

# **VOGEL/SPÜHLER: GRUNDRISS DES ZIVILPROZESSRECHTS**

## **1. Kapitel: Einführung und allgemeine Grundlagen**

### **§1 A. DER BEGRIFF DES ZIVILPROZESSES**

#### **1. Durchsetzung des materiellen Zivilrechts**

Im materiellen Recht begründete Rechtsansprüche bedürfen der Durchsetzung. Die Durchsetzung ist dem einzelnen Rechtssubjekt verwehrt, da Selbsthilfe in jeder Rechtsordnung verboten ist. Der Staat hat stattdessen staatlichen Rechtsschutz zu gewährleisten. Dieser Rechtsschutz besteht in der Zwangsvollstreckung. Bevor es zu dieser kommt, muss der zu vollstreckende Anspruch festgestellt sein. Dies geschieht in einem Erkenntnisverfahren: im Zivilprozess.

#### **2. Zivilprozess als einzelnes Verfahren**

Der einzelne Zivilprozess ist ein Zweiparteienverfahren zur autoritativen Feststellung (durch ein mit hoheitlicher Befugnis ausgestattetes Gericht oder ein staatlich anerkanntes Schiedsgericht) von privatrechtlichen Rechten und Rechtsverhältnissen (privatrechtliche Beziehungen). Im Zivilprozess stehen sich zwei streitende Parteien gegenüber: Kläger und Beklagter, die in einem kontradiktorischen Verfahren vom Gericht die Entscheidung über die streitigen Rechtsverhältnisse verlangen. Der Verlauf des Verfahrens wird durch das Gesetz bestimmt.

#### **3. Überblick über den Gang des Verfahrens**

Dem eigentlichen Erkenntnisverfahren ist gewöhnlich ein obligatorisches Sühn- oder Vermittlungsverfahren bei einem Sühnbeamten (Friedensrichter oder Vermittler) vorgeschaltet mit dem Zweck, die Parteien zu einer vergleichweisen Verständigung zu führen bzw. zum Klagerückzug oder zur Klageanerkennung bzw. im Scheidungsprozess zu einem gemeinsamen Scheidungsbegehren zu bewegen. Die Klage wird sodann durch Einreichung des Sühnausweises und/oder Einreichung einer Klageschrift beim Gericht erhoben. Dieses prüft von Amtes wegen seine Zuständigkeit und weitere Prozessvoraussetzungen. Im Hauptverfahren bringen die Parteien die geltend gemachten Tatsachen vor: Klagebegründung und Klageantwort (evtl. Replik und Duplik). Der Beklagte kann dabei Abweisung der Klage beantragen, aber auch seinerseits Widerklage für Ansprüche gegen den Kläger erheben. Im Beweisverfahren wird über die bestrittenen erheblichen Tatsachen Beweis durch Parteibefragung, Zeugen, Urkunden, Augenschein und Gutachten sowie Beweisaussage abgenommen. Sobald der Prozess entscheidungsreif ist, fällt das Gericht das Urteil. Dieses kann von den Parteien durch Rechtsmittel an obere gerichtliche Instanzen weitergezogen werden.

#### **4. Zivilprozess im weiteren Sinn**

Im weiteren Sinn versteht man unter Zivilprozess den Inbegriff der Normen eines bestimmten Prozessrechts. Das Zivilprozessrecht umfasst die Normen, die den Gang des Verfahrens der

Erledigung privater Streitigkeiten regeln. Zum Zivilprozessrecht im weiteren Sinn gehören auch Normen über die Gerichtsorganisation. Im Rahmen des Zivilprozessrechts werden in der Schweiz sodann die kantonalen Normen des Zwangsvollstreckungsrechts behandelt.

## **§2 B. DIE ZIELE DES ZIVILPROZESSES**

Das Zivilprozessrecht hat verschiedene Ziele anzustreben, die untereinander in einem Spannungsverhältnis stehen.

### **1. Das Rechtsschutzziel – Der materiale Zivilprozess**

#### **a. Inhalt**

Der Zivilprozess dient der Durchsetzung des materiellen Rechts, der Durchsetzung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte. Das Zivilprozessrecht hat daher im Verhältnis zum materiellen Recht eine dienende Funktion.

#### **b. Mittel der Verwirklichung**

Im Prozess ist zunächst der unter die Rechtsnormen zu subsumierende Sachverhalt festzustellen. Das Rechtsschutzziel könnte in Verabsolutierung des Wahrheitsprinzips zur Forderung führen, neue tatsächliche Erkenntnisse und neue Beweismittel jederzeit zu berücksichtigen: keine Eventualmaxime, Zulässigkeit von Noven in allen Instanzen. Die aus den Tatsachenbehauptungen abgeleitete Rechtsfolge ist vom Kläger im Rechtsbegehren zu formulieren. Die Verabsolutierung des Rechtsschutzzieles könnte zur Forderung führen, jederzeit durch Klageänderung die während des Prozesses gewonnenen Tatfragen-Erkenntnisse oder die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse durch Zeitablauf zu berücksichtigen. Die bestmögliche Feststellung der Tatsachen und die bestmögliche Findung der Rechtsfolge lässt einen starken Ausbau des Rechtsmittelsystems als wünschbar erscheinen.

#### **c. Negative Auswirkungen**

Die unbeschränkte Zulassung von Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln und die Anpassung des Rechtsbegehrens in mehreren Instanzen würde den Prozess untragbar in die Länge ziehen.

### **2. Das Rechtsfriedensziel – Der formale Zivilprozess**

#### **a. Inhalt**

Durch den Streit über materielle Rechte und Rechtsverhältnisse wird der Rechtsfrieden gestört. Von der Gesellschaft her gesehen stellt der Rechtsstreit ein soziales Übel dar, das möglichst rasch durch die Wiederherstellung des Rechtsfriedens beseitigt werden soll. Dabei steht der Anspruch der Gesellschaft auf Konfliktlösung im Vordergrund.

