

# Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

THOMAS SUTTER-SOMM\*

## I. Einleitung

Noch vor der Annahme des Bundesbeschlusses über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999<sup>1</sup> setzte der damalige Vorsteher des EJPD, Bundesrat Arnold Koller, am 26. April des gleichen Jahres eine Expertenkommission ein, mit dem Auftrag, «die für eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts aus gesetzgeberischer Sicht relevanten Fragen umfassend zu prüfen und bis spätestens Sommer 2001 einen vernehmlassungsreifen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über den Zivilprozess mit einem Begleitbericht» vorzulegen.<sup>2</sup> Die 15köpfige Expertenkommission, die sich aus Fachpersonen aus Praxis und Wissenschaft zusammensetzte<sup>3</sup>, nahm ihre Arbeit zügig auf und traf sich bereits im Juni 1999 zu einer ersten Sitzung. Angesichts des für eine derartige Kodifikationsaufgabe äusserst knapp bemessenen Zeitrahmens, erachtete es die Kommission als richtig, sofort in «medias res» zu gehen. Anhand von zehn Thesen zur künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ausformuliert vom Vorsitzenden der Kommission, fand zunächst eine Grundsatzdebatte zum inhaltlichen Vorgehen statt. Die Kommission verzichtete aber bewusst darauf, zeitaufwändige Vorarbeiten zu treiben. Namentlich was die rechtsvergleichenden Gesichtspunkte betraf, bestand Konsens, dass der Rechtsvergleich jeweils ad-hoc in den Kommissionsberatungen stattfinden solle, indem jede Expertin und jeder Experte das spezielle Hintergrundwissen zur eigenen Zivilprozessordnung einbringen solle. Dieses Vor-

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an den Universitäten Basel und Luzern, Präsident der Expertenkommission des EJPD zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

<sup>1</sup> BB1 1999 8633 ff.

<sup>2</sup> Zur damaligen Ausgangslage vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Beiheft ZSR Nr. 31, Basel 1999, S. 32 ff.

<sup>3</sup> Zur personellen Zusammensetzung der Kommission vgl. TH. SUTTER-SOMM (FN 2), S. 46 Anm. 29.

gehen erwies sich als fruchtbringend und für die weiteren Arbeiten sehr erhellend, stellte sich doch bald heraus, dass es für eine einzige Person schlicht nicht möglich ist, alle Feinheiten der 26 kantonalen Zivilprozessordnungen zu kennen. Hinzu kommt, dass die Terminologie in den verschiedenen kantonalen Gesetzen verwirrend ist, denn nicht selten meinen gleiche Begriffe verschiedenes<sup>4</sup> und verschiedene Begriffe gleiches. Es ist hier nicht die Stelle, im Einzelnen die Arbeitsweise der Kommission aufzuzeichnen, zumal nach menschlichem Ermessen der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung zusammen mit dem Begleitbericht in absehbarer Zeit in die Vernehmlassung gehen wird und sich in diesem Bericht die entsprechenden Ausführungen finden werden. Festzuhalten bleibt indessen, dass die Kommission der Überzeugung war, weder eine einzelne Zivilprozessordnung zum einzigen Modell für die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung zu nehmen, noch ausländische Einrichtungen unbeschadet der schweizerischen Rechtsordnung «aufzupfropfen». Denn in einer Schweizerischen Zivilprozessordnung müssen zum einen Fragen im Zusammenhang mit der Koordination des materiellen Privatrechts gelöst werden, welche für den kantonalen Gesetzgeber wegen dem Vorrang des Bundesrechts ohnehin Tabu sind. Namentlich die Bereinigung der Zivilrechtskodifikation von zivilprozessualen Vorschriften und die Einbettung solcher Vorschriften in das Zivilverfahrensrecht sind eine ur-eigene Aufgabe des Bundesgesetzgebers. Zum anderen beruhen alle in- und ausländischen Zivilprozessordnungen mit ihren verschiedenen Rechtsinstituten auf einer meist langen Rechtstradition. Dies gilt nicht nur für die Zivilprozessgesetze unserer Nachbarstaaten<sup>5</sup>, sondern vor allem auch für die 26 kantonalen Zivilprozessordnungen, welche insgesamt betrachtet vom Ausland nur wenig beeinflusst worden sind.<sup>6</sup> Zu Recht ist von einem deutschen Rechtshistoriker ausgeführt worden, dass sich in der schweizerischen Zivilprozessrechtslandschaft ein im «Schnittpunkt dreier europäisch bedeutsamer Sprach- und Kulturgebiete ein 25 Rechtsordnungen einbeziehendes Experimentierfeld für die Entwicklung und Verbindung unterschiedlichster Prozess-

4 So bezeichnet der Begriff «Beschwerde» in den meisten Kantonen ein ausserordentliches Rechtsmittel. Das Beispiel des Kantons Aargau zeigt aber, dass das nicht ausnahmslos zutrifft. Das «gerichtliche Fragerecht» wiederum als Begriff ist in den einzelnen Kantonen von derart unterschiedlicher Prägung, dass es im Grunde um unterschiedliche Institute geht. In gewissen Kantonen führt das gerichtliche Fragerecht zu nur geringfügigen Korrekturen vor allem der Verhandlungsmaxime, während in anderen Kantonen eine viel stärkere Einschränkung nicht nur der Verhandlungs-, sondern auch der Dispositionsmaxime damit verbunden ist.

5 Vgl. zur Entstehung der Kodifikationen in Österreich, Frankreich, Italien und Deutschland THOMAS SUTTER, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, S. 72 ff.

6 Zu den schweizerischen Kodifikationsbestrebungen seit 1848 bis in die neueste Zeit sowie zur Rezeption und Tradition bei der Entstehung von kantonalen Zivilprozessgesetzen vgl. SUTTER (FN 5), S. 3 ff. sowie S. 124 ff.

formen und -strukturen aufzue, das es so kein zweites Mal gibt.»<sup>7</sup> Die Expertenkommission war sich dieses Hintergrunds sehr wohl bewusst und versuchte, den Entwurf einer *neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung* zu schaffen, welche bewusst die bewährte Tradition weiterführen, aber sich des besseren Neuen nicht verschliessen soll. Dass dabei auch *wertende rechtspolitische Gesichtspunkte* eine wesentliche Rolle spielten, namentlich die *Effektivität der Justiz* im Kontext von finanziellen Ressourcen, ist eine Selbstverständlichkeit. Dass die Gesetzgebung im Bereich des Zivilprozessrechts keine wertenden Gesichtspunkte zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen des Gemeinwesens und der Privaten untereinander zum Tragen bringen muss, kann ohnehin nur behaupten, wer vom Zivilprozessrecht keine Ahnung hat. In diesem Sinn sind die Worte des bedeutenden deutschen Prozessualisten FRIEDRICH STEIN, der folgendes zur Reform des Zivilprozessrechts ausführte, auch noch heute und gerade auch für die schweizerische Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts gültig und beachtlich: «*Jede Zivilprozessreform muss sich das Ziel setzen, ein Verfahren zu schaffen, das, wenn auch nur für eine bestimmte Kultur- und Wirtschaftsperiode, allen Anforderungen und Interessen gerecht wird. Da diese nun miteinander im Widerspruch stehen und mit den stets wechselnden Anschauungen über den Staat und seine Aufgaben aufs engste zusammenhängen, so hat das Problem eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Suchen nach dem perpetuum mobile. Es scheint sicher, dass die Aufgabe niemals restlos geklärt wird, und doch bemühen sich Generationen und Generationen immer wieder von neuem um die Prozessreform.*»<sup>8</sup> Diesem Bemühen hat sich die Expertenkommission unterzogen, die während rund drei Jahren in einem Sitzungsrythmus tagte, kontroverse aber, fruchtbare Diskussionen führte, Kompromisse suchen musste und schliesslich im Februar 2002 die Schlussabstimmung durchführte und den Vorentwurf mit sehr grosser Mehrheit zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements verabschiedete. Dass in der Folge noch eine gewisse Verzögerung bis zur Ablieferung des Vorentwurfs eintrat, hatte vor allem damit zu tun, den Entwurf in redaktioneller Hinsicht noch einem letzten Feinschliff durch den Sprachdienst der Bundeskanzlei unterziehen zu lassen und für die nötige Übersetzung in die Landessprachen besorgt zu sein. Wenn nun in absehbarer Zeit der Vorentwurf durch all die interessierten Kreise einer

7 GERHARD DAHLMANN'S, in: Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, Dritter Band, Zweiter Teilband, Gesetzgebung zum Allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, Helmut Coing (Hrsg.), München 1982, S. 2756.

8 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.

Prüfung unterzogen wird, ist zu bedenken, dass es bei Kodifikationsarbeiten vielfach um *wertende* Gesichtspunkte und nicht einfach um «richtig und falsch» geht. Diesen Interessenausgleich zu finden, etwa ob der Vorentwurf im Bereich der besonderen Verfahrensarten zuviel oder zu wenig an «sozialem Zivilprozess» vorsieht, wird dann die Aufgabe vor allem der politischen Instanzen im weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens sein. In den folgenden Ausführungen geht es jedoch in erster Linie darum, wie nach Auffassung der Expertenkommission das schweizerische Zivilprozessrecht vereinheitlicht werden soll bzw. was der *konkrete Inhalt* des Vorentwurfs in den Grundzügen sein soll. Die Ausführungen halten an sich den *systematischen Aufbau* des Vorentwurfs.

## II. Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

### 1. Übersicht

Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung gliedert sich in vier Teile. Der erste Teil enthält die «Allgemeinen Bestimmungen» (Art. 1–190 VE), die ohne gegenteilige Vorschrift in den besonderen Bestimmungen für alle Verfahren gelten und deshalb im weiteren nicht wiederholt werden müssen. Der zweite Teil enthält die «Besonderen Bestimmungen» (Art. 191–343 VE), welche die verschiedenen Verfahrensarten einschliesslich der Rechtsmittel regeln. Der dritte Teil regelt die «Binnenschiedsgerichtsbarkeit» (Art. 344–388 VE) und der vierte Teil enthält die «Schlussbestimmungen» (Art. 389–395 VE). Der umfangreiche *Anhang zum Vorentwurf* schliesslich enthält den wichtigen Bereich «Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts».

### 2. Die Allgemeinen Bestimmungen des Vorentwurfs

#### a) Gegenstand und Geltungsbereich, Gerichtsorganisation und sachliche Zuständigkeit, Instanzenzug

Zentral sind zunächst der Gegenstand und der Geltungsbereich. Gemäss Artikel 1 Absatz 1 des Vorentwurfs wird die Zuständigkeit und das Verfahren in bundesrechtlichen und kantonalen Zivilsachen, die von kantonalen Instanzen beurteilt werden sowie die Binnenschiedsgerichtsbarkeit geregelt. Das bedeutet in prinzipieller Hinsicht, dass einerseits das künftige Gesetz eine Verfahrensordnung in Zivilsachen vor *kantonalen Instanzen* sein soll. Das Verfahren in Zivilsachen vor Bundesgericht wird damit nicht tangiert. Namentlich soll sich die Frage der Weiterziehbarkeit von Urteilen kantonalen Instanzen an das

Bundesgericht nach anderen gesetzlichen Grundlagen bestimmen, d. h. nach dem Bundesrechtspflegegesetz bzw. dem Bundesgerichtsgesetz. Andererseits soll das Verfahren vor den kantonalen Instanzen in Zivilsachen *einheitlich* nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung ablaufen, unabhängig davon, ob es um die Anwendung von Bundeszivilrecht oder ausnahmsweise von kantonalem Zivilrecht geht. Mit anderen Worten sollen die kantonalen Zivilprozessordnungen umfassend überflüssig werden und nicht für Nischenbereiche noch ein letzter Hort von «Heimatschutz» aufrecht erhalten werden, der in der Praxis nur zu Schwierigkeiten und Abgrenzungsproblemen führen würde. Aus einem ähnlichen Grund sieht der zentrale Artikel 1 des Vorentwurfs auch keinen Ausschluss des Anwendungsbereichs auf dem Gebiet des *Vormundschaftsrechts* vor. Zwar befindet sich dieser Bereich des ZGB zur Zeit ebenfalls in Revision. Die Frage des Verfahrens ist aber noch nicht definitiv geklärt. Ein apodiktischer Ausschluss des Anwendungsbereichs der Schweizerischen Zivilprozessordnung könnte zu Schwierigkeiten führen, weil heute die Kantone – im Rahmen des bundesrechtlich Zulässigen – entweder das verwaltungsgerichtliche oder das zivilprozessrechtliche Verfahren für anwendbar erklären. Die Schweizerische Zivilprozessordnung wäre dann gewissermassen der Ersatz für die entfallenden kantonalen Zivilprozessordnungen. Flexible Anpassungen im weiteren Lauf der Gesetzgebungsarbeiten sind aber ohne weiteres möglich. Weiter sieht Artikel 1 in seinem zweiten Absatz vor, dass Bestimmungen des Staatsvertragsrechts und die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vorbehalten bleiben. Damit ist klar, dass für die Schiedsgerichtsbarkeit ein Dualismus geschaffen werden soll, indem für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit weiterhin das IPRG (Art. 176 ff.) gelten soll, während für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit eine eigenständige Regelung zur Anwendung käme, welche das bisherige Konkordat<sup>9</sup> in einer verbesserten Form ablösen soll.

