Prozess oder auch in einer der deutlich eingrenzbaeren Mischformen entgegentritt. Vielmehr tut sich hier, im Schnittpunkt dreier europäisch bedeutsamer Sprach- und Kulturgebiete, ein 25 verschiedene Rechtsordnungen einbeziehendes Experimentierfeld für die Entwicklung und Verbindung unterschiedlicher Prozessformen und -strukturen auf, das es so kein zweites Mal mehr gibt.»*¹⁷

Anders wird dies in einem vor einigen Monaten erschienenen Beitrag eines seit kurzem in Zürich wirkenden österreichischen Prozessualisten gesehen, welcher die *«schweizerische Tradition»* auf eine *«Fusion ausländischer Einflüsse mit inländischen Traditionen»* reduziert¹⁸. Diese Betrachtungsweise ist meines Erachtens unzutreffend. Denn nachgewiesenermassen sind die Einflüsse der deutschen und der österreichischen Zivilprozessordnung auf die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts insgesamt als eher gering einzustufen¹⁹. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass in den meisten Kantonen die ersten Kodifikationen bereits geschaffen waren, bevor im Jahre 1877 in Deutschland und im Jahre 1897 in Österreich diese beiden nationalen Gesetzbücher vorlagen.

Zudem stellt sich ohnehin die Frage, ob es bei der Ausarbeitung einer ersten gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung noch sinnvoll ist, danach zu fragen, ob bestimmte Elemente einer kantonalen Zivilprozessordnung – wenn überhaupt – mehr vom deutschen oder mehr vom französischen Recht beeinflusst wurden. Diese Fragestellung mag rechtshistorisch von Interesse

sein²⁰, für das anstehende Gesetzgebungsverfahren ist sie weitgehend irrelevant²¹. Viel wichtiger ist etwa folgende Frage: Gewichtet der Vorentwurf das schriftliche Element zu stark auf Kosten der mündlichen Verfahrenselemente und zwar unabhängig davon, ob die Schriftlichkeit ihre Wurzeln im gemeinen Zivilprozess und das mündliche Verfahren seine Vorläufer im französischen Code de procédure civile hat?

Die *schweizerische Eigenständigkeit* manifestiert sich insbesondere darin, dass die bisherige zivilprozessuale Gesetzgebung viel pragmatischer und offener ist als z. B. in Deutschland. Ein anschauliches Beispiel ist die Problematik des Streitgegenstands, ein zentrales, aber auch sehr komplexes Rechtsinstitut des Zivilprozessrechts. Die Frage nach dem Streitgegenstand eines konkreten Prozesses entscheidet unter anderem darüber, ob ein Parallelprozess wegen Rechtshängigkeit des identischen Streitgegenstands in einem früher eröffneten Prozess ausgeschlossen ist. Die gleiche Frage stellt sich bezüglich zwei zeitlich hintereinander liegenden Prozessen. Das Problem besteht dann darin, dass ein bestimmter Streitgegenstand bereits einmal rechtskräftig beurteilt wurde und deshalb nicht ein zweites Mal zum Gegenstand eines Prozesses gemacht werden kann (*«ne bis in idem»*).

Von akademischer Seite ist kritisiert worden, dass im Vorentwurf *keine gesetzliche Regelung* betreffend den *Inhalt* und die *objektiven* und *subjektiven Grenzen der Rechtskraft* zu finden sei. Diese Aussage kann nur dahingehend verstanden werden, dass eine gesetzliche Definition des Streitgegenstands postuliert wird. Als löbliches Beispiel wird unter anderem die deutsche Zivilprozessordnung (§§ 322, 325 ff. DZPO) ins Feld geführt²².

Gerade aber auch diese deutschen gesetzlichen Regelungen leisten das nicht, was in der Kritik am Vorentwurf verlangt wird, nämlich die Probleme im Zusammenhang mit der Umschreibung der materiellen Rechtskraft und ihrer objektiven Grenzen zu lösen. Vielmehr werden in der deutschen Lehre ganz unterschiedliche Auffassungen zur Streitgegenstandsproblematik vertreten. Wirft man einen Blick in das Werk von *Musielak*, einem der führenden Kommentatoren der deutschen Zivilprozessordnung, so findet man eingangs der Kommentierung zu § 322 DZPO folgende Aussage: *«Der Gesetzgeber setzt das Rechtsinstitut der materiellen Rechtskraft voraus, wenn er in § 322 Abs. 1 den Umfang der Rechtskraftwirkung bestimmt. Diese Vorschrift ist als gesetzgeberische Reaktion gegenüber Auffassungen anzusehen, die weitergehend die materielle Rechtskraft auch auf tragende Begründungselemente der gerichtlichen Entscheidung ausdehnen wollten»*. Mit anderen Worten findet sich auch in der *deutschen* Zivilprozessordnung keine Legaldefinition des Streitgegenstands.

Nicht anders ist es etwa im österreichischen Zivilprozessrecht. In einem der Standardwerke zum österreichischen Zivilprozessrecht findet man folgende Ausführungen, die meines Erachtens für sich selber sprechen: *«Da die*

ZPO den Streitgegenstand nicht definiert hat, gibt es eine Reihe divergierender Auffassungen über die Elemente des Streitgegenstandsbegriffs. Entstanden ist eine für die Prozessrechtslehre typische Theorienblüte, deren Begrifflichkeit der zur Lösung der praktischen Probleme notwendigen teleologischen Auslegung der ZPO nicht immer gerecht wird. Auch unter dem Einfluss der Europäisierung des Zivilprozessrechts (...) wird manche scharfsinnige Überlegung dieses Theorienstreits einer neuerlichen Überprüfung bedürfen.»²⁴

In der Schweiz hat sich nicht erst die Expertenkommission Gedanken über den Streitgegenstand bzw. die objektiven (und subjektiven) Grenzen der Rechtskraft und eine mögliche gesetzliche Umschreibung gemacht. Es ist in diesem Zusammenhang von Interesse, was die Meinung der beiden bedeutendsten Schweizer Prozessualisten der letzten 50 Jahre ist. Max Kummer, der sich immer wieder mit dem Problem auseinandergesetzt hat, vertrat folgende Auffassung: «Wann nun die Verschiebung im Sachverhaltsausschnitt die Identität des eingeklagten Anspruchs ändere, wann nicht (was eine Frage des Bundesprivatrechts ist), darüber wird gestritten, seit die Prozessrechtslehre diese Probleme erkannt hat. Es ist die schwierigste Frage geworden, Teil der allgemeinen Frage nach dem Streitgegenstand. Überblickt man die Lehrmeinungen und ihr Fiasko im Bemühen um begrifflich scharfe Lösungen, dann wäre man versucht zu sagen, dass es letztlich im engsten Grenzbereich eine Ermessensfrage, eine Frage vernünftiger Abwägung wird, wann leichte Verschiebungen des Sachverhalts, wie andere rechtliche Betrachtungsweise ihr ruft, noch als Substanzenierung dieses nämlichen Klageanspruchs gelten kann und folglich gewissermassen bloss ergänzendes Vorbringen im Rahmen ein und desselben Lebensvorgangs darstellt, wann dagegen diese neuen Sachvorbringen über blosser Ergänzung hinausgehen und eine neue selbständige Begründung der Klageforderung liefern. Das ist deshalb so schwierig, weil sich einerseits der Kreis der rechtlich erheblichen Sachumstände nach den gesetzlichen Tatbeständen richtet, andererseits der Kreis der in Betracht fallenden gesetzlichen Tatbestände sich nach dem Sachverhalt, dem Geschehnis bestimmt. Aus dieser Zwickmühle ist noch kein Prozessualist überzeugend ausgebrochen.»²⁵

Im Ergebnis die gleiche Meinung vertritt der andere Grosse der schweizerischen Zivilprozessualisten Max Guldener²⁶. Schliesslich ist auch der ehemalige Präsident des Bundesgerichts Hans Peter Walter in einer kürzlich publizierten Würdigung des Vorentwurfs zu einer schweizerischen Zivilprozessordnung – unter Berufung auf Kummer – zum gleichen Schluss gekommen²⁷.