#### **b. Mittel zur Verwirklichung**

Förderung anderer Mittel der Konfliktlösung anstelle der urteilsmässigen Entscheidung: Vergleich als zur Herstellung des Rechtsfriedens geeignetes Mittel. Ohne Prozess versucht die in neuerer Zeit verbreitete Mediation Konflikte zu lösen: durch die zwischen den Streitparteien vermittelnden Bemühungen eines fach- und/oder rechtskundigen Mediators. Ein neuestes Mittel vereinfachter Konfliktlösung ist der Urteilsvorschlag: Die Schlichtungsbehörde in Mietsa-

chen fällt einen Entscheid, der rechtskräftig wird, wenn die unterlegene Partei nicht den Richter anruft; ruft sie ihn dagegen an, so fällt er weg. Der Bundesgesetzgeber fördert die Streiterledigung ohne Prozess dadurch, dass er den Kantonen vermehrt die Schaffung von Schlichtungsstellen nahe legt oder vorschreibt. Prozessbeschleunigung (Beschränkung der Zulassung von Tatsachenbehauptungen und Klageänderung, Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten, Gestaltung von Gerichtsorganisation und Verfahren) und Unabänderlichkeit und Dauer Geltung des Entscheides (formelle und materielle Rechtskraft) sind ebenfalls Möglichkeiten.

#### c. Negative Auswirkungen

Frustration des Einzelnen durch prozessuale Formalismen, Zunahme der Gerichts- und Staatsverdrossenheit.

### **3. Das Ziel der Beseitigung von Rechtswegbarrieren – Der soziale Zivilprozess**

#### a. Inhalt

In neuerer Zeit wird erkannt, dass die klassischen Prinzipien des Zivilprozesses - Wahrheitsfindung und Formenstrenge – nicht ausreichen. Sie bleiben irrelevant, wenn die Erstreichung des Rechtsanspruches dem Bürger aus sozialen Gründen unmöglich erscheint.

#### b. Mittel zur Verwirklichung

In Vertragsverhältnissen oder anderen Rechtslagen, in denen regelmässig die eine Partei wirtschaftlich schwächer ist als die andere, soll die schwächere Partei an ihrem eigenen Wohnsitz klagen können. Das GestG hat in dieser Hinsicht entscheidende Fortschritte gebracht. Abschluss der Prorogation und/oder der Schiedsabrede überhaupt oder zum Voraus; die Parteien sollen nicht auf ihren günstigen Wohnsitzgerichtsstand verzichten müssen. Ausbau der Rechtsauskunft bei Amtsstellen durch Schlichtungsstellen, Kostenlosigkeit einzelner Verfahren und Regelung der Kostenfolgen nach richterlichem Ermessen, Ausbau der Arbeitsgemeinschaft zwischen Richter und Parteien, Beschleunigung des Verfahrens sind weitere Möglichkeiten.

#### c. Negative Aspekte

Die Schaffung alternativer Gerichtsstände am oder in der Nähe des Wohnsitzes des Klägers schwächt die Garantiefunktion des Gerichtsstandsrechts. Eine befriedigende Lösung des Rechtsauskunftsproblems und des Kostenproblems ist kaum realisierbar. Neuerdings werden von privater Seite neue Modelle der Prozesskostenhilfe erprobt; sie sind nicht unumstritten. Die Prozessbeschleunigung ist die ewige Sorge des Gesetzgebers, der noch nie auf die Dauer gerügt werden konnte.

## **§3 C. DIE STELLUNG DES ZIVILPROZESSRECHTS IN DER RECHTSORDNUNG**

### **1. Zivilprozessrecht und Verfassung**

#### a. Kompetenzabgrenzung Bund – Kantone und Kantone unter sich

Die Verfassung eines Bundesstaates hat die Aufgabe, sowohl die Gesetzgebungshoheiten von Bund und Gliedstaaten in einem bestimmten Rechtsgebiet (BV 122 II) als auch die Justizhoheit der Gliedstaaten gegeneinander abzugrenzen (BV 30 II).

## b. Organisation der richterlichen Staatsgewalt

Zusammen mit dem Strafprozessrecht und dem verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht bildet das Zivilprozessrecht das Organisations- und Verfahrensrecht der dritten Staatsgewalt: der richterlichen. Die BV und die KV ordnen daher die Organisation und die Kompetenzen der Gerichte.

## c. Verfassungsmässige Rechte

Die BV garantiert dem Bürger in BV 30 O den verfassungsmässigen, d.h. unabhängigen Richter, in BV 30 II den Wohnsitzrichter und in BV 7 I die rechtsgleiche Behandlung im Prozess.

## **2. Öffentliches Recht**

Das ZPR (Zivilprozessrecht) ist öffentliches Recht. Es ordnet die Beziehungen der Gerichte als Staatsorgane zu den Prozessparteien und die den Parteien aus Verfahrensgründen auferlegten Lasten.

## **3. Überwiegend zwingendes Recht**

Die Parteien haben keine freie Hand in der Gestaltung des Verfahrens. Dies ist bei privaten Schiedsgerichten anders. In bestimmtem Umfang können sie aber darauf einwirken: durch Wahl des Gerichtsstands (Prorogation), durch Schiedsabrede, durch Verzicht auf oder Anerkennung von Begehren (Dispositionsmaxime) oder durch Verzicht auf Tatsachenvorbringen (Verhandlungsmaxime).

## **4. Materielles Recht – Zivilprozessrecht – Vollstreckungsrecht**

Im Zivilprozess (ZP) werden die allgemeinen Privatrechtsnormen auf den konkreten Rechtsstreit angewendet, und es wird – als Grundlage der Vollstreckung – festgestellt, was rechtens ist.