Ein zentraler Punkt des Vorentwurfs, der in Artikel 1 des Vorentwurfs klar gestellt wird, besteht darin, dass die *Organisation der Gerichte* Sache der Kantone bleibt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. An einigen wenigen Stellen, die zur *einheitlichen Durchführung der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts* unabdingbar sind, enthält der Vorentwurf Regeln, die für die Kantone keinen oder nur einen beschränkten Spielraum lassen. Es geht dabei einerseits um die *Frage der Verfahrenseinleitung* (Schlichtungsinstanz ja/nein?) und andererseits um die *Frage der Anzahl Instanzen im Rechtssystem*. Es liegt auf der Hand, dass eine wirkliche Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts klar regeln muss, wie ein bestimmtes Verfahren

<sup>9</sup> Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit angenommen von der Konferenz kantonalen Justizdirektoren am 27. März 1969, vom Bundesrat genehmigt am 27. August 1969 (SR 279).

eingeleitet wird. Uneinheitliche Regeln würden andernfalls in der Praxis zu Problemen führen. Das gleiche gilt für die Frage, an wie viele Instanzen ein Entscheid weitergezogen werden kann. Die Anzahl der Rechtsmittelinstanzen ist untrennbar mit den betreffenden Rechtsmitteln verbunden. Auf diese Fragen ist nachfolgend nochmals einzugehen (siehe unten II./3.d.). Weil der Vorentwurf die Gerichtsorganisation grundsätzlich weiterhin den Kantonen überlassen will, spricht der Vorentwurf stets nur vom «Gericht». Ob es sich dabei um ein aus einer Person bestehendes Gericht oder um ein Kollegialgericht handelt, bestimmen die Kantone. Die Kantone sollen also weiterhin auch die sachliche Zuständigkeit bestimmen (Art. 2 Abs. 1 VE). Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass heute die tatsächlichen Verhältnisse in den Kantonen sehr unterschiedlich sind und kein Grund besteht, weshalb der Bundesgesetzgeber in diesen rechtspolitisch ohnehin heiklen Punkt eingreifen soll. Hängt aber die sachliche Zuständigkeit vom Streitwert ab, wie dies häufig der Fall ist, so erfolgt die Berechnung nach Bundesrecht. Hinsichtlich der Wahl der Richter und Richterinnen, die je nach Kanton entweder durch das Parlament oder durch eine Volkswahl erfolgen, will der Vorentwurf die kantonale Autonomie nicht einengen, weil dazu ebenfalls kein triftiger Grund besteht. Was dagegen in der ganzen Schweiz einheitlich sein soll, ist die Frage der Ausstandsgründe, das Ausstandsverfahren sowie die Folge der Verletzung von Ausstandsgründen. Diese Fragen regelt denn der Vorentwurf auch einlässlich (Art. 43 ff. VE).

Eine absolute Grundsatzfrage ist weiter der Instanzenzug. Der Vorentwurf sieht als Regel vor, dass jeder Entscheid eines erstinstanzlichen Gerichts an eine kantonale Rechtsmittelinstanz weitergezogen werden kann, soweit das Gesetz nichts abweichendes vorsieht (Art. 3 VE). Der *doppelte Instanzenzug im Kanton* ist schon im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Aufgaben des Bundesgerichts im Bereich der Zivilrechtspflege unabdingbar: Das Bundesgericht wird am meisten durch eine gute Justiz entlastet. Ein dreifacher Instanzenzug im Kanton ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zunächst muss aus der Sicht der rechtssuchenden Personen festgehalten werden, dass jede weitere Instanz unausweichlich zu einer zusätzlichen Verzögerung bis zum definitiven Urteil führt. Die Devise des Vorentwurfs besteht deshalb darin, in beiden Instanzen für ein gutes und gerechtes Verfahren zu sorgen. Mehr Justiz durch eine zusätzliche dritte Instanz heisst nicht unbedingt bessere Justiz. Zudem wäre es für viele Kantone kaum verkraftbar, eine dritte Instanz im Kanton von Bundesrechts wegen vorgeschrieben zu bekommen. Die Frage der dritten Instanz kann aber auch nicht einfach dem kantonalen Gesetzgeber überlassen werden, weil eine derart grundlegende Frage einheitlich geregelt werden soll.

Zwei wichtige Punkte im Zusammenhang mit dem Instanzenzug müssen an dieser Stelle weiter erwähnt werden. Zunächst soll es wie bis anhin – im

Interesse der Konzentration der Sachkompetenz bei einem einzigen kantonalen Gericht – bestimmte Materien geben, in denen eine *einzig kantonale Instanz* zuständig sein soll. Der Vorentwurf verlangt für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum, für kartellrechtliche und wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten, die in den Anwendungsbereich der Zivilprozessordnung fallen sowie gewisse andere Streitigkeiten, dass das kantonale Recht das zuständige obere Gericht als einzige Instanz bezeichnet.

Im Allgemeinen geht der kantonale Instanzenzug von einem Gericht der ersten Instanz an das oberinstanzliche Gericht. In diesem Zusammenhang sieht der Vorentwurf im Interesse der *Handelsgerichtskantone* eine Ausnahme vor. Nach Artikel 5 Absatz 1 des Vorentwurfs können die Kantone Streitigkeiten einem kantonalen Fachgericht zur erstinstanzlichen Entscheidung übertragen, wenn der Handels- und Gewerbebetrieb mindestens einer Partei betroffen ist und der Streitwert mindestens 30 000 Franken beträgt und zumindest die beklagte Partei als Firma im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist oder die beklagte Partei sich auf das Verfahren einlässt. Angesichts der Kompetenz v. a. in Sachfragen derartiger Gerichte, die in der Hierarchie der kantonalen Instanz regelmässig auf zweiter Ebene angesiedelt sind, wäre eine freie Überprüfung des erstinstanzlichen Entscheids, in diesen Fällen erlassen eben durch ein als erste Instanz urteilendes Gericht aber auf der zweiten Hierarchiestufe, nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht fraglich. Denn damit würden die Fachgerichte abgewertet und es wäre für ihre Weiterexistenz eigentlich kein Grund mehr vorhanden. Deshalb sieht der Entwurf vor, dass die Entscheide solcher Fachgerichte, wenn die Kantone von ihrem Spielraum Gebrauch machen, nur mit *Beschwerde* angefochten werden können (Art. 5 Abs. 3 VE). Anzuführen bleibt, dass die Beschwerde gemäss dem Konzept des Vorentwurfs zwar kein ordentliches Rechtsmittel ist, aber eine freie Kognition in Rechtsfragen erlaubt (siehe unten II./3.d.). Dieser Vorbehalt zugunsten der Handelsgerichte würde es z. B. dem Kanton Zürich erlauben, das Handelsgericht unverändert beizubehalten. Rechtsmittelinstanz gegen handelsgerichtliche Entscheide könnte dann z. B. das Kassationsgericht sein, allerdings dann mit einer anderen, neuen Aufgabe, das mittels Beschwerde gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung angerufen werden könnte. Macht ein Kanton vom geschilderten Freiraum keinen Gebrauch, so werden handelsrechtliche Streitigkeiten im Verfahren vor der zuständigen unteren kantonalen Instanz beurteilt und gelangen über den ordentlichen Instanzenzug an das kantonale Obergericht. Der Unterschied, der sich hinsichtlich der Kognition ergeben kann, lässt sich dadurch rechtfertigen, dass die engere Kognition in tatsächlicher Hinsicht bei der Beschwerde (vgl. unten II./3.d.) durch den Umstand aufgewogen wird, dass das als erste Instanz urteilende (obere) kantonale Gericht eben ein Fachgericht ist.



Schliesslich ist als weitere Ausnahme vom doppelten Instanzenzug vorgesehen, dass bei einem Streitwert von mindestens 100 000 Franken die klagende Partei mit Zustimmung der beklagten Partei direkt an die obere kantonale Instanz gelangen kann. Ein Weiterzug im Kanton ist dann ausgeschlossen. Der allfällige Weiterzug an das Bundesgericht ist nicht von der Schweizerischen Zivilprozessordnung zu regeln, sondern entsprechend der Grundentscheidung der Expertenkommission vom Bundesgerichtsgesetz.

#### b) Örtliche Zuständigkeit

Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit lehnt sich der Vorentwurf im grossen und ganzen an das Gerichtsstandsgesetz an. Dessen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit werden in den Artikeln 7 bis 42 in den Vorentwurf aufgenommen. Die sog. gerichtsstandsnahen Fragen werden an der entsprechenden Stelle, d. h. im betreffenden systematischen Kontext, ebenfalls in den Vorentwurf integriert, so dass im Anhang zur Schweizerischen Zivilprozessordnung das Gerichtsstandsgesetz, das ein wichtiger «Baustein» des Vorentwurfs ist, als ganzes aufgehoben werden kann. Es entspricht der «Grundphilosophie» der Expertenkommission, Gesetzesbestimmungen, die kürzlich vom Parlament erlassen wurden, nicht ohne Not zur Änderung vorzuschlagen, soweit es sich nicht um offensichtliche Versehen handelt, wie z. B. im Zusammenhang mit dem fehlenden Gerichtsstand für Scheidungen auf gemeinsames Begehren.<sup>10</sup> Eine wichtige Ausnahme ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts, der seinerzeit vom Parlament gestrichen wurde. Diese örtliche Zuständigkeit hat entsprechend einem praktischen Bedürfnis Aufnahme in den Vorentwurf gefunden (Art. 27 VE).

#### c) Verfahrensgrundsätze

Im Kapitel über die Verfahrensgrundsätze hält sich der Vorentwurf an das Bewährte, wie es in allen modernen kantonalen Zivilprozessgesetzen in der einen oder anderen Form zum Ausdruck kommt. An erster Stelle steht das *Rechtsschutzinteresse* (Art. 46 VE). Auf eine Klage oder ein Gesuch tritt das Gericht nur ein, wenn ein rechtlich oder tatsächlich schützenswertes Interesse besteht. Eine Behörde darf zur Geltendmachung öffentlicher Interessen nur dann einen Prozess einleiten oder intervenieren, sofern es das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Man könnte derartige Vorschriften ohne weiteres in systematischer Hinsicht auch bei den Prozessvoraussetzungen einordnen, doch sind sie eigentlich mehr als das und sind deshalb systematisch eingangs der

<sup>10</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 1 GestG.

Verfahrensgrundsätze eingereiht worden. Als weiterer Verfahrensgrundsatz wird aufgeführt das Handeln nach Treu und Glauben im Prozess (Art. 47 VE), womit der unergiebig streit beendet würde, ob sich dieser Grundsatz schon aus Art. 2 ZGB oder erst dem Verfahrensrecht ergibt. Schliesslich werden zu bundesrechtlichen Verfahrensgrundsätzen erklärt der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 48 VE), der Grundsatz der Öffentlichkeit (Art. 49 VE), der Verhandlungsgrundsatz, der nur nach Massgabe spezieller Gesetzesvorschrift durchbrochen wird (Art. 50), das gerichtliche Fragerecht (Art. 51 VE), die Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 51 VE) sowie schliesslich der Dispositionsgrundsatz und seine Durchbrechung nach Massgabe gesetzlicher Bestimmungen auch in der Zivilrechtsordnung (Art. 53 VE). Gerade das Beispiel der Untersuchungsmaxime sowie des gerichtlichen Fragerechts sind Beispiele für die Schwierigkeit, eine «richtige» Lösung zu finden, sind doch hier weitgehend rechtspolitische Wertungen massgebend und dementsprechend die heutigen Lösungen in den Kantonen ziemlich unterschiedlich. Die Grundsatzfrage liegt in diesen Bereichen darin, inwieweit es Sache des Gerichts sein muss, die materielle Wahrheit zu ermitteln, unabhängig von den Parteivorbringen. Jedenfalls für das ordentliche Verfahren geht der Vorentwurf davon aus, dass es grundsätzlich Sache der Parteien bzw. ihrer Vertretung ist, das Tatsächliche des Prozesses selbst vorzubringen. Nur in einigen ausgewählten Bereichen der besonderen Verfahren wird die Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen, allerdings in unterschiedlichem Ausmass, vorgeschrieben (vgl. dazu unten II./3.c.).

#### d) Prozessvoraussetzungen

In diesem Kapitel (Art. 54–56 VE) wird in herkömmlicher Weise vorgeschrieben, dass das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch eintritt, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts, die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien, fehlende anderweitige Rechtshängigkeit, fehlende materielle Rechtskraft sowie gegebenenfalls Bezahlung von Vorschüssen und Sicherheiten für die Prozesskosten. Entsprechend dem pragmatischen Ansatz des Vorentwurfs wird darauf verzichtet, den Streitgegenstand inhaltlich zu umschreiben. Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen wird vom Gericht von Amtes wegen geprüft.

#### e) Die Parteien und die Beteiligung Dritter

Der vierte Titel des Vorentwurfs (Art. 57–73 VE) regelt die Partei- und Prozessfähigkeit, die Parteivertretung, die Streitgenossenschaft, die Intervention, die Streitverkündung sowie den Parteiwechsel. Der Vorentwurf sieht *keinen*

*Zwang zur anwaltschaftlichen Vertretung* vor. Ist indessen eine Partei offensichtlich nicht im Stande, ihre Sache selbst zu führen, so kann sie das Gericht auffordern, eine Vertreterin oder einen Vertreter zu bezeichnen. Das Gericht klärt die betreffende Partei zudem gegebenenfalls über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auf (Art. 61 Abs. 1 und 2 VE). Betreffend die berufsmässige Vertretung stellt der Vorentwurf keine eigenen Vorschriften auf, sondern verweist auf die eidgenössische<sup>11</sup> und kantonale Gesetzgebung.

Die Vorschriften des Vorentwurfs über die Streitgenossenschaft und die Intervention, diese entspricht in neuer Terminologie der Nebenintervention, geben zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Bei der Streitverkündung wird neu zwischen der *einfachen Streitverkündung* und der *Streitverkündung mit Klage* unterschieden. Diese zweite Rechtsfigur geht weiter als die blosser Streitverkündung. Statt der Drittperson nur den Streit zu verkünden, kann die klagende oder die beklagte Partei gegen diese Drittperson beim bereits befassten Gericht neben der Streitverkündung Klage erheben. Das Gericht muss für die betreffenden Ansprüche sachlich zuständig und die Ansprüche müssen in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sein. Die Drittperson kann keine weitere Streitverkündung mit Klage erheben (Art. 71 VE). Diese Aufnahme des Instituts der Gewährleistungsklage bedingt eine Anpassung von Art. 193 OR, was im Anhang des Vorentwurfs auch vorgeschlagen wird.