Als löbliches Beispiel zur gesetzlichen Umschreibung des Streitgegenstands bzw. der Rechtskraft führt Oberhammer § 191 Absatz 1 der zürcherischen Zivilprozessordnung an²⁸. Diese Vorschrift ist indessen eine blosser Scheinlösung. Denn diese Bestimmung normiert den Streitgegenstand nicht inhaltlich, sondern lediglich die Ausschlusswirkung für einen Zweitprozess. Zudem ist die Bestimmung unzutreffend, soweit es um Gestaltungsurteile mit

«erga omnes-Wirkung» geht. In diesen Fällen kann das Urteil eben auch für nicht am seinerzeitigen Prozess beteiligte Personen Bindungswirkung haben²⁹. Hinzu kommt, dass die Umschreibung der zürcherischen Zivilprozessordnung etwa die Probleme im Zusammenhang mit der Verrechnung³⁰ oder der Teilklage³¹ weder aufnimmt, noch gar löst.

Zusammenfassend kann anhand des wichtigen und recht anschaulichen Beispiels des Streitgegenstands festgehalten werden, dass entsprechend bisheriger schweizerischer Rechtssetzungstradition solchen Schwierigkeiten durch eine offene Gesetzgebung zu begegnen ist, um der Gerichtspraxis auch weiterhin die nötige Flexibilität zu geben. Konkret bedeutet dies, dass es Sinn macht, den Begriff des Streitgegenstands eben gerade nicht gesetzlich zu definieren, sondern seine Konturierung der Rechtsprechung zu überlassen. Auch in anderen Zusammenhängen – etwa im Familienrecht – ist einem solchen *pragmatischen* Vorgehen einer akademisch geprägten Scheinsicherheit zu Recht der Vorzug gegeben worden. Zu denken ist etwa an die Stichworte «Kindeswohl», fehlender Regelunterhalt beim nahehelichen Unterhalt oder «wichtige Gründe». «Mehr Sein als Schein», kann auch in der Gesetzgebung eine Tugend sein.

Ein weiterer von *Oberhammer*³² kritizierter Punkt ist schliesslich der Umstand, dass der Vorentwurf – anders als etwa die als Beispiele angeführten Staaten Deutschland, Russland oder Japan – für die *Schiedsgerichtsbarkeit* nicht auf das UNCITRAL-Modellgesetz zurückgreift. Die Schiedsgerichtsbarkeit stelle ein weiteres Beispiel für eine Materie dar, bei welcher die Anforderungen an eine bundesrechtliche Prozessrechtskodifikation zu wenig reflektiert worden seien. Zunächst ist einfach als Faktum festzuhalten, dass der Schiedsgerichtsplatz Schweiz eine andere, nämlich viel grössere Bedeutung als etwa Deutschland oder Russland hat. Wie fragwürdig die Kritik ist, zeigt ein kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte des betreffenden Teils des Vorentwurfs. Im Anschluss an einen ersten Entwurf von *Gerhard Walter*, der nun als Alternativentwurf zur Schiedsgerichtsbarkeit in publizierter Form vorliegt³³, kam die mit hochkarätigen Experten aus Theorie und Praxis bestückte Subkommission «Schiedsgerichtsbarkeit» nach ausführlichen Diskussionen praktisch einhellig zum Schluss, dass eine «Einheitslösung» für die nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit für die Schweiz keine gute Lösung sei. Das liberale Modell des 12. Kapitels des IPRG habe sich in der Praxis ausserordentlich gut bewährt und es bestehe nicht der geringste Anlass für eine Revision³⁴. Damit blieb einzig die Frage, ob allenfalls für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit vom UNCITRAL-Modellgesetz auszugehen oder ob das bestehende Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit als Grundlage zu wählen sei. Die Subkommission Schiedsgerichtsbarkeit hat sich mit grosser Mehrheit für die letztere Lösung ausgesprochen. Diese hat rechtspolitisch den Vorteil, dass ein Modell vorliegt, zu dem die Kantone bereits einmal ja

gesagt haben. Es wurde aber die Gelegenheit benützt, zahlreiche Schwachstellen des Konkordats auszumerzen. Ein Punkt ist jedoch klar: Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist von ihrer Bedeutung her gesehen kein Punkt, der zu unüberwindlichen Schwierigkeiten im Gesetzgebungsverfahren führen wird. Das gleiche lässt sich meiner Meinung nach jedoch nicht sagen, wenn vorgeschlagen worden wäre, das 12. Kapitel des IPRG durch das UNCITRAL-Modellgesetz abzulösen. Das Vernehmlassungsverfahren hat im Übrigen die Richtigkeit dieses Vorgehens gezeigt.

III. Kontinuität oder «grosser Wurf»?

Im Vernehmlassungsverfahren ist vereinzelt von akademischer Seite kritisiert worden, dass eine neue schweizerische Zivilprozessordnung sich an ausländischen Rechtsordnungen orientieren müsse und dass der Vorentwurf in erster Linie unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten hätte erarbeitet werden müssen. Gemeint ist damit wohl, dass der Gesetzesentwurf nicht auf dem letzten internationalen Stand sei. Es trifft nun tatsächlich zu, dass der Vorentwurf auf dem erprobten Boden der schweizerischen Prozessrechtstradition steht, sowohl was die Systematik, die Sprache und Terminologie wie die herkömmlichen Verfahrensarten betrifft. In den meisten Stellungnahmen ist diese Methode der Gesetzgebung jedoch begrüsst worden.

Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs kann meines Erachtens nicht bedeuten, den Traum einer *subjektiv optimalen* Prozessordnung zu realisieren. Die traditionelle Vorgehensweise der schweizerischen Gesetzgebung, einen ersten Entwurf von einer aus unterschiedlichen Kreisen zusammengesetzten Expertenkommission ausarbeiten zu lassen und dann das Ergebnis im weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens weiterzubearbeiten, beruht auf der Überlegung, dass nicht nur die dogmatische Stringenz und Geschlossenheit des Gesetzeswerks, sondern auch *Praxistauglichkeit* und vor allem *politische Realisierbarkeit* Prüfsteine sein müssen.

Dass der Vorentwurf nicht auf einer bestimmten kantonalen Ordnung beruht, sondern vorwiegend eine eigentliche *Synthese* und *Weiterführung* der in der Schweiz bereits *etablierten Rechtstraditionen* beinhaltet, ist keineswegs neu. Nicht anders ging etwa *Eugen Huber* bei der Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vor³⁵. Bekanntlich schneidet dieses Gesetzgebungswerk im internationalen Vergleich nicht schlecht ab. Das Zivilgesetzbuch ist das schlagende Beispiel, dass weder Kontinuität schlechte Gesetzgebung zur Folge hat, noch dass diese Methode dem Inhalt abträglich ist. Nicht damals und auch nicht heute liegt darin falsch verstandener Patriotismus. Sondern es ist das rechtspolitische Bestreben, ein möglichst praxistaugliches Gesetzbuch mit vertrauten Rechtsinstituten zur Verfügung zu stellen. Aus diesem Grund etwa ist darauf zu verzichten – obwohl teilweise

so gefordert –, das für die Schweiz masslos überdimensionierte Rechtsinstitut der *class action* des angelsächsischen Rechtskreises zu übernehmen. Für die schweizerischen Verhältnisse genügt das Institut des gemeinsamen Vorgehens mittels einfacher Streitgenossenschaft. Gleiches gilt z.B. auch für das Recht der *Schiedsgerichtsbarkeit*. Es gibt – wie bereits erwähnt – keine durchschlagenden Gründe, das 12. Kapitel des IPRG, das sich in der Schiedsgerichtspraxis bestens bewährt hat, durch eine Einheitsgesetzgebung für die nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Sinne der UNCITRAL-Modellgesetzgebung abzulösen³⁶. Der Vorentwurf schlägt auch hier den Weg der Kontinuität ein, indem für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit das bestehende Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit übernommen wird – allerdings mit gewissen Verbesserungen – und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht beibehalten wird. Weiter wurde auch darauf verzichtet, neue Streiterledigungsmodelle, namentlich die sog. Mediation, in der Schweizerischen Zivilprozessordnung zu verankern. Damit wird nicht das Bedürfnis nach Mediation und deren Berechtigung einfach apodiktisch negiert. Dies zeigt z.B. der Umstand, dass den Mediatoren und Mediatorinnen für ihre Tätigkeit ein Verweigerungsrecht bei der Mitwirkung im Prozess zugestanden werden soll³⁷. Verneint wird aber die sachliche Notwendigkeit, die Mediation in das zivilprozessuale Verfahren einzubauen.

