

Wintersemester 2006/2007

Prof. I. Meier /

PD Dr. I. Jent-Sørensen /

Bundesrichter Dr. L. Marazzi, LL.M.

ANFECHTBARE ENTSCHEIDE

(ART. 90-94 BGG)

Seminar

„RECHTSMITTEL AN DAS BUNDESGERICHT IN ZIVILSACHEN

NACH DEM NEUEN BUNDESGERICHTSGESETZ“

Lausanne, 24.-27. Januar 2007

Eingereicht von:

Vorname Name

Strasse Nr.

PLZ Ort

e-mail

6. Semester

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis	IV
1 Einleitung	1
2 Aufbau des Bundesgerichtsgesetzes.....	1
3 Endentscheide (BGG 90)	2
3.1 Nach Bundesrechtspflegegesetz.....	2
3.2 Nach Bundesgerichtsgesetz.....	3
4 Teilentscheide (BGG 91)	4
4.1 Definition	4
4.2 Nach Bundesrechtspflegegesetz.....	5
4.3 Nach Bundesgerichtsgesetz.....	6
4.3.1 Objektive Klagehäufung	6
4.3.2 Subjektive Klagehäufung	7
5 Vor- und Zwischenentscheide nach Art. 92 BGG.....	8
5.1 Definition	8
5.2 Nach Bundesrechtspflegegesetz.....	8
5.3 Nach Bundesgerichtsgesetz.....	9
6 Andere Vor- und Zwischenentscheide (BGG 93).....	10
6.1 Allgemeine Voraussetzungen.....	10
6.1.1 Nicht wieder gutzumachender Nachteil	10
6.1.1.1 Qualifikation nach Interesse?.....	11
6.1.1.2 Rechtsschutz als Auslegungshilfe?	11
6.1.2 Herbeiführung eines Endentscheides	13
6.2 Internationale Rechtshilfe in Strafsachen.....	14
7 Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (BGG 94).....	14
7.1 Nach Bundesrechtspflegegesetz.....	14
7.2 Nach Bundesgerichtsgesetz.....	15
8 Würdigung der Revision	15
9 Zusammenfassung.....	17

Literaturverzeichnis

FRANK, RICHARD / STRÄULI, HANS / MESSMER, GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit. FRANK / STRÄULI / MESSMER)

HÄFELIN, ULRICH / HALLER, WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Die neue Bundesverfassung, 6. Aufl., Zürich 2005 (zit. HÄFELIN / HALLER)

HÄFELIN, ULRICH / MÜLLER, GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002 (zit. HÄFELIN / MÜLLER)

KARLEN, PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Die wesentlichen Neuerungen und was sie bedeuten, Basel 2006 (zit. KARLEN)

KIENER, REGINA / KUHN, MATHIAS, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, ZBl 107 (2006) 141ff. (zit. KIENER / KUHN)

KNAPP, BLAISE, Précis de droit administratif, 4. éd., Bâle 1991 (deutsche Übersetzung: Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bde, Basel 1992) (zit. KNAPP)

MESSMER, GEORG / IMBODEN, HERMANN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen; Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde, Zürich 1992 (zit. MESSMER / IMBODEN)

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS / SANDOZ-MONOD, SUZETTE, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, vol. II, Berne 1990 (zit. POUDRET / SANDOZ-MONOD)

SCHUBARTH, MARTIN, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen gemäss Art. 268 ff. BStP in der seit 1.1.2001 geltenden Fassung, Bern 2001 (zit. SCHUBARTH)

SPÜHLER, KARL / VOCK, DOMINIK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999 (zit. SPÜHLER / VOCK)

VOGEL, OSKAR / SPÜHLER, KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006 (zit. VOGEL / SPÜHLER)

WALDER-RICHLI, HANS ULRICH, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. Aufl., Zürich 1996. (zit. WALDER-RICHLI)

ZIEGLER, PHILIPP, Von der Rechtsmittelvielfalt zur Einheitsbeschwerde: Bestandesaufnahme, Probleme, Lösungen, Diss., Basel 2003 (zit. ZIEGLER)

Materialien

Amtliches Bulletin Nationalrat - Sommersession 2006 – Dritte Sitzung - 08.06.06-08h00, 06.400, Anzahl Richter am Bundesgericht (zit. AB NR 2006)

Amtliches Bulletin Ständerat - Frühjahrssession 2005 - Sechste Sitzung - 08.03.05-08h00, 01.023, Bundesrechtspflege Totalrevision (zit. AB SR 2005)

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4207ff. (zit. Botschaft)

Schlussbericht der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Juni 1997 (zit. Schlussbericht der Expertenkommission)

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bde	Bände
BGE	Entscheidungssammlung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (in Kraft ab 1. Januar 2007) (AS 2006 1205)
BStP	Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
éd.	édition (Auflage)
f./ff.	folgende
Fn	Fussnote
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
N	(Rand)note
NR	Nationalrat

OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz	Randziffer
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts / Ständerat
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (in Kraft ab 1. Januar 2007) (AS 2006 2197)
Vgl.	vergleiche
vol.	volume (Band)
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

1 Einleitung

Das wegen seiner historischen Entwicklung undurchsichtige und komplizierte Rechtsmittelsystem und die zunehmende Belastung des Bundesgerichts haben eine Revision der Bundesrechtspflege dringend nötig gemacht. Den Missständen kann am besten durch eine radikale Neuregelung abgeholfen werden. Deshalb wurde das Bundesrechtspflegegesetz durch das Bundesgerichtsgesetz ersetzt und die vielen verschiedenen Rechtsmittel aus dem Bundesrechtspflegegesetz und dem Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege zu drei Einheitsbeschwerden zusammengefasst. Daneben hat das Parlament die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Anlehnung an die staatsrechtliche Beschwerde eingefügt.