## **5. Zivilprozess und Strafprozess**

Zweck des Strafprozesses ist die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches. Das führt zu grundlegenden Verschiedenheiten des Verfahrens: Offizial- und Untersuchungsprinzip anstelle von Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Durch den Adhäsionsprozess geben die Strafprozessordnungen und LugÜ 5 Ziff. 4 dem Geschädigten die Möglichkeit, ihre Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus den strafbaren Handlungen anhangsweise im Strafprozess geltend zu machen. Massgebend ist hier auch das Opferhilfegesetz. Der Zivilrichter ist nicht an freisprechende Strafurteile (OR 53 I) und mit Bezug auf verurteilende Strafurteile nicht an deren Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens gebunden (OR 53 II).

## **6. Zivilprozess und Verwaltungs- (verwaltungsgerichtliches) Verfahren**

Zweck des Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist neben der Verwirklichung des objektiven Rechts auch die Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte. Es gilt daher die Dispositions-, für die Feststellung des Sachverhalts dagegen die Untersuchungsmaxime. Jede Instanz kann Vorfragen des öffentlichen bzw. des Privatrechts selbständig entscheiden, soweit nicht die in der Hauptsache zuständige Behörde bereits entschieden hat.

## **§4 D. DOGMATISCHE FRAGEN**

### **1. Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch**

### **2. Wann entstehen subjektive Rechte und Rechtsverhältnisse?**

## **§5 E. DAS NICHTSTREITIGE VERFAHREN (FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT)**

Im Gegensatz zum streitigen Verfahren im Zweiparteiensystem erfasst die freiwillige Gerichtsbarkeit ein ebenfalls der Rechtsverwirklichung im Privatrecht dienendes Verfahren, in welchem aber nur eine Person Antrag stellt und anzuhören ist (vgl. GestG 11).

## **§6 F. DIE HERKUNFT DES SCHWEIZERISCHEN ZIVILPROZESSRECHTS**

### **1. Allgemeines**

Anders als das schweizerische Privatrecht ist unser ZPR nicht auf schweizerischem Boden gewachsen. Es wurde vielmehr aus den in den Nachbarländern geltenden Rechten rezipiert.

### **2. Der gemeine deutsche Zivilprozess und andere deutsche Einflüsse**

### **3. Der französische Zivilprozess**

### **4. Innerschweizerische Rezeptionen**

### **5. Eigenständigkeit des heutigen schweizerischen Zivilprozessrechts**

## **§7 G. RECHTSQUELLEN UND AUSLEGUNG**

### ***I. Rechtsquellen***

#### **1. Internes Recht**

Wegen der Verteilung der Rechtsetzungskompetenz auf Bund und Kantone ist vorab zwischen Rechtsquellen des kantonalen und des Bundesrechts zu unterscheiden.

## **2. Staatsvertragsrecht**

### a. Allgemeines

Bilaterale Staatsverträge des Bundes mit einzelnen anderen Staaten regeln vorab die Fragen der Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen. Dasselbe gilt für multilaterale Verträge. Besonders wichtig ist das LugÜ.

### b. Das Lugano-Übereinkommen (LugÜ)

Das LugÜ entsprang dem Wunsch der EFTA-Staaten, an dem durch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen der EG geschaffenen Gerichtsstands- und Anerkennungsrecht teilhaben zu können, ohne der supranationalen Gerichtsbarkeit des EuGH unterstellt zu sein. Das LugÜ befindet sich in Revision. Das LugÜ regelt auch die direkte Zuständigkeit, d.h. die Zuständigkeit der inländischen Gerichte zum Entscheid in Fällen mit Auslandsberührung. Sachlich ist das LugÜ anwendbar in Zivil- und Handelssachen (LugÜ 1 I), wobei dieser Begriff vertragsautonom auszulegen ist.

## ***II. Auslegung***

### **1. Internes Recht**

#### a. Rechtsnormen (Gesetze, rechtsetzende Konkordate)

Das Bundesgericht lässt sich bei der Auslegung prozessualer Normen des Bundesrecht immer wieder von folgenden Grundsätzen leiten: Anzuwenden ist ein pragmatischer Methodenpluralismus mit grammatikalischem, historischem, teleologischem und systematischem Element. Rechtsetzende Konkordate sind wie Gesetze auszulegen. Wegen des Vorranges des Bundesrechts ist kantonales Recht in einem Sinn auszulegen, welcher die Verwirklichung des Bundesprivatrechts auf einfachstem Wege ermöglicht.

#### b. Prozesshandlungen der Parteien und des Gerichts: Rechtsbegehren und Urteile

Prozesshandlungen sowohl der Parteien wie des Gerichts sind nicht bloss nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem Sinn und Gehalt auszulegen, zu deren Ermittlung die Begründung des Rechtsbegehrens und die Erwägungen des Urteils heranzuziehen sind. Dabei handelt es sich auch bei den Rechtsbegehren um eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben.

## **2. Lugano-Übereinkommen**

Hier wird die Rechtsprechung des EuGH als massgeblich betrachtet.

## ***§8 H. RÄUMLICHER GELTUNGSBEREICH: INTERNATIONALES UND INTERKANTONALES ZIVILPROZESSRECHT***

### ***I. Begriff und Rechtsquellen***

## **1. Begriff**

Der Geltungsbereich staatlicher Rechtsnormen ist auf das Territorium des sie erlassenden Hoheitsträgers beschränkt: kantonales Recht auf das Gebiet des Kantons, Bundesrecht auf das Gebiet der Schweiz. Bei Sachverhalten, die diese Grenzen überschreiten, muss entschieden werden, welches Recht massgebend ist; die Gesamtheit der Normen mit diesem Regelungsgegenstand ist das Internationale Zivilprozessrecht (IZPR) bzw. das Interkantonale Zivilprozessrecht.

## **2. Rechtsquellen**

In der Schweiz ist das IPRG massgeblich. Für das interkantonale Verhältnis sind kantonale Erlasse massgeblich, aber auch die BV: Art. 30 II, 122 II, GestG 37.