IV. Die hauptsächlichen rechtspolitischen Knackpunkte

Was im gegenwärtigen Zeitpunkt die für die schweizerische Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts wirklich heiklen rechtspolitischen Fragen sind, haben einerseits die Diskussionen in der Expertenkommission und andererseits das Vernehmlassungsverfahren deutlich gemacht. Es geht dabei vor allem um folgende Themenkreise:

- Koordination zwischen Zivilprozessrecht und Gerichtsorganisation, Abstimmung der beiden in Vorbereitung befindlichen Gesetze *«Schweizerische Zivilprozessordnung»* und *«Bundesgerichtsgesetz»*;
- Mass der eigenen Aktivität des Gerichts im ordentlichen Verfahren;
- Prozessdauer bzw. Beschleunigung und materielle Wahrheitsfindung, insbesondere die *Eventualmaxime*;
- Ausgestaltung der besonderen Verfahrensarten, insbesondere die Frage des sog. *«sozialen Zivilprozesses»*;
- Gewichtung der schriftlichen und mündlichen Elemente im ordentlichen Prozess und in den besonderen Verfahrensarten;
- Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems;
- Kosten der Ziviljustiz.

Im Folgenden werden einige dieser Probleme, die sich in der Vergangenheit insbesondere auch bei Revisionen kantonaler Zivilprozessordnungen immer wieder gestellt haben, etwas näher untersucht. Ihre *einheitliche* Regelung ist infolge der nun laufenden Kodifikationsbestrebung unumgänglich.

1. Koordination zwischen Zivilprozessrecht und Gerichtsorganisation

Unsere Nachbarstaaten haben nicht nur das Zivilprozessrecht, sondern auch die Gerichtsorganisation vereinheitlicht. Aus rechtspolitischen Gründen, aber auch in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung³⁸, sieht der Vorentwurf keine Vereinheitlichung der Gerichtsorganisation vor. Ein solcher Schritt wäre im heutigen Zeitpunkt nicht realisierbar. Auch von der Sache her ist es sinnvoll, dass Kantone wie z. B. Zürich und die beiden Appenzel nicht einfach über einen «bundesrechtlichen Leisten» geschlagen werden.

Gewisse bundesrechtliche Eingriffe sind aber unabdingbar, wenn ein einheitlicher Verfahrensgang realisiert werden soll. Dies gilt zunächst für die Einleitung des Verfahrens. Ein einheitliches Zivilprozessrecht setzt voraus, dass Prozesse in jedem Kanton auf die gleiche Weise eingeleitet und vor allem gleich schnell rechtshängig gemacht werden können. Der Vorentwurf regelt deshalb einheitlich, ob vor dem eigentlichen Erkenntnisverfahren obligatorisch oder freiwillig eine Schlichtungsinstanz anzurufen ist. Die im Zusammenhang mit der sog. Klageanhebung und deren Verwendung zur Umschreibung der Rechtshängigkeit im Scheidungsprozess (Art. 136 Abs. 1 ZGB) getroffenen Regelungen vermögen *de lege ferenda* nicht zu überzeugen. Der Vorentwurf schlägt gerade einen umgekehrten Weg vor, nämlich einheitliche zeitliche Bestimmung der Rechtshängigkeit und daran anknüpfend eine gesetzliche Umschreibung der Klageanhebung.

Im Übrigen bedingt ein künftiges bundesrechtliches Rechtsmittelsystem für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen grundsätzlich eine einheitliche Lösung, das heisst gleich viele Rechtsmittelinstanzen in jedem Kanton.

Die Schwierigkeit, die damit verbunden ist, zeigt sich im Zusammenhang mit den Handelsgerichten. Wenige Kantone kennen Handelsgerichte, die hierarchisch auf der zweiten Gerichtsebene in den betreffenden Kantonen angesiedelt sind. Gegen Urteile der Handelsgerichte ist, anders als in den übrigen Kantonen, kein ordentliches Rechtsmittel an eine kantonale Instanz gegeben. Vielmehr ist direkt zivilrechtliche Berufung an das Bundesgericht zu führen. Das rechtspolitische Dilemma, das damit verbunden ist, lässt sich folgendermassen auf den Punkt bringen: Entweder wird allen Kantonen die Schaffung eines auf der zweiten Hierarchieebene angesiedelten Handelsgerichts als Fachgericht für gewisse Streitigkeiten vorgeschrieben oder aber auch für die Urteile dieser Gerichte wird von Bundesrechts wegen ein doppelter Instanzenzug im Kanton vorgeschrieben. Beides wäre nicht besonders

sinnvoll. Im ersten Fall würde den kleineren Kantonen eine überdimensionierte Gerichtsstruktur aufoktroziert. Im zweiten Fall würden die bestehenden, hoch qualifizierten Fachgerichte abgewertet und wären sachlich nicht mehr gerechtfertigt. Aus diesem Grund sieht der Vorentwurf eine Kompromisslösung vor, die darin besteht, dass die Urteile von Handelsgerichten nur bezüglich Rechtsfragen von einer kantonalen Instanz frei überprüfbar sind³⁹. Das Vernehmlassungsverfahren hat nun aber gezeigt, dass offenbar ein inkongruenter Rechtsschutz in Kauf genommen werden soll und Handelsgerichtsurteile innerkantonal überhaupt nicht anfechtbar sein sollen. Würde der Gesetzgeber diesem Anliegen nachkommen, so hätte dies zur Konsequenz, dass für eine gleiche Streitigkeit in den Kantonen ohne Handelsgerichte ein doppelter kantonalen Instanzenzugeröffnet würde, während in den Handelsgerichtskantonen die Handelsgerichte im Kanton letztinstanzlich entscheiden würden. Willkürliche Tatsachenfeststellung könnte im kantonalen Verfahren nicht gerügt werden und die Rechtskontrolle würde allein vom Bundesgericht wahrgenommen.

Dass allgemein Gerichtsorganisation und Rechtsmittelsystem heikle rechtspolitische Fragen nach sich ziehen, wird auch deutlich, wenn man an das Zürcher Kassationsgericht denkt. Diesem Gericht könnten zwar neue Aufgaben zugewiesen werden, z. B. die Rechtskontrolle von Urteilen des Handelsgerichts. Weil aber *de lege ferenda* – jedenfalls im jetzigen Zeitpunkt – kein Rechtsmittel von der zweiten an eine dritte kantonale Instanz vorgesehen ist, würde die heutige Hauptaufgabe des Zürcher Kassationsgerichts entfallen. Dies ist zum Teil bereits auch kritisiert worden⁴⁰.

Weiter ist es die Frage, ob anderes, das wünschbar oder vielleicht sogar nötig erscheint, bei der anstehenden Kodifikation des Zivilprozessrechts bereits realisiert werden soll und kann. Zu denken ist etwa an den Ruf nach *Familiengerichten*⁴¹. Zieht man in Betracht, dass bei der Revision des Scheidungsrechts ein harmloser unechter Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts bereits in der Kommission des Erstrats gestrichen wurde⁴², so erscheint ein entsprechender Vorschlag im jetzigen Zeitpunkt als wenig Erfolg versprechend. Ähnliches gilt für die Frage, ob über die allgemeine juristische Ausbildung hinausgehende fachliche Anforderungen an Richterinnen und Richter zu stellen sind.