Neue Rechtsmittel werfen Fragen auf: Werde ich gleich wie früher in meinen Rechten geschützt? Welche Entscheide kann ich anfechten? Welche Beschwerdegründe sind zulässig?

Da der Gesetzgeber für jedes Rechtsgebiet die zahlreichen Rechtsmittel zu je einem einzigen zusammengefasst hat, entstand nun eine Mischung aus bekannten Elementen. Gleichwohl bedeutet dies für jedes Rechtsgebiet, so auch für das Zivilprozessrecht, gewisse Neuerungen, da die verbleibenden drei Einheitsbeschwerden möglichst aneinander angeglichen werden sollten.

Die vorliegende Arbeit versucht, einen Überblick über die anfechtbaren Entscheide zu geben und dabei die Unterschiede zur bisherigen Regelung insbesondere für das Zivilprozessrecht herauszukristallisieren.

2 Aufbau des Bundesgerichtsgesetzes

Das neue Bundesgerichtsgesetz ist ganz darauf ausgelegt, die Ziele der Vereinfachung und Vereinheitlichung des Rechtsmittelsystems zu verwirklichen. Zuerst wird, wie im Bundesrechtspflegegesetz, das allgemeine Verfahren geregelt (2. Kapitel BGG). Anschliessend stehen im Bundesgerichtsgesetz im 3. Kapitel „Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz“ die wenigen beschwerdespezifischen Bestimmungen. Dazu

benötigte der Gesetzgeber nur 4-8 Artikel pro Beschwerde. Das 4. Kapitel regelt das Beschwerdeverfahren, welches für alle Beschwerden gemeinsam gilt. Darunter fallen die Bestimmungen über die Beschwerdegründe, die neuen Vorbringen, die Beschwerdefrist, das vereinfachte und das kantonale Verfahren und die hier interessierenden Art. 90 bis 94 über die anfechtbaren Entscheide. Nur schon an der Zahl der gemeinsamen Bestimmungen lässt sich erkennen, dass gegenüber dem Bundesrechtspflegegesetz eine Vereinheitlichung stattfand und das Rechtsmittelsystem somit einfacher und durchschaubarer wurde.

3 Endentscheide (BGG 90)

3.1 Nach Bundesrechtspflegegesetz

Nach Art. 48 OG sind mit der Berufung grundsätzlich nur Endentscheide anfechtbar. Darunter versteht man primär einen Entscheid, der das Verfahren vor der Vorinstanz beendet.¹ D.h. im kantonalen Verfahren muss letztinstanzlich über ein ordentliches Rechtsmittel entschieden worden sein.² Der Begriff enthält jedoch auch eine materielle Komponente, die nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext hervorgeht.³ So muss der Richter entweder materiell entschieden haben oder die nochmalige Geltendmachung des Anspruchs muss dem Kläger aus einem anderen Grund verwehrt sein.⁴ Ersteres ist bei Sachurteilen der Fall.⁵ Ein Beispiel für die zweite Variante ist, wenn der Richter die Verjährung festgestellt hat und die Sache somit nicht mehr vor Gericht gebracht werden kann.⁶ Dann hat er zwar in der Sache nicht entschieden, aber der Kläger kann seinen Anspruch dennoch nicht mehr geltend machen. Das bedeutet, der Entscheid muss in materielle Rechtskraft erwachsen.

Dabei spielt es keine Rolle, in welchem Verfahren der Entscheid gefällt wurde. Auch Entscheide im summarischen Verfahren können Endentscheide sein, sofern ihnen nach

¹ MESSMER / IMBODEN, Rz 64.

² BGE 127 III 474, 475, E. 1a).

³ ZIEGLER, S. 361.

⁴ MESSMER / IMBODEN, Rz 65.

⁵ VOGEL / SPÜHLER, N 142.

⁶ Vgl. BGE 118 II 447, 449f. E. 1 a) und 1 b).

kantonalem Recht materielle Rechtskraft zukommt.⁷ Ebenso ist unerheblich, wie der Entscheid im kantonalen Prozess qualifiziert wird.⁸ Daher kann auch ein im Kanton als Verfügung bezeichneter Entscheid als Endentscheid gelten, sofern er die Voraussetzungen erfüllt. Entscheidend ist einzig, dass eine neue Geltendmachung des Anspruchs unter den gleichen Parteien nicht mehr möglich ist.⁹

3.2 Nach Bundesgerichtsgesetz

Art. 90 BGG erfordert ebenfalls als Grundsatz einen Endentscheid. Im Unterschied zum Bundesrechtspflegegesetz umschreibt das Bundesgerichtsgesetz den Endentscheid jedoch einheitlich als Entscheid, der das Verfahren abschliesst (Art. 90 BGG). Das bedeutet für das Zivilprozessrecht eine Änderung. Die Beschwerde in Zivilsachen erfordert nicht mehr wie die Berufung, dass über die Sache materiell entschieden werden muss. Nach der für das Zivilrecht neuen Definition des Endentscheides zählt alleine die prozessuale Sichtweise.¹⁰ Es genügt daher, dass der Entscheid das jeweilige Verfahren vor der Vorinstanz abschliesst.¹¹ Diese Definition entspricht der bisherigen aus der Staats- und Verwaltungsrechtspflege.¹²

Diese neue Umschreibung bewirkt eine Ausweitung des Rechtsschutzes im Zivilrecht. So können neu auch letztinstanzliche Entscheide betreffend Eheschutzmassnahmen und provisorische Eintragungen eines Bauhandwerkerpfandrechts mit der Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht angefochten werden.¹³ Bisher war dies höchstens unter den engeren Voraussetzungen der staatsrechtlichen Beschwerde möglich.¹⁴ Mit anderen Worten kann nach der neuen Regelung auch im Eheschutzverfahren die Verletzung des gesamten Bundesrechts gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG) und nicht mehr nur diejenige der verfassungsmässigen Rechte (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG).