## ***II. Anwendbares Recht***

### **a. Verfahren: lex fori**

Nach klassischer Auffassung und ungeschriebenem Recht bestimmt sich das gerichtliche Verfahren nach dem Recht des angerufenen Richters. Das gilt heute mindestens noch für die Regeln des Verfahrensablaufs.

### **b. Sachrechtliche Verfahrensfragen: lex causae**

Für alle Fragen, die sich aus dem materiellen Recht ergeben oder eng mit ihm zusammenhängen, ist dagegen auf das nach den Kollisionsregeln auf die Sache oder auf die spezielle Frage anzuwendende nationale Recht abzustellen.

## ***III. Qualifikation***

Bei der Anwendung der Regeln des IZPR müssen die ihm zu unterstellenden Sachverhalte begrifflich bestimmt werden. Weil diese Normen meistens nicht selbst eine Begriffsbestimmung enthalten, ist auf eine bestimmte Rechtsordnung zurückzugreifen. Die Qualifikation *lege fori* steht dabei im Vordergrund.

## ***IV. Integrierte Darstellung***

Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht werden in diesem Grundriss integriert dargestellt, d-h- jeweils beim entsprechenden Sachgebiet des nationalen Rechts.

## ***§9 I. ZEITLICHER GELTUNGSBEREICH: INTERTEMPORALES ZIVILPROZESSRECHT***

### ***I. Grundsatz: Sofortige Anwendbarkeit neuen Rechts***

Neue Verfahrensregeln sollen grundsätzlich auch für bereits hängige Verfahren anwendbar sein. Diesem Grundsatz folgt das IPRG in Art. 196 II.

## **II. Ausnahmen**

### **1. Zuständigkeit bleibt erhalten**

Für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bereits hängigen Prozesse beurteilt sich die Zuständigkeit nach bisherigem Recht. Die Lösung entspricht der Prozessökonomie, indem sich kein neues Gericht in den Prozess einarbeiten muss.

### **2. Zulässigkeit von Rechtsmitteln**

Sie beurteilt sich richtigerweise nach dem im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils geltenden Recht.

### **3. Anwendung bisherigen Verfahrensrechts**

Vielfach folgen die Übergangsbestimmungen der Prozessgesetzes nicht dem aus sachlichen Gründen vorzuziehenden Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit des neuen Rechts, sondern legen vielmehr fest, im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängige Verfahren seien nach bisherigem Recht weiterzuführen.

## **2. Kapitel: Bundesrecht und kantonales Recht**

### **§10 A. ZIVILPROZESSRECHT WAR EINMAL KANTONALES RECHT**

#### **1. Verfassungsmässige Kompetenzausscheidung**

Nach **BV 122 II** verbleiben die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung wie bis anhin den Kantonen. **BV 122 I** erklärt neu die Gesetzgebung auf dem Gebiet des ZPR als Sache des Bundes.

#### **2. Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht**

Die verfassungsmässige Kompetenzausscheidung tönt einfacher, als sie in der Durchführung ist. Nicht leicht fällt insbesondere die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht bei den einzelnen Instituten. Nach gebräuchlicher Umschreibung ordnet das Privatrecht die Entstehung, die Veränderung, den Untergang und den Inhalt von Rechten und Rechtsverhältnissen zwischen gleichgeordneten Personen. Das ZPR hat dagegen Organisation und Aufgabenkreis der Zivilgerichte und ihr Verfahren zum Gegenstand. Bei Zweifelsfällen hat die Zuordnung so zu erfolgen, dass geprüft wird, ob bei der gegebenen rechtlichen Fragestellung die prozessuale oder die materiellrechtliche Seite eines Instituts im Vordergrund steht.

#### **3. Eingriffe des Bundesrechts ins kantonale Prozessrecht**

Die zahlreichen Eingriffe des Bundesrechts ins kantonale Prozessrecht beruhen auf der bundesstaatlich bedingten Abgrenzung der kantonalen Gerichtsbarkeiten gegeneinander; der Pflicht des Bundes, die Anwendung und Durchsetzung des Bundesprivatrechts sicherzustellen; den verfassungsmässigen Rechten.

## **§11 B. ABGRENZUNG DER KANTONALEN GERICHTSBARKEITEN**

### **1. Art. 30 Abs. 2 BV/Art. 59 Abs. 1 aBV**

**BV 30 II** bezeichnet nur den Kanton, dessen Gerichte zuständig sind. Der Beklagte erhält somit nur die verfassungsmässige Garantie, nicht vor einem – durch einen kantonalen Rechtsatz bestimmten – ausserkantonalen Gericht belangt werden zu können. Wird er dagegen gestützt auf eine bundesrechtliche oder staatsvertragliche Gerichtsstandsnorm in einem anderen Kanton belangt, so kann er sich nicht auf **BV 30 II** berufen. **BV 30 II** hat seinen Gehalt als verfassungsmässiges Recht im Bereich der Bundeszivilsachen mit Inkrafttreten des GestG in Zusammenhang mit **BV 191** weitgehend verloren; anders wenn sich die Zivilklage auf kantonales Recht stützt.

### **2. Entscheidung von Kompetenzkonflikten**

Ein Kompetenzkonflikt liegt sowohl dann vor, wenn ein unzuständiges Gericht entscheidet, wie auch dann, wenn ein zuständiges Gericht die Entscheidung ablehnt. Dabei genügt ein virtueller Kompetenzkonflikt, d.h. die Bejahung oder Verneinung der Zuständigkeit durch einen Kanton im Widerspruch zum Gerichtsstandsrecht eines andern Kantons. Das Bundesgericht prüft solche Kompetenzkonflikte mit freier Kognition, weil es sich um die dem Bund zufallende Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten handelt.