Bei all diesen Fragen gilt es zu bedenken, dass die Äufnung zusätzlicher Ressourcen zugunsten der Rechtsprechung nicht von der allgemeinen finanzpolitischen «Grosswetterlage» isoliert werden kann. So kann es nicht überraschen, dass als ein zentrales Postulat der kantonalen Vernehmlassungen die Kostenneutralität der Revision bezeichnet worden ist.

2. *Mass der eigenen Aktivität des Gerichts im ordentlichen Verfahren*

Die Frage nach der Aktivität bzw. Passivität des Gerichts im *ordentlichen* Prozess ist ein rechtspolitisches Problem, das in den kantonalen Prozessgesetzen in Nuancen unterschiedlich geregelt ist. Ein Überblick über die kantonalen Prozessgesetze zeigt, dass in der Schweiz unterschiedliche Modelle gelten⁴³. Neben Prozessordnungen, in denen das Gericht bezüglich der Stellung richtiger Rechtsbegehren und der Sammlung des Prozessstoffes mehrheitlich passiv bleibt, bestehen verschiedene Intensitäten des gerichtlichen Aufklärens und Fragens, wobei in der Praxis nicht allein die jeweilige Formulierung in der betreffenden Zivilprozessordnung massgebend ist, sondern letztlich auch das jeweilige individuelle Prozessrechtsverständnis von Richtern und Richterinnen («gerichtliches Fragerecht, gerichtliche Fragepflicht»). So bestimmt etwa der von Befürwortern einer extensiven Fragepflicht gerne ins Feld geführte § 97 Abs. 2 der basellandschaftlichen Zivilprozessordnung Folgendes: «*Es ist Pflicht des Gerichts, darauf hinzuwirken, dass keine Partei aus Vergessenheit, Gesetzesunkunde oder Befangenheit ihres Rechtes verlustig geht. Es stellt zu diesem Zweck die geeigneten Fragen.*» Obwohl es sich dabei von der Gesetzssystematik her klar um eine allgemeine Bestimmung im Zusammenhang mit der Prozesseinleitung handelt, hat die Bestimmung im Gerichtsalltag des ordentlichen Verfahrens kaum eine praktische Bedeutung. Andere Kantone wie z. B. Zürich kennen eine allgemeine richterliche Fragepflicht, die nicht blosser Buchstabe ist⁴⁴.

Eine eigentliche Sonderstellung nimmt das bernische Zivilprozessrecht ein, in welchem das Gericht eine im gesamtschweizerischen Vergleich überdurchschnittlich aktive Rolle wahrnehmen kann. Es ist denn auch nicht erstaunlich, dass der ehemalige Bundesgerichtspräsident *Walter*, ein Berner, mehr Flexibilität fordert als in Art. 51 des Vorentwurfs vorgesehen. Damit liesse sich zugleich vermeiden, dass die ohnehin nicht einfach zu rechtfertigende Schere zwischen den «sozialen» und den offensichtlich «asozialen» Zivilprozessen über Gebühr gespreizt werde⁴⁵. Dass die relativ aktive Rolle des Gerichts im bernischen Zivilprozess auf Einflüsse der von *Franz von Klein* geschaffenen österreichischen Zivilprozessordnung zurückgeht, ist keine neue Erkenntnis. Die Frage bleibt aber, was man für eine schweizerische Zivilprozessordnung als sachgerecht qualifiziert. Dies zu entscheiden, wird letztlich Aufgabe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens sein.

3. *Prozessdauer bzw. Verfahrensbeschleunigung und materielle Wahrheitsfindung, insbesondere die Eventualmaxime*

Wer sich einmal die Mühe nimmt, die 26 kantonalen Zivilprozessordnungen durchzusehen, wird schnell erkennen, dass nicht nur bei der soeben ange-

schnittenen zulässigen *eigenen Aktivität des Gerichts*, sondern auch bei der Ausgestaltung der *Eventualmaxime* sehr unterschiedliche kantonale Modelle existieren. Man könnte dieses Problem – wie dies in der rechtspolitischen Diskussion kürzlich geschehen ist – auch durch die etwas polemische Formulierung *«materielle Wahrheitsfindung versus Erledigungsmaxime»*⁴⁶ auf den Punkt bringen.

Bei der *Eventualmaxime* geht es bekanntlich um die zeitliche Guillotine bezüglich der Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen, neuer Beweismittel und neuer Rechtsbegehren. Bezüglich dieser Frage lassen sich die kantonalen Zivilprozessgesetze in drei Kategorien einteilen. Eine erste Gruppe von Kantonen handhabt die *Eventualmaxime* ausserordentlich streng, und es gilt die Grundregel *«alles in der ersten Rechtschrift»*. Dazu gehören *Basel-Stadt*, *Basel-Landschaft*⁴⁷ und teilweise auch *Graubünden*⁴⁸. Auf der anderen Seite kennt z. B. die *Luzernische Zivilprozessordnung* eine völlig andere Regelung. Abgesehen davon, dass bereits im erstinstanzlichen Verfahren die *Eventualmaxime* viel weniger streng ausgestaltet ist⁴⁹, können im zweitinstanzlichen Verfahren vor der Appellationsinstanz grundsätzlich unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden und so Versäumtes (und angeblich Versäumtes) nachgeholt werden⁵⁰. So ist es auch im St. Galler Zivilprozess. Auch hier können sog. *unechte Noven* (Tatsachen, Beweismittel) geltend gemacht werden, die ohne Weiteres bereits vor der ersten Instanz hätten in den Prozess eingeführt werden können⁵¹. Das bedeutet, dass bezüglich Tatsachen und Beweismitteln vor der zweiten Instanz eigentlich ein neuer Prozess stattfinden kann und das erstinstanzliche Verfahren somit ein blosser *«Probeprozess»* sein kann. Die verbleibende dritte Gruppe, die zahlenmässig wohl grösste, zu der insbesondere die *Zürcher Zivilprozessordnung* gehört, charakterisiert sich dadurch, dass in der ersten Instanz das *Novenrecht* mit unterschiedlichen Schattierungen relativ grosszügig ausgestaltet, im Berufungsverfahren dagegen strenger ist⁵².

Interessant ist nun aber, dass sich die bezüglich der *Eventualmaxime* im Prinzip strengste Prozessordnung, diejenige von Basel-Stadt, und eine der mildesten, diejenige von Luzern, in einer einzelnen Frage wiederum ein anderes Bild geben: Im luzernischen Zivilprozess ist eine *Klageänderung* vor zweiter Instanz ausgeschlossen⁵³, während im baselstädtischen Zivilprozess, wenn auch nur in engem Rahmen, eine flexiblere Regelung gilt⁵⁴.

Rechtspolitisch gesehen wird die Regelung der *Eventualmaxime* eine der schwierigeren Aufgaben des Gesetzgebers sein. Sie besteht darin, eine angemessene Mittellösung zu wählen, die einerseits der *Gefahr der Prozessverschleppung* entgegenwirkt und die andererseits im *Interesse der Wahrheitsfindung* nicht zu viel an Prozessstrenge enthält. Der Vorentwurf versucht diesem Anliegen Rechnung zu tragen, indem in der ersten Instanz im ordentlichen Verfahren neue Tatsachen und Beweismittel nicht bereits in der Klage

und Klageantwort enthalten sein müssen, sondern erst in der Replik und Duplik. Zusätzliche Milderungen bei Entschuldbarkeit der Verspätung schwächen die Eventualmaxime weiter ab⁵⁵. Hinsichtlich der Möglichkeit einer Klageänderung im ordentlichen Verfahren vor erster Instanz ist die Eventualmaxime nicht besonders streng umgesetzt⁵⁶. In der zweiten Instanz ist die Regelung etwas strenger, im Bestreben, die Stellung der ersten Instanz zu stärken und Prozessverschleppung zu vermeiden⁵⁷.