⁷ MESSMER / IMBODEN, Rz 65.

⁸ WALDER-RICHLI, § 39 N 86.

⁹ MESSMER / IMBODEN, Rz 66.

¹⁰ KARLEN, S. 35.

¹¹ Schlussbericht der Expertenkommission, S. 97.

¹² Botschaft, S. 4331.

¹³ Botschaft, S. 4331.

¹⁴ KARLEN, S. 35, Fn 136.

Diese Erweiterung der Definition des Endentscheidendes könnte zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichts führen. Da das Ziel der Revision jedoch eine Entlastung ist, hätte die grössere Anzahl anfechtbarer Entscheide nach der Meinung der Expertenkommission durch ein Vorprüfungsverfahren abgefangen werden sollen.¹⁵ Dieses hat jedoch schon der Bundesrat in seinem Entwurf des Bundesgerichtsgesetzes wieder verworfen. Er ist der Ansicht, dass die Beschwerden nicht zunehmen werden, da heute schon die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen werden kann.¹⁶ Es war also bisher lediglich die Frage, ob das primäre oder das subsidiäre Rechtsmittel mit den beschränkteren Rügemöglichkeiten ergriffen werden muss. Wenn daher neu alles mit demselben Rechtsmittel angefochten werden kann, ändert sich nach der Meinung des Bundesrates an der Geschäftslast nichts. Ob dies allerdings auch in der Praxis zutrifft, wird sich zeigen. Denn die Beschwerde in Zivilsachen lässt mehr Rügegründe als die staatsrechtliche Beschwerde zu. Somit steigen die Chancen, vor Bundesgericht doch noch Recht zu erhalten. Deshalb könnte die Geschäftslast auch zunehmen.

Weiterhin nicht anfechtbar sind kantonale Entscheide über eine Beschwerde gegen einen Schiedsgerichtsentscheid (Art. 77 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 191 Abs. 2 IPRG). Hier soll wie bis anhin nur eine richterliche Instanz angerufen werden können.

4 Teilentscheide (BGG 91)

4.1 Definition

In einem Teilentscheid befindet der Richter nur über einen Teil der Rechtsbegehren. Diese Begehren beurteilt er jedoch abschliessend im Gegensatz zu Vor- und Zwischenentscheiden, in denen er nur einen Aspekt, z.B. das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs, betrachtet.¹⁷ Wichtig ist auch die Abgrenzung des Teilentscheidendes zu einem Urteil über eine Teilklage, d.h. eine Klage nur über einen Teil des ganzen Schadens, wenn das gesamte Ausmass noch nicht bekannt ist. Ein solches Urteil gilt nämlich als

¹⁵ Schlussbericht der Expertenkommission, S. 97.

¹⁶ Botschaft, S. 4332.

¹⁷ Botschaft, S. 4332 und 4333.

Endentscheid,¹⁸ da das Verfahren über die Teilklage mit dem Entscheid abgeschlossen wird. Um den restlichen Schaden geltend zu machen, muss ein neues Verfahren eingeleitet werden.

In der Verwaltungsrechtspflege gilt nach dem bisherigen Recht auch ein Vorentscheid über Grundsatzfragen als Teilentscheid.¹⁹ Hier ist also nicht nur eine formelle Abgrenzung nach den Rechtsbegehren möglich, sondern auch eine inhaltliche. Nach der neuen einheitlichen Definition des Bundesgerichtsgesetzes fällt dies jedoch weg. Das bedeutet, dass Entscheide über Grundsatzfragen nun auch in der Verwaltungsrechtspflege als Zwischenentscheide betrachtet werden.

4.2 Nach Bundesrechtspflegegesetz

Das Bundesrechtspflegegesetz selbst benützt den Begriff des Teilentscheides nicht. Die Lehre und Rechtsprechung haben deshalb für jedes Rechtsgebiet eine andere Regelung entwickelt. In der Verwaltungsrechtspflege sind Teilentscheide den Endentscheiden gleichgestellt und somit ohne weiteres anfechtbar.²⁰ Die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen nach Art. 268 Ziff. 1 BStP kann auch gegen Teilurteile erhoben werden.²¹

Im Zivilprozessrecht hingegen ist die Anfechtung von Teilentscheiden mit der Berufung nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Im Fall der subjektiven Klagehäufung wird Art. 50 OG analog angewandt,²² d.h. es muss ein Aufwand an Zeit oder Kosten gespart werden können. Insbesondere muss der Umfang des Beweisverfahrens vom Ergebnis der Berufung abhängen.²³ Es sind daher vor allem prozessökonomische Gründe ausschlaggebend für die Anfechtbarkeit eines Teilentscheides.

Bei objektiver Klagehäufung kann ein Teilentscheid mit Berufung angefochten werden, „lorsqu'il tranche au fond le sort d'une prétention qui aurait pu faire à elle seule l'objet d'un procès distinct et dont le jugement est préjudiciel à celui des autres conclusions

¹⁸ Botschaft, S. 4333.

¹⁹ KARLEN, S. 35f.

²⁰ KNAPP, N 1055bis.