## **§12 C. SICHERUNG DER ANWENDUNG DES BUNDESPRIVATRECHTS**

Aufgabe des Bundes ist es, dafür zu sorgen, dass das materielle Bundesrecht nicht wegen Vorschriften des kantonalen Prozessrechts wirkungslos bleibt oder nicht durchgesetzt werden kann. Dies geschieht einerseits durch prozessuale Vorschriften des Bundesrechts, andererseits durch Feststellungen von Lehre und Rechtsprechung darüber, welche prozessualen Fragen durch das Bundesrecht entschieden würden.

### **1. Zivilprozessuale Vorschriften des Bundesrechts (Auswahl)**

#### a. Gerichtsstandsvorschriften

Die binnenrechtlichen Zuständigkeitsregeln des Bundesrechts sind im GestG, die euronationalen im LugÜ und die internationalen im IPRG geregelt.

#### b. Ausschluss der (zum Voraus erfolgten) Prorogation oder Schiedsabrede

#### c. Vorsorgliche Massnahmen

#### d. Beweisrecht

#### e. Untersuchungsmaxime

#### f. Einfaches und rasches Verfahren

g. Kostenlosigkeit des Verfahrens

h. Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Ermessen

## 2. Vom Bundesrecht bestimmte prozessuale Fragen

a. Umfang des Rechtsschutzanspruches

Soweit private Rechte und Rechtsverhältnisse im Bundesrecht begründet sind, muss sich auch nach Bundesrecht entscheiden, ob und mit welchen Rechtsbehelfen Rechtsschutz zu gewähren sei. Dazu kann u.U. auch ungeschriebenes Bundesrecht herangezogen werden. Das ist für die Leistungsklagen und die Gestaltungs-klagen unbestritten. Schwer tut sich das Bundesgericht hingegen mit der Anerkennung der bundesrechtlichen Natur der Feststellungsklage und der vorsorglichen Massnahmen. Bei den vorsorglichen Massnahmen vertritt es eine dualistische Auffassung: Massnahmen zur blossen Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes werden durch das kantonale Recht bestimmt; Massnahmen, die für die Prozessdauer subjektive Rechte zu- oder aberkennen, bedürfen einer Grundlage im Bundesrecht.

b. Fehlendes Rechtsschutzinteresse wegen Rechtshängigkeit oder materieller Rechtskraft

Bestimmt das Bundesrecht für die in ihm begründeten Rechte den Rechtsschutzanspruch, so muss es auch bestimmen, wann das Rechtsschutzinteresse entfällt. Dieses fehlt insbesondere bei Rechtshängigkeit und materieller Rechtskraft. Naturgemäss sollte das Bundesrecht auch beurteilen, ob das Fehlen des Rechtsschutzinteresses durch das Gericht von Amtes wegen oder nur auf Einrede hin zu berücksichtigen ist. Weil es sich dabei um eine bundesrechtliche Prozessvoraussetzung handelt, ist sie auch in den Kantonen von Amtes wegen zu prüfen. Dies gilt auch im grenzüberschreitenden Prozess (IPRG 9 I, LugÜ 21).

c. Bundesrechtliche Normen von allgemeiner Tragweite

Eine neuere Tendenz des Bundesgerichtes besteht darin, Normen des Bundesprozessrechts als solche von allgemeiner Tragweite zu deklarieren in der Meinung, dass sie an die Stelle fehlender oder ungenügender prozessualer Regeln des kantonalen Rechts treten (z.B. Fristenwahrung bei Eingaben am falschen Ort; OG 32 IV).

## 3. Kritik: Aushöhlung des kantonalen Kompetenzbereichs?

a. Unglückliche Aufteilung der Gesetzgebungshoheiten

Die kantonalrechtliche Prozesshoheit ist eine unglückliche Eigenart des schweizerischen Bundesstaatsrechts und nur historisch zu erklären, nicht aber sachlich zu rechtfertigen. Sie wurde nun mit BV 122 II beseitigt, jedoch wird der Vollzug auf Gesetzesstufe noch viele Jahre benötigen.

b. Ausbau des sozialen Zivilprozesses

Die Ziele des sozialen Zivilprozesses werden in der Schweiz hauptsächlich durch den Bund wahrgenommen.

## 4. Weitere Kritik: Vertikale Rechtszersplitterung

Das schweizerische ZPR zeichnet sich wegen seiner Zuordnung zum kantonalen Kompetenzbereich primär durch eine starke horizontale Rechtszersplitterung aus: Der Rechtsuchende hat in jedem Kanton ein anderes Verfahrensrecht zu beachten. Die Eingriffe des Bundesgesetzge-

bers und die von ihm abgeschlossenen Staatsverträge bringen zusätzlich eine vertikale Rechtszersplitterung mit sich: Der Rechtsuchende sieht sich für jede Verfahrensfrage vor das Problem gestellt, ob sie durch kantonales, durch Bundesrecht oder durch Völkerrecht entschieden sein.

## **§13 D. EINGRIFF INS KANTONALE PROZESSRECHT ÜBER VERFASSUNGSMÄSSIGE RECHTE**

### **1. Allgemeines**

Dem Bürger werden durch die Verfassung Verfahrens-Grundrechte gewährleistet (BV 8 I, 30 I, 27, 94). Diese dienen als Minimalgarantien. Das Bundesgericht prüft bei StaBe den angefochtenen Entscheid zweistufig: Die Anwendung der Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts prüft es nur auf Willkür; darüber hinaus legt es dann jedoch den Massstab der Minimalgarantien der BV an die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts und prüft, ob sie diesen genügen. Diese Prüfung erfolgt in rechtlicher Hinsicht frei.

### **2. Rechtsgleichheit: BV 8 I, 9, 29 I (aBV 4)**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheidet zwischen formeller und materieller Rechtsverweigerung. Materielle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn der Entscheid in der Sache willkürlich ist. Willkür ist dabei zu bejahen, wenn der kantonale Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderläuft. Formelle Rechtsverweigerung besteht dagegen in einer schweren Verletzung verfahrensrechtlicher Grundsätze. Mit seiner Rechtsprechung zur formellen Rechtsverweigerung greift das Bundesgericht korrigierend ins kantonale Verfahrensrecht ein. Dabei haben sich die folgenden Hauptfälle ergeben:

#### **a. Überspitzter Formalismus**

Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften übertriebene Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt.