In den Bereichen, die man zum sog. «sozialen Zivilprozess» zählt, etwa Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsvertrag⁵⁸, ist der massgebliche Zeitpunkt noch weiter nach hinten verlegt. Hier können die Parteien Noven noch bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung bringen. Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu prüfen, so sind neue Tatsachen und Beweismittel gar bis zur Urteilsberatung zu beachten⁵⁹. Aber auch hier ist zu bedenken, dass Milderungen der Eventualmaxime nicht nur der typischerweise wirtschaftlich schwächeren Partei zugute kommen können, sondern auch der Gegenseite. Wer einer völligen Aufhebung der Eventualmaxime das Wort redet, möglicherweise auch für Rechtsmittelverfahren, muss dabei in Kauf nehmen, dass auch die Gegenseite von den entsprechenden Verfahrensrechten Gebrauch machen wird.

Nun mag aber zuzugeben sein, dass auch der Schreibende von seinem eigenen Prozessrecht möglicherweise (zu) stark geprägt ist und dass im Sinne der Kritik von *Viktor Rüegg* das Novenrecht des Vorentwurfs weiter zu lockern ist⁶⁰. Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens deuten in diese Richtung. Zu bedenken ist schliesslich auch, dass die Verfahrensdauer nicht nur von der Ausgestaltung der Eventualmaxime abhängt, sondern auch von der personellen Dotierung der Gerichte, von Fristverlängerungen, objektiven Gründen wie schwierigen Sachverhaltsfragen, die allenfalls eine Expertise erfordern oder von Rechtsmittelverfahren.

4. Ausgestaltung der besonderen Verfahrensarten, insbesondere der «soziale Zivilprozess»

Ein weiterer rechtspolitisch absolut zentraler Punkt ist die Frage der Ausgestaltung der besonderen Verfahrensarten, insbesondere in den Bereichen Familienrecht, Arbeitsrecht und Mietrecht.

Was den bereits im Zusammenhang mit der Eventualmaxime angeschnittenen sog. sozialen Zivilprozess betrifft, also insbesondere miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten, ist eingewendet worden, die Experten hätten vor den «bisherigen Prozessvorschriften des Bundes recht tief den Hut gezogen und sie weitgehend kritiklos übernommen»⁶¹. Dies trifft insofern zu, als für die Frage, in welchen Fällen die erste Instanz den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat, die bisherigen bundesrechtlichen Regelungen übernommen

wurden⁶². Diese Kritik mag berechtigt sein, zeichnen sich doch die heutigen bundesrechtlichen Regelungen nicht durch eine besondere Kohärenz aus⁶³. Abgesehen davon ist aber eine ganz zentrale Neuerung vorgeschlagen worden, nämlich die Verweisung aller übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken in das sog. vereinfachte Verfahren⁶⁴. Dieses bewirkt eine wesentliche Erleichterung der Rechtsverfolgung in den sog. *Bagatellstreitigkeiten*. Für diese Streitigkeiten ist zwar weder Untersuchung des Sachverhalts von Amtes wegen noch Kostenlosigkeit des Verfahrens vorgeschrieben, doch ist hier – im Gegensatz zum ordentlichen Prozess – eine gerichtliche Fragepflicht statuiert⁶⁵, was Oberhammer⁶⁶ in seiner Kritik des Vorentwurfs nicht zur Kenntnis genommen hat.

Es bedarf keiner prophetischen Gaben, dass ein *Ausbau des sozialen Zivilprozesses*, sowohl was die Frage der Kostenlosigkeit von Verfahren als auch eine Ausdehnung der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen anbelangt, angesichts der damit verbundenen Mehrbelastungen für die kantonale Justiz einen schweren Stand haben wird. Möglicherweise wäre bereits die Beibehaltung des Status quo ein Erfolg.

5. Gewichtung der schriftlichen und mündlichen Elemente im ordentlichen Prozess und in den besonderen Verfahrensarten

Das ordentliche Verfahren des Vorentwurfs, das grundsätzlich für Streitigkeiten ab 20 000 Franken Streitwert zur Anwendung kommen soll⁶⁷, wird stark von Elementen der Schriftlichkeit geprägt. Nicht nur die Klage und die Klageantwort, sondern auch die Replik und Duplik sollen grundsätzlich schriftlich erfolgen⁶⁸. Hier ist im Vernehmlassungsverfahren vielfach kritisiert worden, das Verfahren werde dadurch zu aufwendig. Auch für das vereinfachte Verfahren wurde angeregt, das Verfahren schlanker auszugestalten. Es darf davon ausgegangen werden, dass beim weiteren Gang der Gesetzgebungsarbeiten diesen Anliegen wohl Rechnung getragen werden wird. Verfahrensvereinfachung und Prozessökonomie stehen auch hinter der Kritik, dass davon abzusehen sei, Urteile im Regelfall schriftlich zu begründen⁶⁹.

6. Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter Entscheid weiter gezogen werden kann, ist für das ganze Verfahrensrecht von eminenter Bedeutung. Die heutige schweizerische Prozessrechtslandschaft zeichnet sich durch eine Vielfalt im Grundsätzlichen wie in den Details aus. Für die Suche nach Lösungen sind zwei Faktoren ausschlaggebend, die nicht leicht unter einen Hut gebracht werden können. Einerseits muss es das Ziel jeder Prozessrechtsgesetzgebung sein, Rechtsansprüche durchsetzbar zu machen. Falsche

Urteile müssen deshalb weiter gezogen werden können. Andererseits hat auch die Ziviljustiz seit jeher zu Kosten für die Allgemeinheit geführt. Damit die Geschäftslast der oberen Instanzen nicht überbordet, müssen deshalb gewisse Filter eingebaut werden. Über diese Voraussetzungen für Rechtsmittel bestehen unterschiedliche Auffassungen.

Der Vorentwurf geht gewissermassen von einer Pyramide aus. Erstes Anliegen ist es, die *Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile* zu erhöhen. Auch vor diesem Hintergrund wird es richtig sein, das Problem der Eventualmaxime für den Botschaftsentwurf nochmals zu überdenken⁷⁰. Im Zusammenhang mit der Anfechtung von Urteilen in *vermögensrechtlichen* Streitigkeiten gibt es zwei denkbare Ansätze, die beide in den heutigen kantonalen Gesetzen ihre Verwirklichung gefunden haben. Erstens kann das Gesetz auf einen bestimmten *Streitwert* abstellen, der erreicht sein muss, damit das erstinstanzliche Urteil mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann, das der Rechtsmittelinstanz eine freie Überprüfung in Tat- und Rechtsfragen erlaubt. Die Idee dieses Systems ist, dass sich die obere Instanz nicht mit Bagatellen befassen soll (*«minima non curat praetor»*). Die Schwäche dieses Systems besteht darin, dass auch eine hohe Streitwertgrenze die Anfechtung eines Urteils ermöglicht, obwohl die klagende Partei fast vollumfänglich Recht bekommen hat. Beträgt z. B. die Streitwertgrenze 30 000 Franken, so kann die klagende Partei selbständig appellieren, wenn sie durch das Urteil 29 000 Franken zugesprochen erhält, obwohl die beklagte Partei, die Abweisung der Klage beantragt hat, sich mit dem Urteil abfinden würde. Das andere System stellt darauf ab, wie gross der Nachteil zwischen dem ist, was eine Partei verlangt hat, und dem, was ihr durch das Urteil zugesprochen wurde. Dieses sog. System der formellen Beschwer (Gravamen) hat den Vorteil, ökonomische Gesichtspunkte individuell zu berücksichtigen und auch bei Angelegenheiten zu sinnvollen Lösungen zu führen, in denen der Streitwert regelmässig nicht allzu hoch ist, wie etwa in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Der Vorentwurf sieht deshalb diese Lösung vor und setzt die notwendige formelle Beschwer auf 10 000 Franken fest⁷¹.