²¹ SCHUBARTH, N 42.

²² BGE 131 III 667, 670 E. 1.3; BGE 129 III 25, 27 E. 1.1.

²³ Vgl. BGE 107 II 349, 353 E. 2.

encore litigieuses.“²⁴ Es sind also zwei Voraussetzungen nötig: erstens müsste man die bereits beurteilten Begehren auch in einem getrennten Verfahren geltend machen können und zweites muss deren Beurteilung präjudiziell für den Entscheid über die restlichen sein.

4.3 Nach Bundesgerichtsgesetz

Anders als das Bundesrechtspflegegesetz befasst sich das Bundesgerichtsgesetz in Art. 91 ausdrücklich mit den Teilentscheiden. Das Bundesgerichtsgesetz erlaubt nun explizit die Anfechtung von Teilentscheiden in zwei Fällen: nämlich bei objektiver und bei subjektiver Klagehäufung. In allen andern Fällen muss der Teilentscheid aus prozess-ökonomischen Gründen zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.²⁵ Im Grossen und Ganzen entspricht die neue Regelung daher der bisherigen Praxis des Bundesgerichts, die nun kodifiziert wurde.

4.3.1 Objektive Klagehäufung

Bei der objektiven Klagehäufung werden verschiedene Rechtsbegehren gleichzeitig gestellt, z.B. einerseits Beseitigung einer Störung und andererseits Schadenersatz.²⁶ Art. 91 lit. a BGG erklärt nun die Beschwerde gegen einen Entscheid für zulässig, der nur einen Teil der Begehren behandelt. Allerdings müssen die einzelnen Begehren unabhängig voneinander beurteilt werden können, d.h. sie hätten auch in einem eigenen, getrennten Verfahren geltend gemacht werden können.²⁷ Dies war auch nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Voraussetzung für die Anfechtbarkeit von Teilentscheiden.

Die Anforderung, dass der Entscheid über einen Teil der Begehren präjudiziell für die Beurteilung der restlichen sein muss, wurde jedoch nicht ausdrücklich ins Bundesgerichtsgesetz übernommen. In der Botschaft ist sie ebenfalls nicht erwähnt. Dies weckt

²⁴ BGE 131 III 667, 669f. E. 1.3.

²⁵ ZIEGLER, S. 377.

²⁶ Botschaft, S. 4332.

²⁷ Botschaft, S. 4332.

die Vermutung, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat. In der spärlichen Lehre zum neuen Gesetz ist auch VOGEL / SPÜHLER der Ansicht, dass diese Voraussetzung wegfallen wird.²⁸ ZIEGLER schreibt dagegen, dass der Entscheid „unpräjudiziell“ sein muss, wobei er auf einen Entscheid des Bundesgerichts verweist, der jedoch die bisherige Rechtsprechung zum Bundesrechtspflegegesetz bestätigt.²⁹ Da er seine Aussage also falsch belegt hat und sie keinen Sinn macht, hat Ziegler sie wohl aus Versehen so stehengelassen. Aus diesen Gründen ist m.E. der präjudizielle Charakter nicht mehr erforderlich.

4.3.2 Subjektive Klagehäufung

Der zweite Fall, die subjektiven Klagehäufung, liegt vor, wenn mehrere Streitgenossen beteiligt sind. Bei mehreren beteiligten Personen können die Ansprüche unterschiedlich schwierig zu beurteilen sein. So ist es möglich, dass bezüglich A relativ schnell entschieden werden kann, wobei bei B umfangreiche Abklärungen nötig sind. In einem solchen Fall ist es sinnvoll, zuerst nur bezüglich A zu entscheiden und das Verfahren für ihn zu erledigen.³⁰ Aus Gründen der Rechtssicherheit für die Betroffenen und im Interesse einer raschen Beendigung des Verfahrens müssen die Rechtssuchenden sofort die Möglichkeit haben, diesen Teilentscheid anzufechten. Dem trägt Art. 91 lit. b BGG Rechnung, indem er die Beschwerde gegen einen Entscheid erlaubt, welcher nur die Begehren eines Teils der Streitgenossen behandelt. Allerdings muss das Urteil für diese Verfahrensbeteiligten den Charakter eines Endentscheides haben und das Verfahren für sie abschliessen.

Aus dem Text von Art. 91 lit. b BGG geht nicht hervor, ob die Kostenreduktion im Beweisverfahren wie bei der Berufung zwingend vorausgesetzt wird. Da jedoch die Botschaft die Prozessökonomie in den Vordergrund rückt,³¹ damit das Gericht nicht mehrfach mit derselben Sache belastet wird, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Kostenersparnis weiterhin als erforderlich betrachtet.

²⁸ VOGEL / SPÜHLER, N 148.

²⁹ ZIEGLER, S. 377f. mit Fn 88.

³⁰ Vgl. Botschaft, S. 4333.

³¹ Botschaft, S. 4332.

5 Vor- und Zwischenentscheide nach Art. 92 BGG

5.1 Definition

Als Vor- und Zwischenentscheide gelten diejenigen Entscheide, welche weder als Endentscheide noch als Teilentscheide zu qualifizieren sind.³² Sie regeln oft nur einen bestimmten Aspekt, z.B. die Frage der Verjährung oder des Kausalzusammenhangs.