#### **b. Anspruch auf rechtliches Gehör**

BV 29 II; vgl. hinten.

#### **c. Unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlicher Rechtsvertreter**

BV 29 III; vgl. hinten.

### **3. Verfassungsmässiger Richter: BV 30 I**

#### **a. Der zum Entscheid berufene Richter wird durch Rechtssatz bestimmt**

Der verfassungsmässige Richter ist der nach den geltenden Gesetzen und Verordnungen für die fragliche Streitsache allgemein zuständige.

b. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters

**BV 30 I** ist mit **EMRK 6 Ziff. 1** inhaltlich deckungsgleich. Der Anspruch wird zunächst durch die kantonalen Regeln über den Ausstand und die Ablehnung von Gerichtspersonen konkretisiert. Auf zweiter Stufe prüft das Bundesgericht direkt gestützt auf **BV 30 I**, ob subjektive oder objektive Befangenheit vorliegt. Und dabei greift es dann u.U. in die kantonalen Ausstandsregeln und in die kantonale Gerichtsorganisation ein.

#### **4. Bundesrecht bricht kantonales Recht: BV 49 I**

Das Bundesgericht betrachtet auch den Grundsatz Bundesrecht bricht kantonales Recht (**BV 49 I**) als verfassungsmässiges Recht. Grundsätzlich ist die Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts in Angelegenheiten des Bundeszivilrechts mit Berufung oder zivilrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen.

### **§14 E. RECHTSHILFE**

#### **1. Im Binnenverhältnis**

Rechtskräftige Zivilurteile sind in der ganzen Schweiz vollstreckbar. Da die Vollstreckung von Forderungen auf Geldzahlung oder Sicherstellung durch das SchKG geregelt ist, hat das kantonale Vollstreckungsrecht nur noch für die Vollziehung von Urteilen auf andere Leistungen Bedeutung. Urteilen aus anderen Kantonen ist die materielle Rechtskraft gewährleistet. Es besteht die konkludente Pflicht der Kantone, einander die zur Ausübung der Zivilrechtspflege nötige Rechtshilfe zu gewähren. Zu beachten ist auch das Konkordat über die gegenseitige Rechtshilfe in Zivilsache, dem alle Kantone beigetreten sind.

#### **2. Im internationalen Verhältnis**

Die Rechtshilfe im internationalen Verhältnis richtet sich in erster Linie nach den vom Bund abgeschlossenen multilateralen und bilateralen Staatsverträgen. Ansonsten ist das IPRG massgebend.

### **§15 F. KONKORDATE UND RECHTSVEREINHEITLICHUNG**

#### **1. Konkordate im Gebiet des Zivilprozessrechts**

#### **2. Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung**

### **3. Kapitel: Die Gerichtsorganisation**

#### **§16 A. DIE GERICHTE IM ALLGEMEINEN**

## **1. Begriff und Aufgabe**

Gericht ist die Bezeichnung, unter welcher einer Einzelperson oder einer Personengruppe ein Aufgabenkreis auf dem Gebiete der Rechtsprechung übertragen wird und unter welchem diese Personen als Staatsorgane die ihnen übertragene Rechtsprechung ausüben. Schiedsgerichte sind zwar keine Staatsorgane, sondern von Privaten zum Entscheid eines Rechtsstreites berufene Personen ihres Vertrauens. Verbindliche Entscheide können sie aber nur kraft gesetzlicher Ermächtigung fällen. Sie üben daher ebenfalls hoheitliche Funktionen aus. Die Gerichte sind in einem beschränkten Aufgabenbereich tätig, der umschrieben wird: territorial, sachlich. Als Verwaltungskörper versteht man unter Gericht die Gesamtheit einer Rechtspflegeinstanz, bestehend aus allen Richtern, Gerichtsschreibern, Kanzlisten, Weibern. Als Spruchbehörde versteht man unter Gericht das urteilende Gericht: die Gerichtsabteilung oder Gerichtskammer, den Einzelrichter.

## **2. Ausgestaltung der Gerichtsorganisation**

### **a. Kollegialgericht – Einzelrichter**

Regelmässig entscheidet in der Schweiz ein Kollegialgericht aus drei bis sieben Mitgliedern als Spruchbehörde. Für die kleinere Gerichtsbarkeit (Prozesse mit niedrigem Streitwert, summarisches und beschleunigtes Verfahren) wird meist ein Einzelrichter eingesetzt.

### **b. Ordentliche Gerichte – Sondergerichte**

Ordentliche Gerichte haben alle Streitigkeiten zu behandeln, welche nicht in die Zuständigkeit eines Sondergerichtes fallen. Beispiele: Bezirks- oder Amtsgericht, Ober- oder Kantonsgericht. Sondergerichte sind dagegen nur für einen beschränkten Sachbereich zuständig, z.B. das Arbeitsgericht. Sondergerichte sind keine Ausnahmegerichte!

### **c. Präsident – Referent – Beisitzer**

Sowohl dem Präsidenten des Gesamtgerichtes als demjenigen der Spruchbehörde obliegt die Geschäftsführung: Zuteilung der Prozesse, Überwachung des Geschäftsganges. Dem Letzteren obliegt zudem die Leitung des schriftlichen Verfahrens und der mündlichen Verhandlungen. Verschiedene Gerichte kennen das Referentensystem: Der einzelne Prozess wird einem Mitglied als Referenten oder Instruktionsrichter zugewiesen, der für die jeweiligen Verfahrensschritte Anträge stellt.