Auch in der bundesrätlichen Botschaft zum Bundesgerichtsgesetz wurde dieses System vorgesehen⁷². Bei der parlamentarischen Beratung hat nun allerdings der Ständerat als Erstrat einen Systemwechsel vorgenommen. Er ist wieder zum Streitwertsystem zurückgekehrt, wie es dem geltenden Bundesrechtspflegegesetz zugrunde liegt⁷³. Klar ist jedenfalls, dass das System der *formellen Beschwer* Gesichtspunkten der Gleichbehandlung und der Gerechtigkeit besser Rechnung trägt als das Streitwertsystem. Nimmt man z. B. 40 000 Franken als massgeblichen Betrag für die Anrufung des Bundesgerichts, so könnte nach dem Streitwertsystem derjenige, der 40 000 Franken eingeklagt hat und von der oberen kantonalen Instanz 20 000 Franken zugesprochen erhielt, das Bundesgericht anrufen. Derjenige, der bloss

20 000 Franken eingeklagt hat und im kantonalen Verfahren mit seiner Klage abgewiesen wurde, könnte das Bundesgericht jedoch nicht anrufen, obwohl er den gleichen Nachteil erlitten hat, wie im ersten Beispiel. Dieses Beispiel lag der ständerätlichen Debatte zugrunde. Dennoch entschied der Erstrat nicht nach sachlichen Gesichtspunkten, sondern weil das Streitwertsystem weiter verbreitet sei⁷⁴. Noch krasser wird die ganze Sache, wenn man ein anderes Beispiel wählt. Klagt jemand 40 000 Franken ein und erhält er in der oberen kantonalen Instanz 39 000 Franken zugesprochen, so wäre die Anrufung des Bundesgerichts zulässig. Klagt ein anderer 39 000 Franken ein und wird er im kantonalen Verfahren mit seiner Klage vollumfänglich abgewiesen, so kann er das Bundesgericht nicht anrufen.

Weil der Nationalrat im Oktober 2004 dem Ständerat gefolgt ist⁷⁵, besteht diesbezüglich zwischen den beiden Kammern des Parlaments keine Differenz mehr. Somit ist die Beibehaltung des Streitwertsystems im Bundesgerichtsgesetz beschlossene Sache. Der Entscheid des Parlaments ist für die Schweizerische Zivilprozessordnung von präjudizieller Bedeutung, weil es schlicht unvorstellbar ist, dass für das ordentliche Rechtsmittel an die obere kantonale Instanz ein anderes Modell gewählt wird als für die Anrufung des Bundesgerichts.

7. Kosten der Ziviljustiz

Wie bereits angetönt, ist die Kostenfrage für den weiteren Gang der Gesetzgebungsarbeiten ein absolut primäres Problemfeld. Im Zuge des Entscheids des Bundesrats, das EJPD mit der Ausarbeitung der Botschaft zu beauftragen, wurde in der Pressemitteilung des Bundes deutlich gemacht, dass eines der Hauptanliegen der Kantone die *Kostenneutralität* sei. Die Sorge der Kantone über allfällige Mehrkosten für die Ziviljustiz ziehe sich wie ein roter Faden durch die Vernehmlassungen.

Nicht nur Vorschläge, die zweifellos zur Verbesserung der Ziviljustiz beitragen würden, wie grundsätzlich schriftliche Urteilsbegründung, sondern auch Vorschläge, die an sich sachgerecht sind, wie das Postulat der Einführung von Familiengerichten, haben angesichts fehlender Kostenneutralität deshalb im heutigen Zeitpunkt politisch kaum Realisierungschancen.

V. Ausblick

Die «Kunst» der Gesetzgebung besteht nicht in der Suche nach einem subjektiven und damit letztlich irrealen Idealmodell, sondern der besten Lösung unter den gegebenen rechtspolitischen Voraussetzungen «hic et nunc». Stets geht es bei Kodifikationsarbeiten um *wertende* Gesichtspunkte und nicht einfach um «richtig» oder «falsch». Es liegt auf der Hand, dass diese Wertun-

gen erst recht eine Rolle spielen, wenn aus 26 Gesetzen ein einziges gemacht werden soll. Bei diesen Wertungen im Gesetzgebungsverfahren werden auch die – guten oder schlechten – Erfahrungen der hauptberuflich in der Advokatur tätigen Parlamentarier und Parlamentarierinnen mit ihrem *eigenen* kantonalen Prozessrecht eine wesentliche Rolle spielen.

Neben den grundlegenden rechtspolitischen Problemen stellt sich zudem eine Vielzahl von *rechtstechnischen Einzelproblemen*, darunter namentlich die *Anpassung des Bundesprivatrechts* an eine neue Zivilprozessordnung. Ihre Lösung ist weniger ein rechtspolitisches Problem als die Frage technisch guter Gesetzesredaktion.

Zusammenfassend kann es nicht das Ziel der schweizerischen Gesetzgebung sein, einfach unbesehen angeblichen *grossen Trends*,⁷⁶ zu folgen und z. B. eine einheitliche Ordnung für die nationale und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu kreieren, sondern es muss ein *den Bedürfnissen der schweizerischen Praxis* und damit ein auf dem Boden bisheriger Erfahrungen aufbauendes Gesetzbuch für ein einheitliches Verfahren vor den kantonalen Instanzen in Zivilsachen geschaffen werden. Das dem so ist, hat die kürzlich publizierte Medienmitteilung des EJPD zum Entscheid des Bundesrats, die Botschaft zuhanden des Parlaments ausarbeiten zu lassen, klar und deutlich zum Ausdruck gebracht: *«Die Vernehmlassungsteilnehmer befürworten das konservative Konzept, wonach die kantonale Prozessrechtstradition weitgehend fortgesetzt und mit punktuellen Innovationen angereichert wird.»*⁷⁷ Die Beachtung dieser rechtspolitischen Gegebenheiten wird Voraussetzung dafür sein, den vom Bund vorgesehenen Zeitplan einzuhalten, nämlich parlamentarische Beratung und Verabschiedung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung bis zum Jahre 2008. So kann das längst überfällige Ziel erreicht werden, dass auf den 1. Januar 2010 eine gesamtschweizerische Zivilprozessordnung in Kraft treten kann. Damit würde der letzte wichtige Schritt zur schweizerischen Rechtsvereinheitlichung gemacht werden.

Der Text beruht im Wesentlichen auf der am 19. November 2004 an der Universität Basel gehaltenen öffentlichen Antrittsvorlesung. Für die kritische Durchsicht des Texts und die Kontrolle der Anmerkungen danke ich ganz herzlich Herrn lic. iur. *Felix Kobel*, Advokat, wissenschaftlicher Assistent und Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

1 Für erste Erfahrungen mit dem revidierten Recht vgl. insbes. Beilage zu NJW Heft 27/2004, S. 3 ff. mit Beiträgen zur Wirkungskontrolle: *Michael Huber*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle der Verfahrensneuerungen in der ersten Instanz (S. 3 f.); *Paul Selbherr*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle der Verfahrensneuerungen in der ersten Instanz (S. 5 f.); *Gero Debusmann*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle (S. 6); *Bernd Hirtz*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle des neuen Berufungsrechts (S. 6 f.); *Wolfgang Ball*, Die ZPO-Reform – eine Wirkungskon-

trolle aus der Sicht eines Richters am BGH (S. 8); *Hermann Büttner*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle des neuen Revisionsrechts (S. 8 f.); *Peter Gottwald*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle aus der Sicht der Wissenschaft (S. 9 f.); siehe weiter *Bruno Rimmelspacher*, *Zivilprozessreform 2002*, zusammengestellt und eingeleitet von *Bruno Rimmelspacher*, München 2002.