Die Übergänge zwischen Vor- und Zwischenentscheiden sind fließend, weshalb beide Urteilsarten gleich behandelt werden.³³

5.2 Nach Bundesrechtspflegegesetz

Die Berufung gegen Vor- und Zwischenentscheide ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Art. 49 Abs. 1 OG ermöglicht die Anfechtung gegen selbständige Entscheide über die Zuständigkeit. Dabei steht vor allem der Fall im Vordergrund, dass der Richter seine Zuständigkeit bejaht.³⁴ Verneint der Richter hingegen seine Zuständigkeit, liegt oft ein Endentscheid i.S.v. Art. 48 OG vor,³⁵ da er damit das Verfahren abschliesst. Allerdings ist zu beachten, dass der Anspruch immer noch vor der zuständigen Instanz geltend gemacht werden kann, wenn die zwischenzeitliche Verjährung durch Art. 139 OR ausgeschlossen wird.³⁶ In diesem Fall handelt es sich nicht um einen Endentscheid i.S.v. Art. 48 OG³⁷, sondern um einen Zwischenentscheid. Zu diesem Schluss kommt auch das Bundesgericht im Urteil 4C.335/2004, in dem die erste Instanz ein anderes Gericht für zuständig erklärt.³⁸

Vor- und Zwischenentscheide sind nach Art. 49 OG nur anfechtbar, wenn die Verletzung von bundesrechtlichen Regeln über die Zuständigkeit geltend gemacht wird. Andere Rügen sind nicht zulässig. Das bedeutet, dass meist die örtliche Zuständigkeit

³² Botschaft, S. 4333.

³³ FRANK / STRÄULI / MESSMER, § 189 N 1.

³⁴ MESSMER / IMBODEN, N 70.

³⁵ SPÜHLER / VOCK, S. 119.

³⁶ POUURET / SANDOZ-MONOD, Art. 48 N 1.1.4.2.

³⁷ Vgl. 3.1.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4C.335/2004 vom 3. Februar 2005, E. 2.

zur Diskussion steht, da die sachliche kantonal geregelt ist.³⁹ Für gewisse Rügen wie z.B. die Verletzung des ordentlichen Gerichtsstandes bleibt jedoch die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten (Art. 49 Abs. 3 OG). Deshalb muss sich das Bundesgericht manchmal mit schwierigen Abgrenzungsfragen auseinandersetzen, was eine zusätzliche Belastung bedeutet.

5.3 Nach Bundesgerichtsgesetz

Art. 92 Abs. 1 BGG erklärt die Beschwerde in Zivilsachen gegen Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren für zulässig, sofern sie selbständig eröffnet wurden. Es genügt also nicht, dass der Richter stillschweigend seine Zuständigkeit anerkennt, sondern er muss einen formellen Entscheid fällen, damit dieser angefochten werden kann.⁴⁰ Art. 92 BGG entspricht wörtlich der für die staatsrechtliche Beschwerde geltenden Regelung von Art. 87 OG. Gegenüber der Berufung besteht der Unterschied darin, dass nun auch Zwischenentscheide über Ausstandsbegehren direkt anfechtbar sind. Ansonsten hat sich der Gesetzgeber auch an Art. 49 OG orientiert.⁴¹

Gemäss Art. 92 Abs. 2 BGG müssen – wie bisher nach Art. 48 Abs. 3 OG – die Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und den Ausstand sofort angefochten werden. Eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist nicht möglich. Dahinter stehen prozessökonomische Überlegungen: denn es erzeugte unnötigen Aufwand, zuerst den ganzen Prozess inkl. Beweisverfahren durchzuführen, um nachher festzustellen, dass das urteilende Gericht nicht zuständig gewesen wäre. In diesem Fall müsste das ganze Prozedere vor der richtigen Instanz nochmals von vorne beginnen. Deshalb gilt das Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist als stillschweigende Anerkennung der Zuständigkeit.

Auch nach dem Bundesgerichtsgesetz wird meist nur die örtliche Zuständigkeit zur Diskussion stehen, da Verletzungen von kantonalen Regeln über die (sachliche) Zu-

³⁹ SPÜHLER / VOCK, S. 119.

⁴⁰ Botschaft, S. 4333.

⁴¹ Botschaft, S. 4333.

ständigkeit nicht gerügt werden können. Dies ergibt sich aus Art. 95 e contrario i.V.m. Art. 92 Abs. 1 BGG.

6 Andere Vor- und Zwischenentscheide (BGG 93)

6.1 Allgemeine Voraussetzungen

Art. 93 BGG regelt die Beschwerde gegen die übrigen Vor- und Zwischenentscheide. Neben der selbständigen Eröffnung wie bei den Vor- und Zwischenentscheiden über die Zuständigkeit und den Ausstand fordert Abs. 1 zwei alternative Voraussetzungen: entweder muss ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegen (lit. a) oder die Gutheissung der Beschwerde muss sofort einen Endentscheid herbeiführen und somit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten sparen (lit. b). Vereinfacht gesagt, gelten also die bisherigen Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 und 87 Abs. 2 OG alternativ.

Die Beschwerde gegen diese Vor- und Zwischenentscheide kann auch später noch zusammen mit dem Endentscheid erhoben werden (Art. 93 Abs. 3 BGG). Allerdings muss sie sich auf den Inhalt des Endentscheides auswirken. Dasselbe gilt, wenn die Beschwerde gegen den Vor- oder Zwischenentscheid nicht zulässig war. Auch dann kann er zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden, sofern dieser beeinflusst wird.

6.1.1 Nicht wieder gutzumachender Nachteil

Nicht wieder gutzumachen ist ein Nachteil, wenn er auch nicht mehr durch ein für den Betroffenen günstiges Urteil behoben werden kann.⁴² Das Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils war bisher dem Zivilrecht unbekannt. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG entspricht dem Wortlaut nach den Voraussetzungen von Art. 87 Abs. 2 OG, die für die staatsrechtliche Beschwerde gelten.⁴³ Allerdings ist sich die Lehre noch nicht sicher über die Qualifikation dieses Nachteils in Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.⁴⁴ Unklar ist,

⁴² HÄFELIN / HALLER, N 1955.