### **d. Gerichtsschreiber – Kanzlei**

Der Gerichtsschreiber ist Protokollführer und als solcher Urkundsperson: Sein Protokoll bildet Beweis. Er hat die Aufgabe, Beschlüsse und Endentscheide zu formulieren und zu begründen. Dem Gerichtsschreiber untersteht die Kanzlei, welche Vorladungen zustellt, Verfügungen und Entscheide ausfertigt und das Rechnungswesen besorgt.

## **§17 B. DIE UNABHÄNGIGKEIT DER GERICHTE**

### **1. Unabhängigkeit von anderen Staatsgewalten**

Aus der Gewaltenteilung folgt, dass die Gerichte in ihrer richterlichen Tätigkeit von der gesetzgebenden und der administrativen Gewalt unabhängig sind. Den Parlamenten steht jedoch die Oberaufsicht über die Rechtspflege zu. Sie umfasst aber nicht die Rechtsprechung, son-

dem die allgemeine Amtsführung, die Geschäftserledigung und die Justizverwaltung. Aus diesem Grund sind dem Parlament Rechenschaftsberichte vorzulegen.

## **2. Unabhängigkeit von anderen Gerichten**

Auch über- und untergeordnete Gerichte sind in der Rechtsprechung voneinander unabhängig. Ein oberes kantonales Gericht hat kein Weisungsrecht gegenüber den unteren Instanzen in Fragen der Rechtsprechung. Umgekehrt gibt es auch keine Einfrage der unteren bei der oberen Instanz, wie zu entscheiden sei. Präjudizien müssen nicht beachtet werden. Weist jedoch eine obere Instanz den Prozess an die untere zurück, damit diese auf Grund rechtlicher Erwägungen den Sachverhalt zu ergänzen und neu zu entscheiden habe, so ist die untere Instanz an die rechtliche Beurteilung durch die obere gebunden.

## **3. Unabhängigkeit des einzelnen Richters**

Die Gesetze enthalten etwa Bestimmungen, welche die Unabhängigkeit des Richters von wirtschaftlichen Bindungen oder Interessenverbänden bezwecken.

# **§18 C. DAS AMT DES RICHTERS**

## **1. Wahl der Richter**

Die Richterwahlen sind in der Schweiz politische Wahlen. Wahlorgan ist entweder die Aktivbürgerschaft des Wahlkreises oder das Parlament oder ein Gericht oder ein anderes Wahlkollegium. Wählbarkeitsbedingung ist das Aktivbürgerrecht. Fachliche Voraussetzungen werden im Allgemeinen nicht verlangt. Das Laienrichtertum ist in der Schweiz tief verwurzelt und weit verbreitet, vorab in den unteren Instanzen. Es ist jedoch zusehends überfordert. Meist sind die Richterwahlen Majorzwahlen. Sowohl in der Volkswahl wie in der Wahl durch das Parlament wird aber vielfach freiwilliger Proporz geübt, d.h. die politischen Parteien einigen sich auf einen der politischen Stärke entsprechenden Verteilungsschlüssel. In der Schweiz werden keine Richter auf Lebenszeit oder bis zur Erreichung einer Altersgrenze gewählt.

## **2. Ausstand der Richter und Justizbeamten**

Richter und Justizbeamte (Gerichtsschreiber) dürfen im einzelnen Fall nicht tätig werden, wenn ihre Unparteilichkeit in Frage gestellt ist. Man unterscheidet:

### **a. Ausschlussgründe (iudex inhabilis)**

Es handelt sich um Umstände, bei deren Vorliegen der Justizbeamte ohne weitere Voraussetzung (ohne Ablehnung) den Ausstand beobachten muss (z.B. Verwandtschaft).

### **b. Ablehnungsgründe (iudex suspectus)**

Bei Vorliegen eines Ablehnungsgrundes kann der Justizbeamte und auch ein Gutachter abgelehnt werden oder selbst den Ausstand verlangen. Jedenfalls hat er den Umstand anzuzeigen (z.B. Freundschaft). Wird der Beamte nach gehöriger Anzeige des Ablehnungsgrundes nicht abgelehnt oder wird ein Ablehnungsbegehren abgewiesen, so kann er gültig tätig sein.

### **3. Verantwortlichkeit des Richters**

Disziplinarisch können Amtspflichtverletzungen je nach dem anwendbaren Recht mit Disziplinarstrafen geahndet werden. Strafrechtlich hat der Richter für strafbare Handlungen im Amt einzustehen. Haftungsrechtlich kann die Verantwortung abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des OR geregelt werden.

## **§19 D. DIE ZIVILRECHTSPFLEGE DES BUNDESGERICHTES**

### **1. Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes in zivilrechtlichen Streitigkeiten**

Das Bundesgericht als ständiges Gericht hat u.a. die Aufgabe und Befugnisse zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts (BV 49 II, 188).

a. Als einzige Instanz in sog. Direktprozessen

Die Teilrevision des OG zur Entlastung des Bundesgerichts vom 23. Juni 2000 schränkte die Direktprozesse erheblich ein (vgl. OG 41).

b. Als Rechtsmittelinstanz

Berufung (OG 43 ff.) und bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde (OG 68 ff.) sind möglich.

### **2. Organisation des Bundesgerichtes**

a. Allgemein

Das Bundesgericht (zurzeit 30 Mitglieder) gliedert sich in zwei öffentlichrechtliche Abteilungen, zwei Zivilabteilungen, die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer und den Kassationshof (Strafrechtspflege zusammen mit Anklagekammer, Kriminalkammer und Bundesstrafgericht).

b. Zivilrechtspflege

Die I. Zivilabteilung behandelt die Prozesse aus dem OR und dem gewerblichen Rechtsschutz, die II. Zivilabteilung jene aus dem ZZGB, dem VVG und dem SchKG.