Ein Parteiwechsel ist grundsätzlich nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig. Die Zustimmung ist nicht notwendig, wenn der Streitgegenstand während des Prozesses veräussert wird und die Erwerberin oder der Erwerber in den Prozess eintritt (Art. 73 VE).

#### g) Klagen

Im Kapitel über die Klagen (Art. 74–81 VE) sind neben der Regelung der herkömmlichen *Klagearten*, d. h. der Leistungsklage (Art. 74 VE), der Gestaltungsklage (Art. 77 VE) sowie der Feststellungsklage (Art. 78 VE), einige Punkte speziell zu erwähnen. Unter anderem sieht der Vorentwurf eine Vorschrift betreffend die *unbezifferte Forderungsklage* vor. Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Es muss jedoch einen Mindestwert angeben werden, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 75 Abs. 1 VE). Hängt die Höhe der Forderung vom Beweisergebnis ab, so fordert das Gericht die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens auf, die Forderung zu beziffern. Übersteigt der Streit-

11 D. h. insbes. das Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61.

wert die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, so wird der Prozess von Amtes wegen an das zuständige Gericht überwiesen.

Der Vorentwurf *verzichtet* bewusst darauf, die im angloamerikanischen Rechtskreis entwickelte «*class action*» in die schweizerische Rechtsordnung zu übernehmen. Die Expertenkommission war mehrheitlich der Auffassung, dass vom Grundsatz, wonach die materiell Berechtigten zur Prozessführung legitimiert sein sollen, nicht abgewichen werden soll. Eine Prozessführung durch Dritte soll nur mittels Vertretung oder Abtretung des streitigen Anspruchs möglich sein. Eine Ausnahme ist indessen für einen Bereich, nämlich die sog. *Verbandsklage* zu verzeichnen. Artikel 79 des Vorentwurfs bestimmt, dass Vereine und andere Organisationen, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder der Interessen von Angehörigen bestimmter Interessengruppen befugt sind, in eigenem Namen auf Feststellung von Rechten der Betroffenen, auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustands sowie auf Unterlassung künftiger Verletzungen von Rechten der Betroffenen Klagen können. *Schadenersatzklagen* dieser Organisationen zugunsten der verletzten Personen ohne Vertretungsverhältnis sind jedoch nicht möglich. Ausdrücklich vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen des Bundesrechts über das Verbandsklagerecht, welche einerseits enger<sup>12</sup> andererseits weiter<sup>13</sup> gefasst sind.

Schliesslich sieht dieses Kapitel auch Vorschriften über die *Teilklage* und die *Widerklage* vor. Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch ein blosser Teil eingeklagt werden (Art. 76 VE). Widerklage kann die beklagte Partei erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht und er nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Widerklage auf Widerklage wird ausgeschlossen (Art. 80 VE).

#### h) Streitwert, Prozesskosten und unentgeltliche Prozessführung

Die angeführten Bereiche regelt der siebente Titel in vier Kapiteln (Art. 86–112 VE). Der *Streitwert* einer Klage auf Geldleistung wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens werden nicht hinzugerechnet (Art. 82 Abs. 1 VE). In den übrigen vermögensrechtlichen Angelegenheiten setzt das Gericht den Streitwert von Amtes wegen fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 82 Abs. 2 VE). Bei Widerklage werden die Streitwerte von Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet ausser für die Bestimmung der Prozesskosten (Art. 85 VE). Die weiteren Bestimmungen

12 Z. B. Art. 56 MSchG, Art. 7 GIG.

13 Z. B. Art. 10 Abs. 2 UWG sowie darauf gestützte Spezialbestimmungen.

beziehen sich auf die Berechnung bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen sowie bei Klagenhäufung und einfacher Streitgenossenschaft (Art. 83 f. VE).

Bei den *Prozesskosten*, die im Vorentwurf einlässlich geregelt werden (Art. 86 ff. VE), war in der Expertenkommission eine umstrittene Frage, ob die Tarife für die Prozesskosten bundesrechtlich zu regeln sind oder ob sie der kantonalen Gesetzgebung überlassen bleiben sollen. Für beide Lösungen lassen sich gute Gründe vorbringen. Der Vorentwurf sieht in der Hauptvariante vor, dass grundsätzlich die Kantone die Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse festsetzen (Art. 86 Abs. 4 VE). Begründet wird dieser Vorschlag vor allem damit, dass die Prozesskosten in einem engen Zusammenhang zur Gerichtsorganisation des betreffenden Kantons stehen, somit die tatsächlichen Verhältnisse in den Kantonen sehr unterschiedlich sein können und ohnehin die kantonalen Gerichtsorganisationen laufend wieder geändert werden können. Zudem sind auch die Tarife für die anwaltschaftliche Vertretung in den Kantonen alles andere als gleich. Im Sinne einer Variante für das Vernehmlassungsverfahren unterbreitet die Expertenkommission allerdings auch eine gegenteilige Version zur Stellungnahme. Danach setzt der Bundesrat die Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse im Rahmen des Gesetzes in einer Verordnung fest. Die Variante hätte den Vorteil, dass die Kosten der Rechtsverfolgung in allen Kantonen – unabhängig von der Gerichtsorganisation – ungefähr gleich wären. Die Variante würde aber bedeuten, dass der Bundesrat nicht nur einen Gebührentarif für die erst- und zweitinstanzlichen Urteile, sondern auch einen Anwaltstarif erstellen müsste.

Neben weiteren Vorschriften über Vorschuss für die Gerichtskosten, Sicherheit für die Prozesskosten, Umfang und Art der Sicherheit, Leistung des Vorschusses und der Sicherheit, Vorschuss für Beweiserhebungen, Stundung, Erlass, Verjährung und Zinsen (Art. 87 ff. VE), sieht der Vorentwurf vor, dass Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten mit Rekurs anfechtbar sind (zum Rekurs siehe unten II./3.d.).

Weiter regelt der Vorentwurf einlässlich die wichtige Frage der *Verteilung der Prozesskosten* (Art. 94 ff. VE). Der Grundsatz besteht darin, dass das Gericht in der Regel im Endentscheid die Kosten verlegt (Art. 94 Abs. 1 VE) und zwar nach Massgabe des Prozessausgangs (Art. 97 VE). In bestimmten Fällen verteilt das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen (Art. 98 VE). Die betreffenden Konstellationen werden abschliessend aufgezählt. Eine Verteilung nach Ermessen soll etwa erfolgen, wenn die klagende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war, aber nicht oder nur teilweise obsiegt (Art. 98 Abs. 1 Bst. b VE). Unnötige Prozesskosten hat, unabhängig vom Prozessausgang, zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Namentlich hat sie zu bezahlen, wer durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde (Art. 99 VE). Die Gerichtskosten werden von Amtes

wegen verteilt (Art. 95 Abs. 1 VE), während die Verurteilung zur Bezahlung der Parteikosten einen entsprechenden Antrag voraussetzt (Art. 96 VE).

Der Kostenentscheid kann selbständig nur mit Beschwerde angefochten werden (Art. 102 VE; zur Beschwerde siehe unten II./3.d.).

Für bestimmte Bereiche sieht der Vorentwurf *besondere Kostenregelungen* vor. Das dem Entscheidverfahren grundsätzlich obligatorisch vorgeschaltete *Schlichtungsverfahren* (vgl. dazu unten II./3.b.) ist von Bundesrechts wegen unentgeltlich (Gerichts- und Parteikosten) für Streitigkeiten betreffend Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie für die landwirtschaftliche Pacht, bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz<sup>14</sup> und schliesslich für Streitigkeiten aus dem Gleichstellungsgesetz<sup>15</sup> und nach dem Mitwirkungsgesetz<sup>16</sup> (Art. 103 VE). Im *Entscheidungsverfahren* dürfen keine Gerichtskosten gesprochen werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken sowie bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und dem Mitwirkungsgesetz unabhängig vom Streitwert (Art. 104 Abs. 1 VE); Parteientschädigungen im Schlichtungsverfahren sind ausgeschlossen. Damit werden die politischen Entscheide, welche das Parlament in den letzten Jahren getroffen hat, unverändert übernommen.

Abgeschlossen wird der siebente Titel mit Vorschriften über die *unentgeltliche Prozessführung* (Art. 105–112 VE). Ausgangspunkt ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung: Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 105 Abs. 1 VE). Kein Anspruch besteht für juristische Personen, für Konkurs- und Nachlassmassen sowie in Verfahren vor Schiedsgerichten (Art. 105 Abs. 2 VE). Die unentgeltliche Rechtspflege kann ganz oder teilweise gewährt werden und umfasst nach Bedarf Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, Befreiung von den Gerichtskosten sowie Bestellung eines Rechtsbeistands (Art. 106 VE). Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird vom Gericht ernannt und ist zum vollen Tarif zu entschädigen. Er wird für seine Bemühungen und Auslagen vom Staat bezahlt, soweit die Entschädigung bei der Gegenpartei nicht einbringlich ist (Art. 107 VE). Damit soll verhindert werden, dass im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege systematisch nur reduzierte Parteientschädigungen zugesprochen werden. Weitere Vorschriften regeln das Gesuch und das Verfahren der unentgeltlichen Prozessführung sowie deren Entzug, das Rechtsmittel gegen den Entscheid be-

14 SR 823.11.

15 SR 151.

16 SR 822.14.

treffend unentgeltliche Prozessführung sowie die Nachzahlung. Hier sieht der Vorentwurf vor, dass eine Partei, der die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet werden kann, wenn es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Der Rückforderungsanspruch des Staates verwirkt 5 Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 112 VE).

#### i) *Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen*

Der achte Titel des Vorentwurfs widmet sich in drei Kapiteln den obenstehenden praktisch wichtigen Bereichen (Art. 113–144 VE). An dieser Stelle kann nur auf einige wichtige Einzelaspekte hingewiesen werden. Artikel 115 des Vorentwurfs enthält eine praktisch wichtige Vorschrift zur *Vereinfachung von Verfahren*. Danach kann das Gericht unter anderem gemeinsam eingereichte Klagen (Klagenhäufung) trennen und umgekehrt selbständig eingereichte Klagen vereinigen oder aus Zweckmässigkeitsgründen eine Widerklage in ein getrenntes Verfahren verweisen. Sind bei verschiedenen Gerichten Klagen rechtshängig, die miteinander in einem sachlichen Zusammenhang stehen, so kann ein später angerufenes Gericht die bei ihm rechtshängige Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, wenn dieses mit der Übernahme einverstanden ist (Art. 117 Abs. 1 VE). Diese Art der Prozessüberweisung kann von den betroffenen Parteien mit Rekurs angefochten werden (Art. 117 Abs. 2 VE). Weitere Vorschriften regeln die Sistierung des Verfahrens (Art. 116 VE) sowie die Dringlichkeit von Streitsachen (Art. 118 VE).

Bei den Bestimmungen über die Formen des prozessualen Handelns (Art. 120–133 VE) ist zunächst die *Form von Eingaben der Parteien* zu erwähnen. Eine Eingabe an das Gericht kann in Papierform oder elektronisch erfolgen; sie ist in beiden Fällen zu unterzeichnen. Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument, das die Eingabe und die Beilagen enthält, mit einer anerkannten elektronischen Signatur der Absenderin oder des Absenders versehen sein. Der Bundesrat bestimmt das Format der Übermittlung (Art. 120 Abs. 2 VE). Das Gericht kann aber verlangen, dass die Eingabe in Papierform nachgereicht wird (Art. 120 Abs. 3 VE). Weitere Vorschriften regeln Inhalt und Form von Vorladungen (Art. 124 ff. VE), von Entscheiden (Art. 127 VE) und von gerichtlichen Zustellungen (Art. 128 ff. VE).

Bei den *Fristen* ist zunächst erwähnenswert, dass *gerichtlich bestimmte Fristen* nur aus zureichenden Gründen *einmal angemessen erstreckt werden können*. Weitere Fristverlängerungen sind nur aus wichtigen Gründen oder mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig (Art. 137 Abs. 2 VE). Die *restriktive* Regelung soll der Prozessverschleppung entgegenwirken. Für den Einzelfall ist die Regelung aber genügend flexibel, weil sie dem Gericht den notwendigen Spielraum einräumt. Die gesuchstellende Partei hat die Voraussetzungen glaubhaft zu machen. Dies ergibt sich aus der *allgemeinen* Vorschrift des Vor-

entwurfs in Artikel 148, wonach die *Beweislast für prozessuale Rechte* diejenige Partei trägt, die aus ihr Rechte ableitet. *Gesetzliche Fristen* dagegen können nicht erstreckt werden (Art. 137 Abs. 1 VE), ausser es sei speziell vorgesehen. Zu erwähnen im Zusammenhang mit den Fristen ist schliesslich der Stillstand gesetzlich und gerichtlich bestimmter Fristen während bestimmten Zeiträumen. In Artikel 138 des Vorentwurfs sind bestimmte Zeiträume als *bundesrechtlich einheitliche Gerichtsferien* vorgesehen: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Damit soll den Bedürfnissen auch der kleineren Anwaltsbüros Rechnung getragen werden. Der Stillstand der Fristen gilt jedoch nicht für das Schlichtungsverfahren, das summarische Verfahren und für vom Gericht als dringlich bezeichnete Sachen. Der Vorentwurf sieht vor, dass die Parteien vom Gericht auf die Ausnahmen vom Stillstand der Fristen hinzuweisen sind.