⁴³ Botschaft, S. 4334.

⁴⁴ KARLEN, S. 36; ZIEGLER, S. 367 und 382.

ob ein bloss tatsächlicher oder wirtschaftlicher Nachteil genügt – wie bisher in der Verwaltungsrechtspflege⁴⁵ – oder ob wie bei der staatsrechtlichen Beschwerde ein rechtlicher Nachteil⁴⁶ vorliegen muss.

6.1.1.1 Qualifikation nach Interesse?

ZIEGLER ist der Ansicht, dass gewisse Anforderungen an den nicht wieder gutzumachenden Nachteil gestellt werden müssen, da der Zugang zum Bundesgericht nicht wie ursprünglich vorgesehen durch ein Vorprüfungsverfahren beschränkt wird. Deshalb schlägt er vor, sich an dem für die jeweilige Beschwerde nötigen Interesse zu orientieren.⁴⁷ Folgt man diesem Ansatz, würden die Beschwerden in Zivil- und Strafsachen, die ein rechtlich geschütztes Interesse verlangen (Art. 76 Abs. 1 lit. b und Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG), einen rechtlichen Nachteil erfordern. Währenddessen würde für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein tatsächlicher Nachteil genügen, da sie nur ein schutzwürdiges Interesse voraussetzt (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG).

Dies führt zu der problematischen Situation, dass dasselbe Wort desselben Artikels je nach Beschwerde anders ausgelegt würde. Eine solch unterschiedliche Interpretation würde Verwirrung stiften und insbesondere bis sich die Rechtsprechung etabliert hat zu Rechtsunsicherheit führen. Ausserdem würde sich gegenüber dem Zustand vor der Revision, wo für jede Beschwerde etwas anderes gilt, nichts ändern. Ein erklärtes Ziel des Gesetzgebers war jedoch die Vereinfachung und Vereinheitlichung der Rechtsmittel an das Bundesgericht.⁴⁸ Dies lässt sich mit der von ZIEGLER vorgeschlagenen komplizierten Auslegung nicht vereinen. Deshalb ist sie m.E. abzulehnen.

6.1.1.2 Rechtsschutz als Auslegungshilfe?

KARLEN richtet sein Augenmerk mehr auf den Rechtsschutz. Er argumentiert, dass in Strafsachen die Vor- und Zwischenentscheide nicht mehr wie früher ohne weiteres an-

⁴⁵ BGE 130 II 149, 153 E. 1.1.

⁴⁶ KNAPP, N 1059.

⁴⁷ ZIEGLER, S. 383.

⁴⁸ Botschaft, S. 4208, 4233.

fechtbar seien. Ausserdem werden die Anfechtungsmöglichkeiten durch eine engere Definition des Teilentscheidendes in der Verwaltungsrechtspflege ebenfalls eingeschränkt. In beiden Bereichen können also nach dem Bundesgerichtsgesetz weniger Entscheide an das oberste Gericht weitergezogen werden. Deshalb kommt er zum Schluss, dass der nicht wieder gutzumachende Nachteil weiter ausgelegt werden müsse, damit der Rechtsschutz dennoch gewährleistet sei.⁴⁹

Hier stellt sich also die Frage der Abwägung zwischen einem möglichst umfassenden Rechtsschutz und einer Entlastung des Bundesgerichts. Beides waren Ziele der Revision.⁵⁰ Allerdings ergibt sich hier ein Zielkonflikt. Eine mögliche Lösung wäre, die Richterzahl markant zu erhöhen. Das ist jedoch für den Gesetzgeber keine Option. Das Parlament hat im Gegenteil die Zahl der Bundesrichter von 41 auf 38 reduziert.⁵¹ Da der Zielkonflikt nicht auf diese Art gelöst wurde, musste ein Kompromiss gefunden werden. Daher wollte der Gesetzgeber nur die dringlichsten Lücken des Rechtsschutzes schliessen, damit das Bundesgericht nicht noch mehr belastet würde.⁵² Deshalb stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der fraglichen Bestimmung eine Ausweitung des Rechtsschutzes oder die Entlastung des Bundesgerichts erreichen wollte. Dabei ist zu beachten, dass der Rechtsschutz in Zivilsachen gegenüber der Berufung durch eine weitere Definition des Endentscheidendes ausgebaut wurde. Hier können also mehr Entscheide angefochten werden als bisher. Ausserdem ist unter der Herrschaft des Bundesrechtspflegegesetzes die Anfechtung eines Vor- oder Zwischenentscheidendes wegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils in einer Zivilsache nur mit den beschränkten Rügen der staatsrechtlichen Beschwerde zulässig. Des Weiteren besteht nach Art. 93 Abs. 3 BGG immer noch die Möglichkeit, den Vor- oder Zwischenentscheid zusammen mit dem Endentscheid anzufechten. Der Rechtsschutz ist daher auf jeden Fall gewährleistet, auch wenn eine sofortige Anfechtung nur in „dringenden“ Fällen möglich ist.

Es geht also mehr um die Entscheidung, zu welchem Zeitpunkt die Beschwerde erhoben werden kann. Hier ist die Entlastung, die das primäre Ziel der Revision war,⁵³ wieder ein gewichtiges Argument. Denn das Bundesgericht soll nicht in der gleichen Sache

⁴⁹ KARLEN, S. 36f.