2 Vgl. *Thomas Klicka*, Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung – ein Vergleich zur deutschen ZPO-Reform 2002, *ZZPInt* 7 (2002), S. 179 ff.

3 Vgl. *Marcel Storme*, *ZZPInt* 4 (1999), Im Westen viel Neues – Justizreformen in Belgien, S. 117 ff.

4 Vgl. *G. R. Rutgers*, Die Reform des niederländischen Zivilprozessrechts, *ZZPInt* 7 (2002), S. 193 ff.

5 Vgl. *Hiroyuki Matsumoto*, Die geplante Reform des Gesetzes betreffend die familienrechtliche Klagen, *ZZPInt* 7 (2002), S. 451 ff.

6 Vgl. dazu *Joachim Goebel*, Europäische Rechtshängigkeit und zivilprozessuales Rechtsmittelrecht nach der ZPO-Reform von 2002, *ZZPInt* 7 (2002), S. 39 f. sowie Anm. 1.

7 Vgl. dazu insbes. *Peter Gilles*, Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte – Die Europäisierung des Zivilprozessrechts als ein Beispiel –, *ZZPInt* 7 (2002), S. 3 ff.

8 Vgl. Principles and rules of transnational civil procedure, Proposed final draft (March 9, 2004), hrsg. vom All American Law Institute (ALI).

9 Für einen Überblick über die Entwicklung der Vereinheitlichungsbestrebungen und die historische Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts vgl. *Thomas Sutter*, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1997, S. 3 ff., 124 ff.

10 Art. 122 BV lautet in dieser noch nicht in Kraft gesetzten Fassung: «Zivilrecht (1) Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts ist Sache des Bundes. (2) Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. (3) Aufgehoben». Siehe zum Ganzen AS 2002, 3148; BBl 2000, 2990; BBl 1997 I 525 und 640.

11 Der Vorentwurf und der Begleitbericht sind unter nachfolgenden Links abrufbar: http://www.ejpd.admin.ch/doks/mm/files/030626a_ber-d.pdf (Begleitbericht), http://www.ejpd.admin.ch/doks/mm/files/030626a_ent-d.pdf (Vorentwurf). Für eine Übersicht über den Inhalt des Vorentwurfs vgl. *Thomas Sutter-Somm*, Der Vorentwurf zur schweizerischen Zivilprozessordnung, *ZSR* 2002 I, S. 545 ff.; *ders.*, Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechts – Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick, *ZZPInt* 7 (2002), S. 369 ff.; für Einzelheiten des Vorentwurfs siehe auch *Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler* (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich 2003; *Christoph Leuenberger*, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, *AJP/PJA* 2003, S. 1421 ff.; *Karl Spühler* (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Eine Orientierung, Basel/Genf/München 2003.

12 Zur Ablösung der deutschen Partikularrechte durch eine einheitliche deutsche Zivilprozessordnung *Sutter* (FN 9), S. 91 ff.

13 Vgl. dazu *Sutter* (FN 9), S. 72 ff., 75 ff.

14 Vgl. *Sutter* (FN 9), S. 66 ff.

15 Unter anderem liegen zum Vorentwurf folgende – mehrheitlich zustimmende oder auch ablehnende – Publikationen (in alphabetischer Reihenfolge) vor: *Thomas Geiser*, Die Mängel einer grossen Kodifikation, plädoyer, 2/2004, S. 38 ff.; *Isaak Meier*, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003; *ders.*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts – insbesondere gezeigt am Beispiel der Realvollstreckung, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 31, S. 47 ff.; *Isaak Meier/Diana Mürner*, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ, 99 (2003), S. 597 ff.; *Paul Oberhammer*, Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method, in: *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, Heinrich Honsell et. al.* (Hrsg.), Basel/Genf/München 2004, S. 1025 ff.; *Ivo Schwander*, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen? (7 Thesen), ZZZ 1 (2004), S. 3 ff.; *Hans Ulrich Walder*, Zivilprozessrecht am Wendepunkt, in: *Hans Ulrich Walder* (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, Zürich 2003; *Gerhard Walter*, Kolloquium: Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts – Notwendigkeit oder Glasperlenspiel?, Votum, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 31, S. 70 ff.; *Hans Peter Walter*, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 100 (2004), S. 313 ff.

16 *Friedrich Stein*, Die Reform des Zivilprozesses, in: *Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleichung, Gesetzesreform. Vier Vorträge von Adolf Wach, Wilhelm Kisch, Albrecht Mendelssohn Bartholdy, Friedrich Stein. Verhandlungen der ersten Tagung der Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer zu Leipzig, Oktober 1921, Mannheim/Berlin/ Leipzig 1922*, S. 46.

17 Vgl. *Gerhard Dahlmanns*, in *Helmut Coing*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Dritter Band: Das 19. Jahrhundert, Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, München 1982, S. 2756.

18 *Oberhammer* (FN 15), S. 1032.

19 Vgl. *Sutter* (FN 9), S. 136 bei Anm. 805, S. 102 bei Anm. 608 sowie S. 124 ff. zu gewissen Fällen, in denen direkte Einflüsse feststehen.

20 Vgl. z. B. zur entsprechenden Frage für den Code de procédure civile des Kantons Waadt *Sutter* (FN 9), S. 131 mit Hinweisen.

21 Zum Gewicht rechtshistorischer Argumente de lege ferenda vgl. auch *Sutter* (FN 9), S. 150.

22 Vgl. *Oberhammer* (FN 15), S. 1033 ff.

23 Vgl. die Nachweise für Deutschland bei *Sutter* (FN 9), S. 230 f.

24 *Walter H. Rechberger/Daphne-Ariane Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 6. Aufl., Wien 2003, S. 160, Rz. 251.

25 *Max Kummer*, Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1964, Zivilprozessrecht, ZBJV 102 (1966), S. 11 f.

26 Vgl. *Max Guldener*, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechts, Berlin 1966, S. 21.

27 *H. P. Walter* (FN 15), S. 319 bei Anm. 50, der allerdings zu Recht anmerkt, dass die fehlende inhaltliche Umschreibung des Streitgegenstandsbegriffs weniger die Verwirklichung des Postulats «Mut zur Lücke» als letztlich – unter Berufung auf *Kummer* – Unvermögen der Problemlösungsmöglichkeit sei.

28 § 191 b) Materielle Rechtskraft «Die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines Urteils binden die Gerichte in einem spätern Prozess zwischen den gleichen Parteien oder ihren Nachfolgern in die beurteilten Rechte oder Pflichten.»

29 So hat z.B. das rechtskräftige Urteil, das einen Vereinsbeschluss oder einen Generalversammlungsbeschluss aufhebt, auch gegenüber den nicht am Prozess beteiligten Vereinsmitgliedern bzw. Aktionären umfassende Rechtskraftwirkung, vgl. BGE 90 I 119. Das Gegenbeispiel ist dann wiederum die erfolgreiche Ungültigkeitsklage gegen eine Verfügung von Todes wegen, wo das Urteil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur inter partes wirkt, vgl. BGE 96 II 124, 81 II 36.

30 Sowohl bei Gutheissung der zur Verrechnung gestellten Forderung als auch bei Abweisung dieser Forderung nehmen an der Rechtskraft des Urteils auch die entsprechenden Erwägungen teil, so u. a. *Adrian Staehelin/Thomas Sutter*, Zivilprozessrecht, Basel 1992, Rz 13 S. 215 f. mit Hinweisen in Anm. 1; siehe zum Ganzen auch *Christoph Zimmerli*, Die Verrechnung im Zivilprozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit, Unter besonderer Berücksichtigung internationaler Verhältnisse, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Bd. 65, Basel/Genf/München 2003, S. 98 ff.

31 So stellt sich bei der echten Teilklage die Frage, ob Abweisung über das Dispositiv hinaus nicht eine umfassende Rechtskraftwirkung haben muss. So *Sutter* (FN 9), S. 240 Anm. 1279. Die überwiegende schweizerische Lehre steht auf einem gegenteiligen Standpunkt.