Schliesslich ist im vorliegenden Kontext auf die Regelung von *Säumnis, Säumnisfolgen* (Art. 142 VE) und *Wiederherstellung* (Art. 143 f. VE) hinzuweisen. Säumnis liegt nach dem Vorentwurf vor, wenn eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgemäss vornimmt. Diesfalls nimmt das Verfahren unbesehen davon seinen Fortgang, es sei denn, das Gesetz bestimme Ausnahmen. Solche Milderungen sieht der Vorentwurf insbesondere im Zusammenhang mit der Leistung des Vorschusses und der Sicherheiten (Art. 90 Abs. 4 VE), mit der Leistung des Vorschusses für Beweiserhebungen (Art. 91 Abs. 3 VE), mit mangelhaften Eingaben (Art. 123 Abs. 1 VE) sowie mit der versäumten Klageantwort (Art. 212 Abs. 1 VE) vor, wo jeweils eine angemessene kurze Nachfrist anzusetzen ist. Wegen der weitreichenden Folgen der Säumnis schreibt der Vorentwurf ausdrücklich vor, dass das Gericht die Parteien *auf die Säumnisfolgen hinzuweisen* hat. Die Wiederherstellung ist grundsätzlich an strenge Voraussetzungen geknüpft. Eine säumige Partei kann Wiederherstellung verlangen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie *kein oder nur leichtes Verschulden* trifft (Art. 143 Abs. 1 VE). Auch das Säumnisverfahren selbst ist straff geregelt. Das Gesuch um Wiederherstellung ist innert zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses einzureichen, das zur Säumnis geführt hat; unterlassene Prozesshandlungen sind gleichzeitig nachzuholen. Ist ein Entscheid ergangen, so kann die Wiederherstellung nur innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft verlangt werden (Art. 143 Abs. 2 und 3 VE). Das Gericht gibt der anderen Partei Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet im summarischen Verfahren ohne Verhandlung über die Wiederherstellung. Bei Zustimmung der Gegenpartei ist die Wiederherstellung ohne weiteres zu gewähren (Art. 144 VE).



j) *Beweis*

Der neunte Titel des allgemeinen Teils ist dem Beweisrecht gewidmet (Art. 145–186 VE). Er ist in drei Teile gegliedert. Das erste Kapitel enthält die *allgemeinen Bestimmungen über den Beweis* (Art. 145–151 VE), das zweite Kapitel regelt die *Mitwirkungspflichten und die Verweigerungsrechte* (Art. 152–158 VE) und das dritte Kapitel schliesslich normiert die einzelnen *zulässigen Beweismittel* (Art. 159–186 VE).

Bei den allgemeinen Bestimmungen handelt es sich weitgehend um dem Grundsatz nach bekannte Regeln, die auf der einen Seite aber teilweise Fragen entscheiden, die in den verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen bei weitem nicht einheitlich geregelt sind. Auf der anderen Seite wird zum Teil die einschlägige bundesgerichtliche Praxis zum Beweisrecht kodifiziert (z. B. Recht auf den Beweis und antizipierte Beweiswürdigung). An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass der Vorentwurf eine *abgeschwächte unmittelbare Beweisabnahme* vorschreibt. Zwar kann das Gericht die Beweisabnahme, z. B. im Zusammenhang mit einem Augenschein, an eines oder mehrere seiner Mitglieder delegieren (Art. 149 Abs. 1 VE). Wenn eine Partei es jedoch verlangt und keine wichtigen Gründe dagegen sprechen, geschieht die Beweisabnahme durch das urteilende Gericht (Art. 149 Abs. 2 VE). Aufgrund des grundsätzlichen Verfahrensaufbaus, der die Beweisabnahme in der Hauptverhandlung vorsieht und zudem auch die Wiederholung vorgängiger Beweiserhebungen durch das erkennende Gericht ermöglicht (Art. 222 VE), wird die Unmittelbarkeit der Beweisabnahme für die Mehrzahl der Beweismittel die Regel sein. Selbstredend schreibt der Vorentwurf die *freie Beweiswürdigung* vor (Art. 150 Abs. 1 VE). Ein Anspruch zur *Sicherung von Beweismitteln* besteht, wenn deren Gefährdung glaubhaft gemacht wird oder das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt; anwendbar sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 151 VE).

Das zweite Kapitel des neunten Titels über den Beweis regelt den zentralen Bereich der *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte*, die nicht bei den einzelnen Beweismitteln jeweils wiederholt, sondern gewissermassen vor die Klammer genommen und allgemein festgeschrieben werden. Die Parteien und Dritte sind zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet. Insbesondere haben sie als Partei, Zeugin oder Zeuge auszusagen, Urkunden herauszugeben, einen Augenschein oder die Untersuchung durch Sachverständige an Person oder Eigentum zu dulden. Über die Mitwirkungspflicht unmündiger Personen entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen und berücksichtigt dabei das Kindeswohl (Art. 152 Abs. 1 und 2 VE). Das Gericht trifft die geeigneten Massnahmen zur Wahrung berechtigter Interessen einer Partei oder Dritter, namentlich von Geschäftsgeheimnissen, im Zusammenhang mit der Beweisabnahme (Art. 153 VE). Die Verweigerungsrechte der Parteien und Dritter werden gesondert geregelt. Eine *Partei* kann die Mitwir-

kung verweigern, wenn sie sich oder eine ihr nahestehende Person einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde oder wenn sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses strafbar machen würde. Unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung ist bei der Beweiswürdigung entsprechend zu berücksichtigen (Art. 155 VE). Bei den *Dritten* ist zwischen dem umfassenden und dem beschränkten Verweigerungsrecht zu unterscheiden. Jede Mitwirkung im Sinne eines *umfassenden Verweigerungsrechts* dürfen verweigern: Verwandte in gerader Linie und Verschwägerte einer Partei, der Ehegatte und der Lebenspartner einer Partei, voll- und halbblütige Geschwister einer Partei, deren Ehegatten oder Lebenspartner und Nachkommen eines Geschwisters, Stiefeltern und Stiefkinder sowie Pflegeeltern, Pflegekinder und Pflegegeschwister einer Partei (Art. 156 VE). Mit Ausnahme des «Lebenspartners» handelt es sich bei diesen Personenkategorien um durch das ZGB klar umrissene Rechtsverhältnisse. Beim Verweigerungsrecht des «Lebenspartners» meint der Vorentwurf jede Lebenspartnerschaft, auch wenn sie nicht registriert sein sollte, also z. B. auch das einfache Konkubinats. Ein *beschränktes Verweigerungsrecht* steht Personen zu bei der Feststellung von Tatsachen, die sie oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung, einer schweren Beeinträchtigung der Ehre oder eines unmittelbaren Vermögensschadens aussetzen könnte. Gleiches gilt für eine Drittperson soweit sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses strafbar machen würde. Mit Ausnahme der Ärztinnen, Ärzte, Anwältinnen, Anwälte und Geistlichen ist jedoch zur Mitwirkung verpflichtet, wer von der Geheimhaltungspflicht schriftlich entbunden worden ist. Diese Regelung steht in Einklang mit Artikel 13 Absatz 1 des Eidgenössischen Anwaltsgesetzes. Es versteht sich von selbst, dass dieses Verweigerungsrecht nur im Zusammenhang mit der entsprechenden beruflichen Tätigkeit der genannten Personen gilt und nicht im Zusammenhang mit privaten Tätigkeiten. Dies entspricht im Prinzip auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Artikel 321 StGB.<sup>17</sup> Weiter hat ein beschränktes Verweigerungsrecht, wer als Mitglied einer Schlichtungsbehörde, als Ombudsperson, Mediator oder Mediatorin über Tatsachen aussagen müsste, die er oder sie im Rahmen der betreffenden Tätigkeit wahrgenommen hat.<sup>18</sup> Geschiedene Ehegatten haben ein Verweigerungsrecht für die Aussage zu Tatsachen, die vor der Scheidung eingetreten sind. Bei anderen beruflichen Tätigkeiten als den bereits erwähnten, die mit einer gesetzlichen Schweigepflicht verbunden sind oder die ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen, erlässt das Gericht die Mitwirkungspflicht, wenn die allgemeinen Schutzmassnahmen zur Wahrung schutzwürdiger Interessen einer Partei oder von Dritten

17 Vgl. BGE 120 Ib 118 E. 4; 112 Ib 606 E. b; 114 III 107 E. 3a.

18 Der Vorentwurf sieht hier also eine flexiblere Lösung vor als Art. 139 Abs. 3 ZGB, welcher für bestimmte Personen eine absolute Zeugnisanfähigkeit vorschreibt.



(Art. 153 VE) nicht ausreichen und das Interesse an der Geheimhaltung jenes der Wahrheitsfindung überwiegt. Für die Mitwirkungspflicht von Behördenmitgliedern und Angestellten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gilt das entsprechende öffentliche Recht (zum Ganzen Art. 157 VE). Über die bestrittene Mitwirkung entscheidet das Gericht, welches zur Durchsetzung unter anderem eine Ordnungsbusse bis 5000 Franken anordnen kann. Die Drittperson kann den Entscheid mit Rekurs anfechten (Art. 158 VE).

Die *zulässigen Beweismittel* schliesslich sind im dritten Kapitel des neunten Titels geregelt (Art. 159–186 VE). Mit Ausnahme der Kinderbelange in familienrechtlichen Verfahren, in denen wie bereits heute gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der sog. Freibeweis gilt, d. h. grundsätzlich alle erdenklichen beweistauglichen Erkenntnismittel zulässig sind<sup>19</sup>, gilt für die übrigen Bereiche ein *Numerus clausus der zulässigen Beweismittel*. Als Beweismittel sieht der Vorentwurf folgende Beweismittel vor: Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Beweisaussage. Aus Platzgründen können an dieser Stelle nur über einige besondere Aspekte weitere Ausführungen gemacht werden, zumal sich die Beweismittel über weite Strecken an die Regelungen der modernen kantonalen Zivilprozessordnungen anlehnen. Zunächst ist festzuhalten, dass der Vorentwurf von einem *weiten Urkundenbegriff* ausgeht. Als Urkunden gelten alle Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonbandaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 169 VE). Damit wird mit einer wichtigen Ausnahme die Abgrenzung zu den Augenscheinsobjekten weitgehend an Bedeutung verlieren. Im Gegensatz zum Beweis mittels Urkunden kann das Gericht beim Beweis mittels Augenschein zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhalts nicht nur auf Verlangen einer Partei, sondern *auch von Amtes wegen einen Augenschein* durchführen (Art. 174 Abs. 1 VE). Der *Beweis mittels Urkunde* setzt deren Echtheit voraus. Die Partei, die sich auf die Urkunde beruft, hat deren Echtheit zu beweisen, sofern diese von der anderen Partei mit zureichenden Gründen bestritten wird (Art. 171 VE). Die Urkunde kann in Kopie eingereicht werden. Das Gericht kann die Vorlage des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangen. Jeder Partei steht das gleiche Recht zu, wenn begründete Zweifel an der Echtheit der Urkunde bestehen (Art. 173 Abs. 1 VE). Anders als in Artikel 9 Absatz 1 ZGB, diese Bestimmung soll gemäss Anhang zum Vorentwurf gestrichen werden, ist vorgesehen, dass nicht nur öffentliche Register und Urkunden des Bundesprivatrechts, sondern auch solche des ge-

19 BGE 122 I 55, 111 II 229 E. 4; TH. SUTTER und D. FREIBURGHÄUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 145 ZGB, N. 1 mit Hinweisen.

samen öffentlichen Rechts vollen Beweis erbringen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Beim Beweis mittels Gutachten (Art. 176–184 VE) bleibt zu vermerken, dass sowohl im Geltungsbereich der Verhandlungs- wie der Untersuchungsmaxime die Parteien vor der Beauftragung der sachverständigen Person im Hinblick auf die entstehenden Kosten anzuhören sind. Geregelt ist weiter das Recht der Parteien, Privatgutachten einzureichen. Selbstredend bleibt deren Würdigung dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. Im Zusammenhang mit dem Gutachten wird schliesslich auch das *Schiedsgutachten* sowie dessen Einreichung und Wirkung im gerichtlichen Verfahren geregelt (Art. 183 f. VE). Die *schriftliche Auskunft*, der viele kantonale Zivilprozessordnungen heute keinen Beweismittelstatutus zuerkennen, ist gemäss dem Konzept des Vorentwurfs ein eigentliches Beweismittel. Damit wird praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen. Das Gericht kann Amtsstellen um schriftliche Auskunft ersuchen. Es kann auch von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung unverhältnismässig erscheint. Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör wird gewahrt, indem vorgeschrieben wird, dass das Gericht die Parteien über die schriftliche Auskunft informieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. In jedem Fall schliesst die schriftliche Auskunft eine nachträgliche Zeugenbefragung nicht aus (Art. 185 VE). Schliesslich sieht der Vorentwurf auch die *förmliche Aussage einer oder beider Parteien als Beweismittel* vor. In der heutigen kantonalen Zivilprozesslandschaft treffen wir diesbezüglich die unterschiedlichsten Regelungen an. Gewisse kantonale Gesetze messen der Aussage einer Partei nie Beweiswert zu, während andere kantonale Zivilprozessordnungen in unterschiedlichster Form und unter unterschiedlichsten Voraussetzungen nur eine oder beide Parteien – bei völlig uneinheitlicher Terminologie – zur Aussage zulassen.<sup>20</sup> Entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung handelt es sich bei der Beweisaussage gemäss dem Konzept des Vorentwurfs keineswegs um ein förmliches Beweismittel, sondern es bleibt dem pflichtgemäss ausgeübten Ermessen des Gerichts anheimgestellt, welcher Beweiswert der Aussage der betreffenden Partei zuzumessen ist. Konsequenterweise werden zur Beweisaussage auch die Organe juristischer Personen sowie gesetzliche Vertreter und Vertreterin einer Partei zugelassen. Die Beweisaussage trägt dem Umstand Rechnung, dass in gewissen Situationen ein eigentlicher Beweisnotstand bestehen kann, weil keine andere Beweismittel zur Verfügung stehen. Um eine möglichst flexible Lösung zu gewährleisten, wird dieser Umstand jedoch nicht als Voraussetzung des Beweismittels im Tatbestand festgeschrieben, um den

20 Vgl. zu den einzelnen kantonalen Regelungen im Einzelnen THOMAS SUTTER-SOMM, Parteienanhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, ZZP 2000, S. 327 ff.