⁵⁰ Botschaft, S. 4208.

⁵¹ AB NR 2006 N 785.

⁵² KIENER / KUHN, S. 143.

⁵³ Huber, Gabi, AB NR 2006 N 781.

mehrfach angerufen werden können. Dieses Ziel wird am effektivsten durch eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht erreicht und sollte m.E. nicht durch eine ausdehnende Auslegung wieder zunichte gemacht werden. Ausserdem verweist schon die Botschaft selbst auf die Regelung der staatsrechtlichen Beschwerde,⁵⁴ welche einen rechtlichen Nachteil erfordert. Deshalb ist m.E. eine restriktive Auslegung im Sinne eines rechtlichen Nachteils angebrachter.

6.1.2 Herbeiführung eines Endentscheides

Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG sieht auf den ersten Blick gleich aus, wie die bisherige Regelung zur Berufung in Art. 50 Abs. 1 OG. Beide zielen darauf, das Verfahren vorzeitig abschliessen zu können und dadurch Zeit und Kosten zu sparen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn das Bundesgericht die Verjährung feststellt oder in einem Haftpflichtprozess die Kausalität verneint, da dann der Anspruch nicht weiter verfolgt werden kann.

Es gibt jedoch einen wichtigen kleinen Unterschied zwischen den Voraussetzungen im Bundesrechtspflegegesetz und denjenigen im Bundesgerichtsgesetz. Für die Berufung wird verlangt, dass sofort ein Endentscheid herbeigeführt wird (Art. 50 Abs. 1 OG). Wenn also die Berufung abgewiesen werden muss und das Verfahren deshalb vor erster oder zweiter Instanz wieder weitergeführt wird, ist sie nicht zulässig.⁵⁵ Dies führte manchmal wie in BGE 129 III 288ff. zu der unsinnigen Situation, dass das Bundesgericht eine Sache wenigstens in seinen Erwägungen entscheiden musste, nur um festzustellen, dass es auf die Berufung nicht eintreten kann.

In Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG wird nunmehr nur gefordert, dass die Gutheissung der Beschwerde einen Endentscheid herbeiführen würde. Die Zulässigkeit der Beschwerde wird daher nicht mehr von deren Ausgang abhängig gemacht, sondern es reicht, dass die Chance besteht, das Verfahren zu beenden. So ist es einfacher zu bestimmen, ob auf eine Beschwerde eingetreten werden kann, und die Richter können sich somit auf das Wesentliche, nämlich die zu entscheidende Sache, konzentrieren. Auf diese Weise

⁵⁴ Botschaft, S. 4334.

⁵⁵ Vgl. BGE 129 III 288.

können Leerläufe vermieden werden. Denn wenn sich das Gericht sowieso mit der Sache auseinandersetzen muss, ist es sinnvoller und für Laien verständlicher, wenn es die Sache auch gerade formell entscheidet und nicht nur en passant in den Erwägungen zu einem Nichteintretensentscheid erörtert.

Dadurch steigt die Geschäftslast des Bundesgerichts nicht, da die Begründung ja die gleiche ist und das Resultat nur formell ändert. Denn jetzt wird die Beschwerde einfach abgewiesen, statt dass ein Nichteintretensentscheid ergeht.

6.2 Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Art. 93 Abs. 2 BGG über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen wurde erst während der parlamentarischen Debatte durch einen neuen Antrag des Bundesrates eingefügt.⁵⁶ Er legt fest, dass in diesem Gebiet nur Vor- und Zwischenentscheide über die Auslieferungshaft und über die Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen angefochten werden können. Dabei müssen ebenfalls die Voraussetzungen von Abs. 1 erfüllt sein, d.h. ein nicht wieder gutzumachender Nachteil muss verhindert werden können oder ein sofortiger Endentscheid muss möglich sein.

In eine ähnliche Richtung zielt auch Art. 80e IRSG⁵⁷, der die Beschwerde gegen Zwischenverfügungen an das Bundesstrafgericht ermöglicht, wenn durch die Beschlagnahme von Vermögenswerten oder durch die Anwesenheit von Personen, welche am ausländische Prozess beteiligt sind, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht.

7 Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (BGG 94)

7.1 Nach Bundesrechtspflegegesetz

Im Bundesrechtspflegegesetz erklärt nur Art. 97 Abs. 2 für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, dass das Verweigern oder Verzögern einer Verfügung ebenfalls als Ver-

⁵⁶ AB SR 2005 N 137.

⁵⁷ Für die neue Fassung siehe Anhang VGG Ziff. 30.

fügung gilt. Damit ist der Fall für das Verwaltungsrecht klar. Im Zivilrecht liegt die Sache komplizierter. Mit der Berufung kann nämlich die Rechtsverzögerung nicht angefochten werden. Die Bundesverfassung gewährt jedoch allen einen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV). Für die Rüge von Verletzungen verfassungsmässiger Rechte, wozu die Rechte von Art. 29 BV zählen, muss die staatsrechtliche Beschwerde erhoben werden (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG). Für diese gilt wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, dass das Verweigern oder Verzögern einer Verfügung einer solchen gleichgestellt wird.⁵⁸ Eine Ausnahme besteht im beim Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Nach Art. 19 Abs. 2 SchKG kann das Bundesgericht jederzeit wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung angerufen werden.