32 Siehe *Oberhammer* (FN 15), S. 1035 ff.

33 *Gerhard Walter*, Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit, Schweizerische Zivilprozessordnung, Dritter Teil, Schiedsgerichtsbarkeit, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 40, Basel 2004.

34 So auch *Walter* (FN 33), S. 2.

35 Vgl. *Sutter* (FN 9), S. 46 ff. mit Hinweisen zum Vorgehen des Schöpfers des ZGB *Eugen Huber*.

36 Vgl. aber vorne Ziff. II letzter Absatz.

37 Vgl. Art. 157 Abs. 1 Bst. c VE ZPO.

38 Vgl. Art. 122 Abs. 2 BV sowie auch Art. 122 Abs. 2 BV in der Fassung des Bundesbeschlusses über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999.

39 Die Urteile der Handelsgerichte können gemäss Art. 5 Abs. 3 VE ZPO nur mit Beschwerde angefochten werden. Damit kann die kantonale Rechtsmittelinstanz die betreffenden Urteile nur bezüglich Rechtsfragen mit freier Kognition überprüfen. Bezüglich Sachverhaltsfragen beschränkt sich die Kognition dagegen auf Willkür, vgl. Art. 311 VE ZPO.

40 Vgl. insbes. *Karl Spühler*, Die neue Rechtsmittelordnung – kritische Bemerkungen, in: *Spühler* (Hrsg.) (FN 11), S. 51 ff., insbes. S. 62.

41 Vgl. dazu insbesondere *Rolf Vetterli* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Schriftenreihe zum Familienrecht, Bd. 4, Bern 2004.

42 Art. 152 des bundesrätlichen Entwurfs: «Die Kantone können die Durchführung von Scheidungsprozessen und anderen familienrechtlichen Verfahren Fachgerichten übertragen.» Siehe BBl 1996 I 154 f., 214; Amtl Bull S 1996, S. 771, zu Art. 152.

43 Vgl. zum Ganzen auch *Martin Sarbach*, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 2002, insbes. S. 187 ff.

44 § 55 ZPO Zürich «Richterliche Fragepflicht. Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung.» Vgl. *Hans Sträuli/Georg Messmer/Richard Frank*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 ff. zu § 55.

45 H. P. Walter (FN 15), S. 319.

46 Vgl. Viktor Rüegg, Materielle Wahrheitsfindung und Erledigungsstrenge – mit kritischen Bemerkungen zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: *Spühler* (Hrsg.) (FN 11), S. 63 ff.

47 Vgl. dazu §§ 37 Abs. 1 Ziff. 1 und 2, 61, 62, 79, 81 ZPO Basel-Stadt; §§ 104 Abs. 2 Bst. b, 107 Abs. 1, 120 f. ZPO Basel-Landschaft; *Stahelin/Sutter* (FN 30), S. 114 Rz. 41.

48 Vgl. Art. 98 Ziff. 2 ZPO Graubünden. Indessen ist die Situation insofern grundlegend anders als in Basel-Stadt und Basel-Landschaft, als der Klagerückzug nach Art. 114 Abs. 2 ZPO Graubünden e contrario nicht zu res iudicata führt. Diese fehlende Bindung an den Prozess dürfte indessen bundesrechtswidrig sein. Vgl. BGer. in Pra 2003, Nr. 16, S. 77 ff., allerdings zur entsprechenden Regelung in Luzern; siehe zum Ganzen auch *Thomas Sutter-Somm*, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts de lege lata – ausgewählte Aspekte, insbesondere die Fortführungslast, in: *FS Magdalena Rutz, Liestal 2004*, S. 213 ff. mit Hinweisen.

49 Vgl. §§ 98 Abs. 1, 144 Abs. 3 i. V. m. 207 ZPO Luzern.

50 Vgl. §§ 252 Abs. 1 und 262 ZPO Luzern.

51 Vgl. Art. 227 Abs. 2 Zivilprozessgesetz St. Gallen.

52 Vgl. § 267 ZPO Zürich. Diese auf den 1. Januar 1996 in Kraft getretene Regelung führte zu einer Verschärfung der Eventualmaxime in der zweiten Instanz, nachdem vorher ein grosszügigeres Regime galt, das Vorbild für die geltende Luzerner Regelung gewesen ist.

53 Art. 98 Abs. 2 ZPO Luzern: «Eine Klageänderung vor zweiter Instanz ist ausgeschlossen.» Die Ausnahme von Art. 98 Abs. 3 i. V. m. 251a ZPO Luzern für Scheidungs- und Trennungsprozesse ergibt sich aus Bundesrecht, siehe dazu Art. 138 Abs. 1 ZGB.

54 Vgl. §§ 232a Abs. 6 sowie § 79 ZPO Basel-Stadt; *Stahelin/Sutter* (FN 30), S. 263 Rz. 46 und S. 118 Rz. 49.

55 Vgl. Art. 215 VE ZPO.

56 Vgl. Art. 216 VE ZPO.

57 Vgl. Art. 297 Abs. 1 VE ZPO.

58 Vgl. zum Geltungsbereich des sog. vereinfachten Verfahrens Art. 237 VE ZPO.

59 Art. 241 VE ZPO.

60 Vgl. zum Ganzen *Rüegg* (FN 46).

61 So *H. P. Walter* (FN 15) S. 319.

62 Vgl. Art. 240 Abs. 1 VE ZPO.

63 So dürfen z. B. für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken keine Gerichtskosten erhoben werden und gilt Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 3 und 4 OR). Für Streitigkeiten über 30 000 Franken gilt nicht von Bundesrechts wegen Untersuchungsmaxime. Im Erkenntnisverfahren bei mietrechtlichen Streitigkeiten gilt dagegen unabhängig vom Streitwert Untersuchungsmaxime (Art. 274d Abs. 3 OR), jedoch ist das Verfahren nur vor der Schlichtungsbehörde, nicht aber vor dem Gericht kostenlos (Art. 274d Abs. 2 OR). Zu diesen Ungereimtheiten vgl. *Thomas Sutter-Somm*, KMU und Zivilprozess, in: *Rechtsfragen rund um die KMU*, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 1, Zürich 2003, S. 209 ff.

64 Siehe Art. 237 Bst. g VE ZPO.

65 Siehe Art. 240 Abs. 2 VE ZPO.

66 Vgl. *berhammer* (FN 15), S. 1040 ff., insb. S. 1042.

67 Vgl. Art. 237 Bst. g VE ZPO.

68 Art. 210 f., 214 VE ZPO.

69 Vgl. Art. 230 ff., 265 Abs. 2 VE ZPO.

70 Siehe oben Ziff. IV/3 letzter Absatz.

71 Vgl. Art. 290 Abs. 2 VE ZPO.

72 Siehe Art. 47 Abs. 1 Bst. a Entwurf Bundesgerichtsgesetz, BBl 2001 4490, vgl. auch BBl 2001 4299 f. (**Botschaft**).

73 Dieses **System** entspricht dem geltenden Art. 46 ●G. Vgl. Amtl Bull S 2003, 896 f.

74 **Der Entscheid erfolgte mit 20 zu 10 Stimmen, Amtl Bull S 2003, 897.**

75 **Und zwar ohne Diskussion im Ratsplenum, siehe Amtl Bull N 2004, 1593. In der Zwischenzeit liegt die Referendumsvorlage vor: Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, BBl 2005 4045 ff; zum Streitwertsystem siehe Art. 51 BGG, BBl 2005 4058.**

76 Für die Notwendigkeit eines derartigen Vorgehens anscheinend ●*berhammer* (FN 15), S. 1046 f.

77 **Medienmitteilung des EJPD vom 15. September 2004, S. 1** (http://www.ejpd.admin.ch/doks/mm/content/mm_view-d.php?mmID=2186&mmTopic=Justiz).