Grundsatz der grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Beweismittel nicht einzuschränken. Kautelen gegen missbräuchliche Verwendung bringen die Strafbarkeitshinweise namentlich wegen Falschaussage nach Artikel 306 des Schweizerischen Strafgesetzbuches.

#### k) Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten

Der zehnte Titel regelt die Rechtshilfe zwischen *schweizerischen* Gerichten. Die Bestimmungen gelten allgemein und nicht nur im Bereich des Beweisverfahrens. Namentlich im Bereich der Urteilsvollstreckung ausserhalb des Geltungsbereichs des SchKG (Art. 325 VE) werden die notwendigen Grundlagen geschaffen, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Artikel 122 Absatz 3 BV zu verwirklichen.

### 3. Die besonderen Bestimmungen des Vorentwurfs

#### a) Übersicht

Die besonderen Bestimmungen des Vorentwurfs regeln im ersten Titel das *ordentliche Verfahren* (Art. 191–234 VE). Der zweite Titel beinhaltet die *besonderen Verfahren* (Art. 235–274 VE), wozu das sog. vereinfachte Verfahren, das Scheidungsverfahren, das Verfahren betreffend Kinderbelange sowie das summarische Verfahren gehören. Der dritte Titel normiert die *vorsorglichen Massnahmen und die Schutzschrift* (Art. 275–285 VE). Der vierte Titel enthält die Vorschriften über die *Rechtsmittel* (Art. 286–324 VE). Der fünfte Titel schliesslich umfasst die *Vollstreckung von Entscheidungen*, die nicht nach SchKG, sondern nach der Eidgenössischen Zivilprozessordnung zu vollstrecken sind (Art. 325–343 VE).

#### b) Das ordentliche Verfahren

Dem Entscheidungsverfahren geht gemäss der Konzeption des Vorentwurfs ein *Schlichtungsverfahren* vor einer gerichtlichen Schlichtungsbehörde voraus, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 191 VE). Artikel 192 Absatz 1 des Vorentwurfs statuiert im Sinne einer allgemeinen Bestimmung, dass das Schlichtungsverfahren entfällt, wenn *beide* Parteien *schriftlich* darauf verzichten (Art. 192 Abs. 1 VE). Die klagende Partei kann *einseitig* auf das Schlichtungsverfahren verzichten bei *vermögensrechtlichen Streitigkeiten*, wenn die *beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland* hat oder wenn der *Aufenthaltort der beklagten Partei unbekannt* ist (Art. 192 Abs. 2 VE). Bei den *Streitigkeiten, auf die das vereinfachte Verfahren* anwendbar ist (siehe unten II./3.c.), kann auf das Schlichtungsverfahren jedoch nicht ver-

zichtet werden (Art. 192 Abs. 3 VE). Weil unter anderem auf *irgendwelche vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken* das *vereinfachte Verfahren* zur Anwendung gelangt (Art. 237 Bst. g VE)<sup>21</sup>, ist für derartige Streitigkeiten das Schlichtungsverfahren zwingend. Das bedeutet, dass auch ausserhalb von arbeits- oder mietrechtlichen Prozessen etc. das Schlichtungsverfahren bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken zwingend stattfindet, *bei höherem Streitwert* dagegen *fakultativ* ist, d. h. die Verfahrenseinleitung mittels Schlichtungsverfahren oder direkter Klage im Ermessen der klagenden Partei liegt. Weil in jedem Fall bereits die Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Rechtshängigkeit begründet (Art. 206 Abs. 1 VE), ohne allerdings schon im Schlichtungsstadium mit einer Fortsetzungslast verknüpft zu sein (Art. 209 VE), kann auch bei hohem Streitwert seitens der klagenden Partei durchaus ein Interesse an einem Schlichtungsverfahren vorhanden sein. *Ausgeschlossen* ist das Schlichtungsverfahren dagegen, weil sachfremd, bei Klagen über den Personenstand, bei Klagen auf Eheungültigkeit, bei Scheidung auf gemeinsames Begehren, im summarischen Verfahren sowie wenn über den gleichen Streitgegenstand bereits ein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden ist (Art. 193 Abs. 1 VE).<sup>22</sup>

In *organisatorischer* Hinsicht bestimmt das kantonale Recht die gerichtliche Schlichtungsbehörde. Die Kantone haben hier völlige Freiheit, doch kann *nicht eine Verwaltungsstelle* mit der Schlichtung beauftragt werden.<sup>23</sup> Das kantonale Recht kann z. B. einen erstinstanzlichen Gerichtspräsidenten als Schlichtungsbehörde einsetzen. Der Vorentwurf regelt im einzelnen die Einleitung und den Abschluss des Schlichtungsverfahrens (Art. 196–205 VE). An dieser Stelle kann aus Platzgründen lediglich eine kurze Übersicht gegeben werden. Das Schlichtungsverfahren wird durch ein *schriftliches Gesuch*

21 Die Zuweisung aller Streitigkeiten in das vereinfachte Verfahren hat den Vorteil, dass es nicht notwendig ist, zu definieren, was unter »Konsumentenschutzstreitigkeiten« zu verstehen ist. Im Übrigen entspricht diese Streitwertgrenze auch der Empfehlung der Eidg. Konferenz für Konsumentenfragen vom 6. Februar 2001.

22 Weiter ist nach Art. 197 Abs. 2 VE das Schlichtungsverfahren für folgende Klagen aus dem SchKG ausgeschlossen: Feststellungsklage (Art. 85 a SchKG), Widerspruchsklage (Art. 106 ff. SchKG), Anschlussklage (Art. 111 SchKG), Aussonderungsklage (Art. 242 Abs. 2 SchKG), Admassierungsklage (Art. 242 Abs. 3 SchKG), Kollokationsklage (Art. 148 und 250 SchKG), Klage auf Feststellung neuen Vermögens (Art. 265 a SchKG), Klage auf Rückschaffung der Retentionsgegenstände (Art. 284 SchKG).

23 Ausnahmen gelten für gewisse Einzelbereiche, in denen die Schlichtungsbehörde paritätisch zusammengesetzt sein muss, nämlich bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie landwirtschaftlicher Pacht; bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz sowie bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und nach dem Mitwirkungsgesetz. In diesen Bereichen muss die Schlichtungsbehörde aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung zusammengesetzt sein (Art. 194 Abs. 2 VE).

eingeleitet<sup>24</sup>, in welchem die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand<sup>25</sup> zu bezeichnen sind. Die Schlichtungsbehörde stellt der Gegenpartei das Schlichtungsgesuch *unverzüglich* zu und lädt *gleichzeitig* die Parteien zur Vermittlung vor (Art. 196 VE). Die Verhandlung hat *innert einem Monat seit Eingang des Gesuchs* stattzufinden. Die Schlichtungsbehörde versucht, ohne besondere Form, die Parteien zu versöhnen. Sie lässt sich allfällige Urkunden vorlegen, und sie kann mit Zustimmung der Parteien einen Augenschein durchführen. Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Die Schlichtungsbehörde kann das Verfahren mit Zustimmung der Parteien während längstens sechs Monaten offen halten; sie kann eine zweite Verhandlung durchführen (Art. 197 VE). Grundsätzlich müssen die Parteien persönlich erscheinen.<sup>26</sup> Sie können sich von einer Anwältin, einem Anwalt oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 198 Abs. 1 und 2 VE). Dem Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens entsprechend dürfen die Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren berücksichtigt werden (Art. 199 VE). Bei *Säumnis* ist zu unterscheiden, ob die klagende oder beklagte Partei unentschuldigt fernbleibt. Bei Säumnis der *klagenden* Partei gilt das Gesuch als zurückgezogen, und das Verfahren wird abgeschlossen und die klagende Partei zur Bezahlung der Gerichtskosten verurteilt. Bleibt die *beklagte Partei* aus, so kommt das gleiche Prozedere zur Anwendung, wie wenn keine Einigung erzielt worden wäre (Art. 200 VE). Bei *erfolgreicher Schlichtung* (Vergleich, Klageanerkennung, Klagerückzug) wird das Resultat zu Protokoll genommen und von beiden Parteien unterzeichnet. Dieses *Schlichtungsprotokoll* hat die gleichen Wirkungen wie ein rechtskräftiger Entscheid (Art. 201 VE). Bei *fehlender Einigung* stellt die Schlichtungsbehörde der klagenden Partei die sog. *Klagebewilligung*<sup>27</sup> aus, die während

24 Gemäss Vorentwurf ist vorgesehen, dass wie im Bereich des SchKG, Formulare zur Verfügung gestellt werden, deren Gebrauch jedoch ebenfalls bloss fakultativ ist.

25 Z. B. betreffend Miete, Arbeitsverhältnis etc. «Streitgegenstand» meint hier in erster Linie den grundsätzlichen Lebensbereich der Streitsache, welcher aber so konkret sein muss, dass der Streitgegenstand im technischen Sinn bestimmbar ist, weil das Schlichtungsgesuch zur Rechtshängigkeit führt und im Hinblick auf deren Sperrwirkung auch der Streitgegenstand bestimmbar sein muss.

26 Nicht persönlich erscheinen muss in Streitigkeiten nach Art. 237 Abs. 1 Bst. a-c VE wer sich als Arbeitgeber durch eine angestellte Person oder als Vermieter durch die Liegenschaftsverwaltung vertreten lässt, sofern diese zum Abschluss eines Vergleichs schriftlich ermächtigt sind (Art. 198 Abs. 2 Bst. a VE) oder auf begründetes Gesuch hin, wer wegen Krankheit, Alter oder aus anderen wichtigen Gründen verhindert ist (Art. 198 Abs. 2 Bst. b VE).

27 Die Klagebewilligung muss gemäss Art. 202 Abs. 2 VE folgende Angaben enthalten: a) Name und Adresse der Parteien und allfälliger Vertretungen, b) das Rechtsbegehren der klagenden Partei mit Streitgegenstand und eine allfällige Widerklage, c) das Datum der Einleitung des Schlichtungsverfahrens, d) die Verfügung über die Gerichtskosten des Schlichtungsverfahrens, e) das Datum der Klagebewilligung, f) die Unterschrift.

zwei Monaten nach Eröffnung zur Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht berechtigt (Art. 202 VE). Art. 203 VE regelt die Frage der Gerichtskosten für das Schlichtungsverfahren (Art. 203 VE).

Weiter sieht das Kapitel über das Schlichtungsverfahren im vierten Abschnitt zwei besondere Abschlussverfahren vor. Zunächst kann in bestimmten Sachbereichen, nämlich bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht und bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken den Parteien einen sog. *Urteilsvorschlag* mit fakultativer kurzer Begründung unterbreiten. Dieser gilt als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids, wenn eine beschwerte Partei nicht innert eines Monats seit Zustellung beim Gericht Klage einreicht. Auf diese Wirkungen des Urteilsvorschlages sind die Parteien hinzuweisen (Art. 204 VE).<sup>28</sup> Das zweite besondere Abschlussverfahren hängt massgeblich von der kantonalen Organisation der zuständigen Schlichtungsbehörde ab: Auf Gesuch der klagenden Partei eröffnet die Schlichtungsbehörde unmittelbar nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens das Entscheidungsverfahren, *wenn der Streitwert nicht höher als 1000 Franken ist und die Schlichtungsbehörde nach kantonalem Recht für einen solchen Entscheid zuständig ist*. In diesem Fall wird das Verfahren mündlich unter Anwendung der Vorschriften über das vereinfachte Verfahren durchgeführt (Art. 205 Abs. 1 und 2 VE).<sup>29</sup>

Wie bereits ausgeführt, begründet die Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Rechtshängigkeit. In den übrigen Fällen, d. h. wenn kein Schlichtungsverfahren durchzuführen war oder dieses ausgeschlossen ist, wird die *Rechtshängigkeit durch die Klageeinreichung* begründet. Bei Scheidung auf gemeinsames Begehren bewirkt die Einreichung des Gesuchs die Rechtshängigkeit (Art. 206 Abs. 1 VE). Bei fehlender Zuständigkeit bleibt die Rechtshängigkeit einen Monat nach Rückzug oder Rückweisung bestehen, sofern innert dieser Frist die Klage beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird. Gleiches gilt, wenn die Klage nicht im richtigen Verfahren eingereicht wird (Art. 207 VE).

Die Rechtshängigkeit bewirkt, dass der gleiche Streitgegenstand nicht mehr anderweitig rechtshängig gemacht werden kann (*Sperrwirkung*), dass die örtliche und sachliche Zuständigkeit erhalten bleiben (*perpetuatio fori*) sowie dass die beklagte Partei Widerklage erheben kann (Art. 208 Abs. 1 VE). Die *einheitliche zeitliche Fixierung der Rechtshängigkeit* erlaubt es zudem, inskünftig auf den vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Einhaltung

28 Gemäss Art. 204 Abs. 4 VE findet auf den Urteilsvorschlag «sinngemäss» die Vorschrift von Art. 127 VE betreffend den Inhalt eines Entscheids Anwendung.

29 Ausgenommen sind Streitigkeiten gemäss Art. 205 Abs. 3 VE Streitigkeiten nach Art. 204 VE, siehe dazu (FN 27).

von Verjährungs- und Verwirkungsfristen entwickelten Begriff der *Klageanhebung* zu verzichten bzw. diesen inskünftig durch das Rechtsinstitut der Rechtshängigkeit zu ersetzen. Aus diesem Grund sieht der Vorentwurf in Artikel 208 Absatz 2 vor, dass für die Berechnung der gesetzlichen Fristen des Bundeszivilrechts, die auf den Zeitpunkt der Klage, der Klageanhebung oder der Rechtshängigkeit abstellen, der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung massgeblich ist. Diese einzige Bestimmung in der Schweizerischen ZPO würde es erlauben, die zahlreichen Bestimmungen des materiellen Rechts unverändert zu lassen.