Eine Rechtsverweigerung liegt nur vor, wenn ein Anspruch auf Tätigwerden der Behörden besteht.⁵⁹

7.2 Nach Bundesgerichtsgesetz

Art. 94 BGG gibt nun für jede der drei Einheitsbeschwerden die Möglichkeit, die Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung direkt anzufechten. Man muss daher nicht mehr auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, welche von der Funktion her der staatsrechtlichen Beschwerde entspricht, zurückgreifen. Allerdings muss wie bisher das Verweigern oder Verzögern unrechtmässig sein und der verweigerte Entscheid müsste anfechtbar sein.

8 Würdigung der Revision

Bei all diesen Änderungen stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber seine Ziele der Entlastung des Bundesgerichts und des Ausbaus des Rechtsschutzes erreicht hat. Natürlich kann er nie beide zugleich verwirklichen, da sie in einem Zielkonflikt stehen.

⁵⁸ HÄFELIN / HALLER, N 1950.

⁵⁹ HÄFELIN / MÜLLER, N 1657.

Dadurch, dass bei der neuen Definition des Endentscheides im Zivilprozessrecht die materielle Komponente wegfällt, besteht ein grösserer Rechtsschutz. Ob dadurch die Geschäftslast zunehmen wird, kann jetzt noch nicht gesagt werden; denn einerseits wird die Abgrenzung vermutlich weniger schwierig. Ausserdem konnte schon nach dem alten Recht die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen werden. Dies spricht dafür, dass die Belastung des obersten Gerichts gleich bleibt oder sogar abnimmt. Andererseits lässt die Beschwerde in Zivilsachen jedoch mehr Rügegründe zu, was zu einer Zunahme führen könnte.

Bei den Teilentscheiden wurde vor allem die schon geltende Praxis ins Gesetz aufgenommen. Die einzige Änderung ist eine engere Definition im Verwaltungsrecht, was das oberste Gericht sicher entlastet.

Eine weitere Verminderung der höchstrichterlichen Geschäftslast entsteht dadurch, dass bei den Vor- und Zwischenentscheiden über die Zuständigkeit nicht mehr zwischen der Berufung und der staatsrechtlichen Beschwerde abgegrenzt werden muss, sondern dass alle Rügen mit dem selben Rechtsmittel geltend gemacht werden können. Diese Änderung dient auch dem Rechtsschutz, da die Gefahr, das falsche Rechtsmittel zu ergreifen, wegfällt.

Schwieriger wird die Bewertung bei den übrigen Vor- und Zwischenentscheiden, da es hier auf die Auslegung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils ankommt. Nach der hier vertretenen Auffassung, dass ein rechtlicher Nachteil vorliegen muss, bleibt der status quo erhalten. Insofern wurden die Ziele nicht verwirklicht. Allerdings wird auch nicht das eine auf Kosten des andern erzwungen, sondern es besteht ein Kompromiss.

Insgesamt lässt sich sagen, dass der Gesetzgeber seine Ziele so weit es geht verwirklichen konnte. Insbesondere gelang ihm dies durch die einschneidendste Veränderung, nämlich den Entscheid, die verschiedenen Rechtsmittel zu Einheitsbeschwerden zusammenzuziehen.

9 Zusammenfassung

Grundsätzlich können nach dem Bundesgerichtsgesetz nur Endentscheide angefochten werden (Art. 90 BGG). Endentscheide sind Urteile, die das Verfahren beenden. Diese Definition wurde der Staats- und Verwaltungsrechtspflege entnommen und ist für das Zivilprozessrecht weiter als bisher, da das Erfordernis der materiellen Rechtskraft entfällt.

Teilentscheide sind anfechtbar bei objektiver Klagehäufung, wenn nur ein Teil der gestellten Begehren behandelt wird und diese unabhängig von den andern beurteilt werden können (Art. 91 lit. a BGG), sowie bei subjektiver Klagehäufung, wenn das Verfahren für einen Teil der Streitgenossen abgeschlossen wird (Art. 91 lit. b BGG). Dies entspricht der bisherigen von der Praxis entwickelten Regelung.

Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und die Ausstandsbegehren sind nach Art. 92 Abs. 1 BGG anfechtbar, sofern sie selbständig eröffnet wurden und die Verletzung von bundesrechtlichen Regeln geltend gemacht wird. Aus prozessökonomischen Gründen muss die Beschwerde gegen solche Entscheide sofort erhoben werden.

Nach Art. 93 Abs. 1 BGG sind andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide nur unter zwei alternativen Voraussetzungen anfechtbar: entweder muss ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohen (lit. a) oder die Gutheissung der Beschwerde müsste sofort einen Endentscheid herbeiführen und somit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten sparen (lit. b).

In der Lehre ist noch umstritten, wie dieser nicht wieder gutzumachende Nachteil auszulegen ist. Je nachdem ob die Entlastung des Bundesgerichts oder die Verbesserung des Rechtsschutzes höher gewichtet wird, wird ein rechtlicher oder ein tatsächlicher Nachteil gefordert. Der Gesetzgeber verweist in der Botschaft⁶⁰ auf die staatsrechtliche Beschwerde, welche einen rechtlichen Nachteil verlangt, weshalb diese Interpretation vorzuziehen ist.

Auch gegen das Verweigern oder Verzögern eines Entscheides kann eine Beschwerde erhoben werden, sofern dieser anfechtbar und das Verzögern unrechtmässig ist.

⁶⁰ Botschaft, S. 4334.

Ob der Gesetzgeber die Ziele der Revision, die Entlastung des Bundesgerichts und den Ausbau des Rechtsschutzes wirklich erreicht hat, lässt sich noch nicht sagen. Auf den ersten Blick scheint er einen guten Kompromiss zwischen den beiden Zielen gefunden zu haben.

Seuzach, 20. Oktober 2006

Vorname Name