Die *Fortführungslast* fällt nicht zwingend mit der Rechtshängigkeit zusammen. Die Obliegenheit der klagenden Partei, den Prozess weiterzuführen oder andernfalls ihres Rechts verlustig zu gehen, tritt erst mit der *Eröffnung des Entscheidverfahrens* vor der erkennenden Instanz ein (Art. 209 VE). Die klagende Partei, welche die Klagebewilligung unbenützt verfallen lässt, kann also zu einem späteren Zeitpunkt nochmals klagen.<sup>30</sup>

Das *Entscheidverfahren im ordentlichen Verfahren vor erster Instanz* wird durch die Einreichung der *Klage* eingeleitet. Diese muss folgende Elemente enthalten: a) die Bezeichnung der Parteien, insbesondere Namen und Adresse sowie die Bezeichnung allfälliger Vertreterinnen und Vertreter, b) das Rechtsbegehren, c) die Angabe des Streitwerts, d) die Tatsachenbehauptungen, e) die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen, f) das Datum und die Unterschrift (Art. 210 Abs. 1 VE). Mit der Klage sind folgende Beilagen einzureichen: a) die Vollmacht bei Vertretung, b) gegebenenfalls die Klagebewilligung, der Urteilsvorschlag oder die Erklärung der Parteien, dass sie auf das Schlichtungsverfahren verzichten, c) die verfügbaren Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, d) ein Verzeichnis der Beweismittel und ihre Zuordnung zu den in der Klage angeführten Tatsachen (Art. 210 Abs. 2 VE). Die rechtliche Begründung der Klage ist fakultativ (Art. 210 Abs. 3 VE). Im Anschluss an den Eingang der Klage stellt das Gericht die Klage der beklagten Partei zu und setzt *gleichzeitig* eine Frist zur *Klageantwort*. Die Klageantwort enthält: a) das Rechtsbegehren, b) allfällige Einwendungen gegen die Fortführung des Prozesses, wie fehlende Zuständigkeit des Gerichts, anderweitige Rechtshängigkeit oder abgeurteilte Sache, c) eine Darlegung, ob und inwiefern die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei bestritten werden. Im übrigen gelten für die Klageantwort die Bestimmungen über die Klage nach Art. 210 VE sinngemäss (Art. 211 VE). Diese relativ strengen Vorgaben für Klage und Klageantwort sollen das ordentliche Verfahren im Hinblick auf eine zügige und speditive Bearbeitung

des Rechtsstreits gut strukturieren. Bei versäumter Klageantwort setzt das Gericht eine kurze Nachfrist. Verstreichet die Nachfrist ungenutzt, so wird ohne weiteres zur Hauptverhandlung geladen (Art. 212 VE). Zusammen mit der Klageantwort kann die beklagte Partei Widerklage erheben. Ist die Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren erhoben worden, so ist sie zusammen mit der Klageantwort nun auch zu begründen, andernfalls sie ohne Verlust des materiellen Rechts als nicht eingereicht gilt (Art. 213 Abs. 1 und 2).

Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien von Gesetzes wegen einen *Anspruch auf Replik und Duplik*. Diese findet für beide Parteien in der *gleichen Form* statt, sei es entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder mündlich an der Hauptverhandlung. Diese Vorgaben in Artikel 214 des Vorentwurfs verhelfen dem Prinzip der Waffengleichheit der Parteien zum Durchbruch und verhindern, dass ein Gericht, wie dies in der Praxis manchmal geschieht, nach der Replik zur völligen Überraschung der beklagten Partei den Schriftenwechsel als geschlossen erklärt. Bei *Verzicht auf die Replik* entfällt die Duplik allerdings ohne weiteres, so dass die beklagte Partei gut daran tut, nicht aus prozesstaktischen Gründen Verteidigungsmittel in der Hinterhand zu behalten. Zwar sieht der Vorentwurf bezüglich der *Eventualmaxime* eine Mittellösung vor, indem in der Replik und Duplik ohne Einschränkungen neue Tatsachen und Beweismittel, also auch unechte Noven zulässig sind (Art. 215 Abs. 1 VE). Doch wird diese Bestimmung insoweit relativiert, als bei Verzicht auf die Replik das unbeschränkte Behauptungsstadium im *ordentlichen Verfahren* eben nach dem ersten Schriftenwechsel beendet ist. *Nach diesem Zeitpunkt*, d. h. nach Abschluss von Replik und Duplik bzw. bei Verzicht auf die Replik bereits nach der Klageantwort können *neue Tatsachen und Beweismittel* nur berücksichtigt werden, wenn sie sofort vorgebracht werden und ihr Vorbringen auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorher möglich oder sie durch Ausübung des gerichtlichen Fragerechts veranlasst worden sind. Die Frage des Zeitpunkts der «Guillotine» im Behauptungsstadium war auch in der Expertenkommission eine umstrittene Frage, was nicht zuletzt dadurch zum Ausdruck kommt, dass eine *Variante* für eine Ergänzung der betreffenden Bestimmung des Vorentwurfs (Art. 215 Abs. 2 Bst. c VE) vorgesehen wird. Zusätzlich sollen danach neue Tatsachen vorgebracht werden können, wenn diese durch Urkunden sofort beweisbar sind. Selbstredend war auch die Frage des *Novenrechts im Rahmen des Appellationsverfahrens* eine kontroverse Frage (siehe dazu unten II./3.d.). Die vorgeschlagene Regelung für neue Tatsachen und Beweismittel im erstinstanzlichen Verfahren beruht auf der Überlegung, dass im ordentlichen Verfahren im Interesse einer Unterbindung der Prozessverschleppung mehr Prozessdisziplin als im vereinfachten Verfahren am Platze ist. In diesem Zusammenhang ist weiter die Frage der Zulässigkeit einer *Klageänderung* anzusprechen. Diese ist zulässig, sofern der *neue* oder *weitere Anspruch* mit dem bisherigen

30 In diesem Fall ist ein zweites Schlichtungsverfahren ausgeschlossen, und die Klage ist direkt beim erkennenden Gericht einzureichen (Art. 193 Abs. 1 Bst. c VE).



in einem sachlichen Zusammenhang steht und vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren zu beurteilen ist (Art. 216 VE). Diese Voraussetzungen sind nicht besonders streng.

Die *Vorbereitung der Hauptverhandlung* wird in drei Bestimmungen geregelt, da viele Punkte bereits in den allgemeinen Bestimmungen normiert sind. Das Gericht kann zunächst zum Versuch einer Einigung, zur Vereinfachung des Verfahrens oder sonst zur Vorbereitung der Hauptverhandlung jederzeit eine *Vorbereitungsverhandlung* durchführen und dabei auch Beweise abnehmen (Art. 217 VE). In der Regel wird im Hinblick auf die Abnahme der Beweismittel in der Hauptverhandlung eine (einfache) *Beweisverfügung* genügen, in welcher das Gericht die beweisführende Partei, die zu beweisenden Tatsachen und die Beweismittel bezeichnet sowie die entsprechenden Kostenvorschüsse festlegt. Neben dieser allgemeinen Form der Beweisverfügung, wie sie heute in vielen Kantonen problemlos gehandhabt wird, sieht der Vorentwurf in Artikel 219 *alternativ* eine zweite Form der Beweisverfügung vor. Diese ist unter dem Randtitel «qualifizierte Beweisverfügung» in konzentrierter Form dem System des zürcherischen Zivilprozessrechts mit Beweisaufgabebeschluss, Beweisantragungsschrift und Beweisabnahmebeschluss nachgebildet.

Die *Hauptverhandlung* wird in den Artikeln 220 bis 226 des Vorentwurfs geregelt. Darin ist folgender Ablauf vorgesehen: Sofern Replik und Duplik nicht schriftlich stattgefunden haben, erfolgen diese mündlich in der Hauptverhandlung, es sei denn, die klagende Partei verzichte auf den Vortrag. Eine *Klageänderung* in der Hauptverhandlung ist nur noch zulässig, wenn sie mit neuen Tatsachen begründet werden kann. Alsdann nimmt das Gericht die Beweise ab. Es kann früher erfolgte Beweisabnahmen wiederholen. Alsdann folgen die Parteivorträge, wobei die klagende Partei zuerst plädiert. Das Gericht kann nach seinem Ermessen die Parteien zweimal zu Wort kommen lassen. Über die Hauptverhandlung ist Protokoll zu führen. Der Vorentwurf macht hier keine Detailvorgaben. Einzige Voraussetzung ist, dass die Protokollierung so erfolgt, damit die Rechtsmittelinstanz die wesentlichen Äusserungen und Vorgänge nachvollziehen kann. Die Durchführung einer Hauptverhandlung ist nicht obligatorisch. Die Parteien können vielmehr übereinstimmend auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten. Diesfalls können sie innert der vom Gericht angesetzten Frist schriftliche Parteivorträge einreichen.

Das vierte und letzte Kapitel im Teil über das ordentliche Verfahren regelt den *Entscheid*, dessen *Eröffnung*, den *Verzicht auf das Rechtsmittel* sowie die *Rechtskraft* (Art. 227–234 VE). Das Gericht urteilt durch Mehrheitsentscheid mittels *Endentscheid* oder *Zwischenentscheid*. Ist das Verfahren spruchreif, so wird es durch Urteil in der Sache (Sachurteil) oder Nichteintretensentscheid (Prozessurteil) beendet. Gleichzeitig kann das Gericht die entsprechenden

*Vollstreckungsmassnahmen* anordnen, womit ein zusätzliches, separates Vollstreckungsverfahren obsolet wird; das dient der Verfahrensökonomie. Das Gericht kann einen *Zwischenentscheid* fällen, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung ein Endentscheid herbeigeführt werden und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand eingespart werden könnte. Zwischenentscheide sind nach dem Konzept des Vorentwurfs selbständig anzufechten; eine nachträgliche Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen (Art. 229 Abs. 2 VE). Ein wichtiger Anwendungsfall ist z. B. die Beschränkung des Entscheids auf die Frage der Verjährung, wenn sie von der unteren Instanz in einem Zwischenentscheid verworfen wird. Ein weiterer Anwendungsfall ist die Bejahung der Haftung der beklagten Partei in grundsätzlicher Hinsicht durch die erste Instanz.

Hinsichtlich der *Eröffnung des Dispositivs* sieht der Vorentwurf folgendes System vor: Entweder wird den Parteien das Dispositiv *unmittelbar nach der Hauptverhandlung* mit kurzer Begründung *mündlich eröffnet* und anschliessend unverzüglich schriftlich mitgeteilt oder das Dispositiv wird *schriftlich eröffnet*. Als dritte Möglichkeit kann das *Dispositiv zusammen mit der schriftlichen Begründung eröffnet* werden, wenn eine Partei dies beantragt (Art. 230 VE). Wenn *beide* Parteien innert zehn Tagen *seit Eröffnung* des Dispositivs auf das Rechtsmittel verzichten, so muss der Entscheid nicht schriftlich begründet werden und die *Entscheidgebühr* wird *um mindestens einen Drittel reduziert*. Andernfalls ist den Parteien *innert drei Monaten* ein *schriftlich begründeter Entscheid* zuzustellen (Art. 232 VE). Erst am Tag nach der Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids beginnt die *Rechtsmittelfrist* für die Appellation oder die Beschwerde zu laufen (Art. 287 Bst. a VE).

### c) Die besonderen Verfahren

Die besonderen Verfahren sind in den Artikeln 235 bis 274 des Vorentwurfs geregelt. Eingeleitet werden sie durch zwei allgemeine Vorschriften, welche das Verhältnis zum ordentlichen Verfahren und die Form der Eingaben regeln. Zunächst wird bestimmt, dass die Vorschriften über das ordentliche Verfahren (siehe oben II./3.b.) sinngemäss Anwendung finden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 235 VE). Dieses Konzept ermöglicht eine schlanke Gesetzgebung, weil Wiederholungen unnötig werden. Sodann ist vorgesehen, dass der Bundesrat für Klage und Klageantwort Formulare zur Verfügung stellt, die so zu gestalten sind, dass sie auch von einer rechtsunkundigen Partei ohne weiteres ausgefüllt werden können (Art. 236 VE).

Von den besonderen Verfahren ist zunächst das sog. *vereinfachte Verfahren* zu skizzieren. Es findet vorwiegend auf diejenigen Materien Anwendung, für die heute in der Bundesgesetzgebung ein «*einfaches und rasches Verfahren*» vorgeschrieben wird, welches allerdings vom Bundesgesetzgeber – abgese-



hen von der Ermittlung des Sachverhalts von Amtes wegen – *inhaltlich* nicht näher umschrieben wird.<sup>31</sup> Die Expertenkommission schlägt dagegen ein *konkretes* Verfahren vor. Was den *Geltungsbereich* betrifft, so geht es einerseits um Bereiche, welche dem sog. *sozialen Zivilprozess* zugeordnet werden können, nämlich Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz, Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und nach dem Mitwirkungsgesetz, Streitigkeiten zur Durchsetzung des Auskunftsrechts nach dem eidgenössischen Datenschutzgesetz<sup>32</sup>, Streitigkeiten aus der Unterstützungspflicht der Verwandten sowie selbständige Klagen aus der Unterhaltspflicht der Eltern für ihr Kind. Alle diese Streitigkeiten fallen *unabhängig vom Streitwert* unter das vereinfachte Verfahren (Art. 237 Bst. a.–f. VE). Ebenfalls unter das vereinfachte Verfahren fallen die *übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken*. Dagegen wird *nicht* für das ganze vereinfachte Verfahren die Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen vorgeschrieben. *Vielmehr wird die Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen nur für folgende Streitigkeiten vorgeschrieben*: a) aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, b) aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz, c) nach dem Gleichstellungsgesetz und nach dem Mitwirkungsgesetz, d) aus der Unterstützungspflicht der Verwandten.<sup>33</sup> Für die übrigen Bereiche des vereinfachten Verfahrens gilt *Verhandlungsmaxime* mit einer *verstärkten gerichtlichen Fragepflicht*: Das Gericht wirkt gemäss Artikel 240 Absatz 2 des Vorentwurfs durch geeignete Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und vorhandene Beweismittel bezeichnen. Vom *ordentlichen Verfahren* sind weiter folgende *Abweichungen* zu vermerken: Die *Frist für die Klageantwort* beträgt höchstens einen Monat; aus wichtigen Gründen kann das Gericht die *Frist einmal um höchstens 15 Tage verlängern*. Zudem findet *kein zweiter Schriftenwechsel* statt. Das Gericht gibt der klagenden Partei *unverzüglich Kenntnis von der Klageantwort* und lädt die Parteien *gleichzeitig* zur Hauptverhandlung. Erachtet das Gericht eine schriftliche Klageantwort als unnötig, so lädt es die Parteien nach Eingang der Klage unverzüglich zur Hauptverhandlung (Art. 239 VE). Im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren können die Parteien *neue Tatsachen und Beweismittel* bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorbringen. Damit wird die *Eventualmaxime* im Ver-

31 Vgl. etwa Art. 280 Abs. 1, 329 Abs. 3 ZGB; Art. 343 Abs. 2 OR etc.

32 SR 235.1.

33 Zur weitergehenden Untersuchungsmaxime in Kinderbelangen einschliesslich Unterhaltspflicht der Eltern siehe bei FN nn.

gleich zum ordentlichen Verfahren *erheblich gelockert* (Art. 241 Abs. 1 VE). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu prüfen, so sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu beachten (Art. 241 Abs. 2 VE). Damit will der Vorentwurf das Spannungsverhältnis zwischen Untersuchungsmaxime und Eventualmaxime klar regeln, was heute im Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht gerade nicht der Fall ist.<sup>34</sup>

Als weitere besondere Verfahrensart regelt der Vorentwurf das *Scheidungsverfahren* (Art. 242–251 VE). Im wesentlichen werden dabei die Bestimmungen des revidierten Scheidungsrechts (Art. 135–149 ZGB) inhaltlich weitgehend unverändert übernommen, welche allerdings in verschiedener Hinsicht gestrafft werden konnten.<sup>35</sup> Dementsprechend wird im Anhang zum Vorentwurf die ersatzlose Streichung der entsprechenden Bestimmungen des ZGB vorgeschlagen. In einem gesonderten Kapitel der besonderen Verfahrensarten wird das *Verfahren betreffend Kinderbelange* zusammengefasst (Art. 252–257 VE). Dieses Verfahren ist von einer *ausgedehnten Untersuchungsmaxime* («Erforschung des Sachverhalts von Amtes wegen») und Entscheidung ohne Bindung an die Parteianträge im Sinne der *Offizialmaxime* geprägt (Art. 252 VE). Geregelt werden unter anderem allgemein die *Anhörung der Kinder* und die *Vertretung des Kindes*. Die betreffenden Verfahrensbestimmungen sollen gemäss den Vorschlägen der Expertenkommission demnach in der Schweizerischen Zivilprozessordnung zusammengefasst und dementsprechend im ZGB gestrichen werden.

Im Zusammenhang mit dem besonderen Verfahren wird schliesslich noch das *summarische Verfahren* geregelt (Art. 258–274 VE). Es kann an dieser Stelle leider auch nur summarisch aufgezeigt werden. Das summarische Verfahren ist anwendbar in den vom Gesetz bestimmten Fällen, auf den schnellen Rechtsschutz, auf die freiwillige Gerichtsbarkeit, auf den Besitzschutz unter Strafandrohung sowie wenn es sich aus der Natur der Sache zwingend ergibt (Art. 258 VE). In zwei Bestimmungen zählt der Vorentwurf auf, in welchen Bereichen des ZGB und OR im einzelnen das summarische Verfahren Anwendung finden soll (Art. 259 Ziff. 1–28 sowie Art. 260 Ziff. 1–37 VE).

34 Vgl. etwa BGE 118 II 52 E. 2a, 107 II 237 E. 3, 100 Ia 129 E. 6: Die bundesrechtliche Untersuchungsmaxime hebt die kantonalrechtliche Eventualmaxime nicht auf. Gegenteiliger Auffassung etwa JÜRGEN BRÖNNIMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, ZBJV 126, 1990, S. 371, 375 f.; SABINE KOFMEL, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992, S. 289 f.; OSCAR VOGEL, «Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen», recht 1985, S. 70 f.

35 Diese Straffungen hängen vor allem damit zusammen, dass die heutigen bundesrechtlichen Mindestvorschriften obsolet werden, weil Hintergrund der Regeln nicht mehr 26 verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen sind, sondern nur noch eine einzige Verfahrensordnung.

Im summarischen Verfahren ist *Widerklage generell ausgeschlossen* (Art. 263 VE) und sind als Beweismittel nur zugelassen Urkunden oder andere Beweismittel, wenn sie das Verfahren *nicht wesentlich verzögern* oder die *Sache nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann* (Art. 264 VE). Das *summarische Verfahren für schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen* ist der zürcherischen Zivilprozessordnung nachgebildet. Schneller Rechtsschutz in klaren Fällen kann nach dem Vorentwurf verlangt werden, wenn der *Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und die Rechtslage klar ist*. Ausgeschlossen ist der schnelle Rechtsschutz, wenn die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können (Art. 266 VE). Nach Eingang des Gesuchs setzt das Gericht der beklagten Partei eine kurze Frist zur Stellungnahme. Fehlen die Voraussetzungen für den schnellen Rechtsschutz, tritt das Gericht nicht auf das Gesuch ein und die klagende Partei muss den Weg des ordentlichen Verfahrens beschreiten. Ist die Sache dagegen liquid, ergeht ein *Sachurteil*, das hinsichtlich der Rechtskraft einem im ordentlichen Verfahren ergangenen Urteil gleichgestellt ist (Art. 267 VE).

Der dritte Titel des zweiten Teils über die besonderen Bestimmungen ist den *vorsorglichen Massnahmen und der Schutzschrift* gewidmet (Art. 275–285 VE). Die Vorschriften über die vorsorglichen Massnahmen sind für das ganze Bundesprivatrecht anwendbar. Dementsprechend kann das materielle Recht von den zahlreich verstreuten Einzelvorschriften im ZGB, OR sowie der privatrechtlichen Spezialgesetzgebung entlastet werden. Eine eigentliche Neuerung ist die Bestimmung über die *Schutzschrift*. Die Expertenkommission schlägt vor, dass wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn eine superprovisorische Massnahme, ein Arrest nach den Artikeln 271–281 SchKG oder eine Vollstreckbarerklärung nach den Artikeln 31–45 des Lugano-Übereinkommens beantragt wird, seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift zuhanden des zuständigen Gerichts darlegen kann. Die Schutzschrift wird nach sechs Monaten unbeachtlich (Art. 285 VE).

#### d) Die Rechtsmittel

Der vierte Titel über die Rechtsmittel (Art. 286–324 VE) gliedert sich in sechs Kapitel und kann relativ kompakt gehalten werden, weil nach dem Vorentwurf im Rechtsmittelverfahren dasselbe Verfahren wie vor erster Instanz gilt. Ist z. B. ein Prozess in erster Instanz im vereinfachten Verfahren abgewickelt worden, so gilt dies auch für das zweitinstanzliche Verfahren (Art. 286 VE). In einer weiteren Vorschrift im kurzen allgemeinen Kapitel über die Rechtsmittel wird der Beginn der Rechtsmittelfrist geregelt. Diese beginnt im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren *am Tag nach der Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids* zu laufen (vgl. oben II.3.b. a. E.), im summarischen Verfahren am Tag nach der Eröffnung des Entscheids und bei an-

fechtbaren prozessleitenden Verfügungen am Tag nach ihrer Eröffnung (Art. 287 VE).

Der Vorentwurf sieht folgende Rechtsmittel vor: die Appellation (Art. 290–298 VE), den Rekurs (Art. 299–309 VE), die Beschwerde (Art. 310–318 VE), die Revision (Art. 319–323 VE) sowie Erläuterung und Berichtigung (Art. 324 VE).

Die *Appellation* ist das ordentliche Rechtsmittel mit freier Kognition in Tat- und Rechtsfragen, mit welchem End- und Zwischenentscheide, die im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren ergangen sind, angefochten werden können (Art. 290 Abs. 1 VE). Bei Entscheiden über vermögensrechtliche Streitigkeiten ist Appellationsvoraussetzung, dass mindestens eine *formelle Beschwer* (gravamen) von mindestens 10 000 Franken vorliegt (Art. 290 Abs. 2 VE).<sup>36</sup> Die Expertenkommission hat sich aus prozessökonomischen Gründen für dieses System entschieden, welches zudem auch bei relativ geringen Streitwerten nicht zum vornherein die Appellation ausschliesst. Damit kann erreicht werden, dass auch für Materien des vereinfachten Verfahrens – v. a. miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten – ein guter Rechtsschutz gewährleistet ist. Für das eigentliche Appellationsverfahren schlägt die Expertenkommission *zwei Varianten* vor, die hinsichtlich der Verfahrensstraffung unterschiedlich konzipiert sind. Nach der *Variante 1* ist die *Appellation innert 30 Tagen* schriftlich und *begründet* unter Beilegung des angefochtenen Entscheids bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Diese stellt der Gegenpartei die Appellationsschrift zur *Appellationsantwort innert 30 Tagen* zu (Art. 292 f., Variante 1 VE). Diese gesetzlichen Fristen sind nicht erstreckbar. Nach der *Variante 2* ist die Appellation *innert 10 Tagen* schriftlich zu erklären. In der Appellationserklärung sind die *Rechtsbegehren* zu stellen. Die Rechtsmittelinstanz stellt die Appellationserklärung der Gegenpartei zu. Wurde die Appellation nicht bereits in der Appellationserklärung begründet, so setzt die Rechtsmittelinstanz der appellierenden Partei eine *Frist von 20 Tagen zur Begründung*, welche *aus wichtigen Gründen um höchstens 20 Tage verlängert werden kann*. Erfolgt die Begründung nicht fristgerecht, so ergeht ein Nicht-eintretensentscheid. Beim System gemäss Variante 2 stehen also dem Appellanten insgesamt *höchstens 50 Tage* zur Ausarbeitung der Begründung zu. Der Expertenkommission war die *Symmetrie der Parteirechte im Prozess* ein grosses Anliegen. Dementsprechend sind für den Appellanten die gleichen Fristen für die Appellationsantwort einzuräumen (Art. 292 ff. Variante 2 VE). Je nach Wahl der Variante ist die Vorschrift über die Anschlussappellation in der Appellationsantwort anzugleichen. Bei diesen gesetzlichen Fristen im Zusam-

36 «Entscheide über vermögensrechtliche Streitigkeiten können nur mit Appellation angefochten werden, wenn die Differenz zwischen den zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und dem Entscheid mindestens 10 000 Franken beträgt.»

menhang mit der Appellation ist zu berücksichtigen, dass *neue Tatsachen und Beweismittel im Appellationsverfahren* nur unter den gleichen Voraussetzungen wie im erstinstanzlichen Verfahren nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels zulässig sind (Art. 297 Abs. 1 VE; siehe oben II./3.b.). Nur in Verfahren betreffend Kinderbelange können neue Tatsachen und Beweismittel in der Appellationsbegründung und in der Appellationsantwort ohne spezielle Voraussetzungen vorgebracht werden. Nach diesem Zeitpunkt gelten die allgemeinen Voraussetzungen für Noven (Art. 297 Abs. 2 VE). Der Appellationsentscheid kann reformatorisch oder kassatorisch sein (Art. 298 VE).

Der *Rekurs* ist das Rechtsmittel zur Anfechtung von Entscheidungen, die im *summarischen Verfahren* ergangen sind<sup>37</sup> oder wenn der Vorentwurf, wie das für bestimmte Fälle vorgesehen ist<sup>38</sup>, ausdrücklich den Rekurs als zulässig erklärt. Der Rekurs ist als «kleine Appellation» konzipiert<sup>39</sup>, allerdings mit gestrafftem Verfahren. So ist der Anschlussrekurs ausgeschlossen (Art. 305 VE) und findet in der Regel keine mündliche Verhandlung statt (Art. 308 VE). Die Rechtsmittelfrist und die Frist für die Rekursantwort betragen jeweils *zehn Tage*, wobei für die Rekursbegründung und die Rekursantwort eine *Verlängerungsmöglichkeiten von höchstens 10 Tagen* möglich sind (Art. 301–303 VE). Der Rekurs hat – wie die Appellation – grundsätzlich aufschiebende Wirkung, welche allerdings auch hier vom Gericht entzogen werden kann. Gerade umgekehrt ist die vorgeschlagene Regelung für den *Rekurs gegen vorsorgliche Massnahmen und Entscheide des Vollstreckungsgerichts*. Hier hat der Rekurs *keine aufschiebende Wirkung*, ausser die Rechtsmittelinstanz erteile sie. Bei Streitigkeiten über das Gendarstellungsrecht hat der Rekurs nie aufschiebende Wirkung (Art. 304 VE). *Dritte* können Rekurs erheben, wenn es, wie bei der bestrittenen Mitwirkungspflicht bezüglich dem Beweis, ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 307 VE).

Die *Beschwerde* ist das *subsidiäre* Rechtsmittel gegen Entscheide erstinstanzlicher Gerichte, die weder mit Appellation noch mit Rekurs angefochten

werden können. Zudem können auch *prozessleitende Verfügungen* selbständig mit Beschwerde<sup>40</sup> angefochten werden, wenn durch sie *ein nicht wieder-gutzumachender Nachteil droht* (Art. 310 VE).<sup>41</sup> **Ganz** wesentlich ist **bei der Beschwerde nach dem Konzept des Vorentwurfs**, dass die Kognition bezüglich der Feststellung des Sachverhalts zwar auf Willkür beschränkt ist, die *Rechtsanwendung* dagegen in *freier Kognition* geprüft wird. Damit werden die *verfassungsrechtlichen Vorgaben* gemäss Artikel 191 Absatz 2 BV in der Fassung des Bundesbeschlusses über die Justizreform eingehalten. Aus dieser Bestimmung ergibt sich durch Umkehrschluss, dass für Streitigkeiten, die *«Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung»* betreffen, unabhängig vom Streitwert der Zugang zum Bundesgericht gewährleistet sein muss. Mit anderen Worten darf das Rechtsmittelsystem vor den kantonalen Instanzen für derartige Streitigkeiten nicht mittels eingeschränkter Kognition zum vornherein diese Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts «abklemmen». Der Vorentwurf verzichtet aus pragmatischen Gründen, bereits im kantonalen Beschwerdeverfahren die Kognition davon abhängig zu machen, ob eine *«Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung»* betroffen ist oder nicht. Die vorgeschlagene Regelung verbessert aus der Sicht der Parteien nicht nur den Rechtsschutz vor den kantonalen Instanzen, sondern kann auch einen wesentlichen Beitrag zur *Entlastung des Bundesgerichts* beitragen, indem vorgängig *zwei Instanzen* die Rechtsfragen in freier Kognition prüfen. Im übrigen ist zur Beschwerde gemäss Konzept des Vorentwurfs folgendes anzuführen: Die Rechtsmittelfrist beträgt *20 Tage*; die gleiche gesetzliche Frist ist für die Beschwerdeantwort vorgesehen (Art. 312 und 314 VE). Anschlussbeschwerde ist ausgeschlossen (Art. 315 VE). Die Beschwerde hat *keinen Suspensiveffekt*, doch kann die Rechtsmittelinstanz die *Vollstreckung des angefochtenen Entscheids aufschieben* (Art. 316 VE). *Neue Tatsachen und Beweismittel* sowie *neue Anträge* sind *ausgeschlossen* (Art. 317 VE). Die Rechtsmittelinstanz entscheidet aufgrund der Akten und zwar *reformatorisch* oder *kassatorisch* (Art. 318 VE).

Bei der *Revision* soll es mit einem kurzen Hinweis auf die *Revisionsgründe* sein Bewenden haben. Revision steht offen, wenn *erhebliche, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen* oder *entscheidende Beweismittel trotz zumutbarer Sorgfalt* im früheren Verfahren nicht beigebracht werden konnten, wenn sich in einem *Strafverfahren* herausstellt, dass der Entscheid zum

37 Für zahlreiche Angelegenheiten nach dem SchKG, die ebenfalls im summarischen Verfahren ergehen, schliesst der Vorentwurf explizit den Rekurs aus, so dass der erstinstanzliche Entscheid mit Beschwerde anzufechten ist: Aufhebung des Rechtsstillstands (Art. 57 d SchKG), nachträglicher Rechtsvorschlag (Art. 77 SchKG), Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG), Aufhebung oder Einstellung der Betreuung (Art. 85 SchKG), Anordnung des Güterverzeichnisses (Art. 83 und 162 SchKG), Konkursöffnung in der Wechselbetreuung (Art. 189 SchKG), Widerruf des Konkurses (Art. 195 f. SchKG), Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 f. SchKG), Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG), Schluss des Konkurses (Art. 268 SchKG), Verlängerung einer Nachlassstundung (Art. Art. 295 und 334 SchKG), Ermächtigung des Nachlassgerichts zur Vornahme bestimmter Handlungen (Art. 298 SchKG).

38 Siehe FN 39.

39 So gelten unter anderem für das Novenrecht und den Rekursentscheid grundsätzlich die gleichen Vorschriften wie bei der Appellation.

40 Prozessleitende Verfügungen können dann mit Rekurs angefochten werden, wenn es ausdrücklich vorgesehen ist, so z.B. die Sistierung des Verfahrens (Art. 116 Abs. 2 VE), der Überweisungsentscheid bei zusammenhängenden Verfahren (Art. 117 Abs. 2 VE) oder Verfügungen über Vorschüsse und Sicherheiten (Art. 92 VE).

41 Andernfalls können sie erst zusammen mit dem End- oder Zwischenentscheid angefochten werden.

Nachteil der betreffenden Partei durch ein Verbrechen oder Vergehen beeinflusst wurde, selbst wenn keine strafrechtliche Verurteilung erfolgt ist oder wenn geltend gemacht wird, dass die *Klageanerkennung*, der *Klagerückzug* oder der *gerichtliche Vergleich zivilrechtlich unwirksam* ist.

#### e) Die Vollstreckung

Im letzten, dem fünften Titel der besonderen Bestimmungen ist die *Vollstreckung* geregelt (Art. 325–343 VE). Zunächst wird im ersten Kapitel dieses Titels die Vollstreckung von Entscheidungen geregelt, soweit es nicht um Entscheidungen über Geldforderungen oder über Sicherheitsleistungen in Geld geht, welche weiterhin nach dem SchKG vollstreckt werden sollen. Hat das urteilende Gericht bereits die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen angeordnet, so kann der Entscheid nach Eintritt der Rechtskraft ohne weiteres vollstreckt werden. In den übrigen Fällen ist beim Vollstreckungsgericht ein *Vollstreckungsgesuch* einzureichen (Art. 326 VE). Aus Platzgründen soll an dieser Stelle nur noch ein kurzer Hinweis auf die im fraglichen Kontext wesentlichste vorgeschlagene Neuerung erfolgen. In einem zweiten Kapitel enthält der Vorentwurf Vorschriften über die *Vollstreckung öffentlicher Urkunden* (Art. 337–343 VE). Nach dem Vorschlag der Expertenkommission können öffentliche Urkunden *über Leistungen jeder Art* wie gerichtliche Entscheide nach den Vorschriften des Vorentwurfs vollstreckt werden. Ausgeschlossen sind aus *Gründen des Sozialschutzes* nur bestimmte Materien, die in das *vereinfachte Verfahren* verwiesen werden sowie bestimmte *Konsumentenverträge* (Art. 337 VE). *Wesentlichste Voraussetzung* ist, dass die verpflichtete Partei ausdrücklich in öffentlicher Urkunde erklärt hat, dass sie die unmittelbare Vollstreckung anerkennt (Art. 338 VE). Gestützt auf die öffentliche Urkunde kann der Gläubiger bei der Urkundsperson, welche die öffentliche Urkunde abgefasst hat, das Gesuch auf Ausfertigung der Urkunde mit *Vollstreckungsklausel* verlangen (Art. 339 VE). Gestützt darauf kann beim Vollstreckungsgericht das *Vollstreckungsgesuch* gestellt und im Anschluss daran beim zuständigen Betreibungsamt *ohne vorgängige Betreuung* der Erlass der betreffenden vollstreckungsrechtlichen Massnahmen wie *Pfändung*<sup>42</sup>, *Zustellung der Konkursandrohung*<sup>43</sup> oder *Pfandverwertung*<sup>44</sup> verlangt werden (Art. 341 VE). Weil es sich bei der Vollstreckung der öffentlichen Urkunde *nicht um ein Erkenntnisverfahren* handelt, bleibt die *nachträgliche gerichtliche Beurteilung* in jedem Fall vorbehalten (Art. 343 VE).

42 Art. 90–115 SchKG. Voraussetzung ist, dass die verpflichtete Partei für die Forderung der Pfändungsbetreibung unterliegt.

43 Art. 159–161 SchKG. Voraussetzung ist, dass die verpflichtete Partei für die Forderung der Konkursbetreibung unterliegt.

44 Art. 151–158 SchKG. Voraussetzung ist, dass die Forderung durch ein Pfand gesichert ist.

#### 4. Schlussbestimmungen sowie Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

Hinsichtlich der Schlussbestimmungen soll es bei einer einzigen, aber wesentlichen Bemerkung sein Bewenden haben. Die Expertenkommission schlägt vor, nicht zuletzt aus den Erfahrungen im Zusammenhang mit der Revision des Scheidungsrechts<sup>45</sup>, dass *Prozesse, die beim Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden sollen*. Im Anhang des Vorentwurfs werden zahlreiche Änderungen und Aufhebungen von bundesrechtlichen Bestimmungen vorgeschlagen, die entweder deshalb notwendig sind, weil es um rein *verfahrensrechtliche Vorschriften* in den Kodifikationen oder in zivilrechtlichen Spezialerlassen geht oder weil das materielle Recht an Schnittstellen angepasst werden muss. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Ein einziger Hinweis soll genügen. Der bisherige Artikel 9 ZGB soll aufgehoben werden<sup>46</sup> und an seine Stelle eine neue Bestimmung mit folgendem Inhalt aufgenommen werden: *«Wo dieses Gesetz auf die Prozessordnung oder das kantonale Verfahren verweist, findet die Schweizerische Zivilprozessordnung vom . . . Anwendung.»*<sup>47</sup>

### III. Schlussbemerkung

Der Vorentwurf der Expertenkommission enthält insgesamt *395 Artikel*. Man mag nun ärgerlich ausrufen, «schon wieder so viele neue Normen». Schon ein Vergleich mit irgend einer einzigen kantonalen Zivilprozessordnung wird den Ärger über die vermeintliche – wenn auch vorderhand nur geplante – Normenflut wieder relativieren. Weiter sollte man folgendes bedenken: Ein Gesetz im Sinne des Vorentwurfs würde nicht nur *26 kantonale Zivilprozessordnungen mit gegen 10 000 Artikeln* sowie *hunderte von Vorschriften des interkantonalen Konkordatsrechts und des Bundesrechts* einschliesslich des neuen Gerichtsstandsgesetzes hinfällig werden lassen.

Es bleibt nun zu hoffen, dass das von der Expertenkommission vorgelegte Tempo in den weiteren Schritten des Gesetzgebungsverfahrens beibehalten werden kann, aber auch dass über den Vorentwurf eine gute und konstruktiv

45 Vgl. die gegenteilige Bestimmung in Art. 7b Abs. 1 und 2 SchlT ZGB, welche vielfach eine Neuinstruktion von Prozessen bedingten.

46 Die Bestimmung über die Beweiskraft von öffentlichen Urkunden des Bundesprivatrechts wird überflüssig, weil sie in allgemeinerer Form in den Vorentwurf aufgenommen wird, vgl. oben II./2.j.

47 Zwar wäre es systematisch richtiger, eine solche Bestimmung in den Schlusstitel des ZGB aufzunehmen. Damit wäre aber die Gefahr verbunden, dass die Vorschrift, welche gestützt auf Art. 7 ZGB auch für das OR gilt, übersehen würde. Hier wie an anderer Stelle hat die Expertenkommission pragmatischen, praxisnahen Gesichtspunkten den Vorrang eingeräumt.



geführte Diskussion möglich sein wird. Das Gelingen des Vorhabens wird ganz wesentlich davon abhängen, dass nicht aus kleinkrämerischer Sichtweise die eigene kantonale Zivilprozessordnung zum Massstab der Dinge genommen wird, sondern das Ganze und das Ziel, nämlich die erstmalige Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts, im Auge behalten wird. Dabei wird es nützlich sein, sich im Grundsätzlichen der eingangs zitierten Worte von FRIEDRICH STEIN stets bewusst zu bleiben: Die perfekte Zivilprozessordnung gibt es nicht. Das Ziel muss vielmehr darin gesehen werden, den nicht mehr zeitgemässen Rechtspartikularismus durch ein gutes schweizerisches Gesetz zu ersetzen, das nicht für die Ewigkeit halten muss, sondern zu gegebener Zeit später auch wiederum neuen Bedürfnissen angepasst werden kann.

## Zivilprozessrecht: Literaturspiegel der Jahre 1993–2002

HANS ULRICH WALDER-RICHLI\*

### I. Einleitung

Seit dem letzten Literaturspiegel zum Zivilprozessrecht<sup>1</sup> ist ein Jahrzehnt vergangen, das *entscheidende Veränderungen* vor allem in drei Bereichen gebracht hat.

- Die Zivilprozessgesetze wurden in einer Reihe von Kantonen von Grund auf revidiert oder doch neuen Erkenntnissen angepasst.
- Die eidgenössische Gesetzgebung hat sich in verschiedenen Zusammenhängen mit prozessualen Themen beschäftigt.
- Die Internationalisierung des Gerichtsstandsrechts hat sich weit über das bisher erwartete Mass entwickelt.

Vor diesem Hintergrund erweist sich der am 12. März 2000 von Volk und Ständen beschlossene, merkwürdigerweise noch nicht in Kraft befindliche Art. 122 BV<sup>2</sup> als eine Verheissung, aber nicht als mehr. Beim Betrachten der in der Berichtsperiode entstandenen Literatur stellt man sich unwillkürlich die Frage, ob die ganze Übung nicht viel zu spät abgehalten wird, ja ob sie überhaupt noch sinnvoll sein kann. Die hier unter III/3 vorgestellten Werke haben nämlich das in Einzelfragen divergierende, aber doch auf gefestigten dogmatischen Grundsätzen aufbauende kantonale Recht so sehr gestärkt und greifbar gemacht, dass die Vorteile einer gesamtschweizerischen ZPO gegenüber dem Verlust des heute in den Kantonen vorhandenen Schatzes an Wissen und Erfahrung kaum mehr ins Gewicht fallen. Es ist hier aber nicht der Ort darüber zu debattieren. Andererseits sollen nachstehend unter II einige aus-

\* Hans Ulrich Walder, emeritierter Professor der Universität Zürich, Zollikon.

<sup>1</sup> HANS ULRICH WALDER, Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht: Literaturspiegel der Jahre 1987–1991; ZSR NF 111(1992) I S. 301–332. Die Vorstellung der Literatur im Zwangsvollstreckungsrecht muss diesmal unterbleiben, weil der Verfasser des Berichts in der massgebenden Zeit vornehmlich auf diesem Gebiet publizistisch tätig war und somit nicht über die erforderliche Objektivität verfügt.

<sup>2</sup> «Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts ist Sache des Bundes.  
Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.»