## **§20 E. DIE KANTONALE GERICHTSORGANISATION**

### **I. Ordentliche Gerichte**

Die Organisation der Gerichte ist von Kanton zu Kanton verschieden, und die Organisationsformen sind sehr vielfältig. Bestimmungsgründe der unterschiedlichen Organisationsformen sind zum Beispiel:

#### **1. Kantonsgrösse, Bevölkerungszahl**

Kleine Kantone sind z.T. nicht in Gerichtsbezirke unterteilt. In grösseren Kantonen sind die erstinstanzlichen ordentlichen Gerichte bezirksweise gegliedert: Bezirksgerichte, Amtsgerichte

te. In bevölkerungsreichen Kantonen überwiegt der vollamtliche, juristisch ausgebildete Richter, in kleineren Kantonen der nebenamtliche Laienrichter.

## **2. Einzelrichter – Kollegium**

Das erstinstanzliche Gericht ist in der Regel ein Kollegialgericht. Im Übrigen werden kleinere Prozesse einem Einzelrichter übertragen. Verschiedene Kantone schalten zwischen den Gerichtspräsidenten als Einzelrichter und das Kollegialgericht für Prozesse mit mittlerem Streitwert einen Gerichtsausschuss ein.

## **3. Ausgestaltung der Weiterzugsmöglichkeiten**

### **a. Instanzen mit endgültiger Kognition**

Für Bagatellfälle und Prozesse mit relativ geringem Streitwert werden oft endgültig zuständige Gerichte bestimmt. Gegen Urteile in diesem Kompetenzbereich sind nur ausserordentliche Rechtsmittel gegeben.

### **b. Eine oder zwei kantonale Instanzen**

In den meisten Kantonen urteilt über alle Zivilprozesse mit höherem Streitwert eine erste kantonale Instanz. Deren Urteil kann mit einem ordentlichen Rechtsmittel an eine zweite Instanz weitergezogen werden.

### **c. Kassationsbeschwerde gegen das obere kantonale Gericht**

Grobe verfahrensrechtliche Fehler des oberen kantonalen Gerichts können in mehreren Kantonen mit einer Kassationsbeschwerde gerügt werden, für welche im Allgemeinen wieder das obere kantonale Gericht in anderer Zusammensetzung zuständig ist.

## **II. Sondergerichte**

### **1. Gründe für die Bildung von Sondergerichten**

- Möglichkeit des Einsatzes von sachverständigen Fachrichtern
- Grösseres Vertrauen der Parteien in das Sachverständnis des Fachrichters
- Interessenausgleich durch paritätische Vertretung der Interessengruppen
- Raschere Prozesserledigung
- Entfallen von Expertisen

### **2. Arten von Sondergerichten**

#### **a. Arbeits-/Gewerbegerichte (Conseils des prud'hommes)**

ZH, BE, LU, FR, SO, BS, AG, VD, VS, NE, GE.

#### **b. Handelsgerichte**

ZH, BE, AG, SG. Ihre Zuständigkeit wird bestimmt durch: den HR-Eintrag einer oder beider Parteien; die Zugehörigkeit des streitigen Geschäftes zu Handel oder Gewerbe einer Partei; einen bestimmten Mindeststreitwert.

c. Mietgerichte  
ZH, FR, VD, GE.

d. Weitere Sondergerichte  
Rheinschifffahrtsgericht (BS), für dingliche Streitsachen über Grundstücke (AI).

## **4. Kapitel: Die Zuständigkeit der Gerichte**

### **§21 A. FUNKTION, BEGRIFF UND ARTEN DER ZUSTÄNDIGKEITSREGELN**

#### **1. Funktion der Zuständigkeitsregeln**

Die Regeln über die Zuständigkeit der Gerichte haben eine mehrfache Funktion: Von der Gerichtsorganisation her gesehen umschreiben sie die Aufgabenkreise der Gerichte. Vom Rechtssuchenden her betrachtet bestimmen die Zuständigkeitsregeln das Gericht, an welches er für eine bestimmte Streitsache zu gelangen hat. Vom Beklagten her betrachtet haben die Zuständigkeitsregeln eine Schutzfunktion: Er muss sich nicht vor irgendwelchen, sondern nur vor denjenigen Gerichten verantworten, deren Zuständigkeit gegeben ist.

#### **2. Begriff**

Zuständig ist ein Gericht, wenn es in einer bestimmten Streitsache entscheiden darf und muss. Nur Entscheide eines sachlich unzuständigen Richters sind absolut nichtig.

#### **3. Arten der Zuständigkeit**

##### a. Die örtliche Zuständigkeit

Sie scheidet die Aufgabenkreise territorial, sowohl im Kanton, im interkantonalen (GestG) als auch im internationalen Verhältnis (IPRG, LugÜ, Staatsverträge).

##### b. Die sachliche Zuständigkeit

Sie scheidet die Aufgabenkreise der an einem Ort vorhandenen mehreren erstinstanzlichen Gerichte. Nach der Natur der Streitsache bestimmt sich, welcher Richter den Prozess behandeln muss: der Einzelrichter oder das Kollegialgericht, das ordentliche Gericht oder ein Sondergericht.

##### c. Die funktionelle Zuständigkeit

Sie scheidet die Aufgabenkreise der über- und untergeordneten Gerichte (Instanzenzug).

#### **4. Arten von Gerichtsständen**

Gerichtsstand ist Synonym für örtliche Zuständigkeit.

##### a. Allgemeiner und besonderer Gerichtsstand

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person ist derjenige Ort, an welchem sie mit jeder Klage belangt werden kann (Wohnsitz, Sitz), sofern nicht ein besonderer Gerichtsstand gegeben ist.

#### b. Ausschliesslicher, zwingender und teilzwingender Gerichtsstand

Als ausschliesslich bezeichnet man einen Gerichtsstand (oder mehrere), neben welchem kein anderer Gerichtsstand gegeben ist. Dieser Begriff ist veraltet und bewusst nicht ins GestG übernommen worden. Zwingend sind jene Gerichtsstandsbestimmungen, welche eine Prorogation nicht zulassen. Es finden sich neuerdings auch häufig Gerichtsstandsnormen, die eine zum Voraus vereinbarte Prorogation (bei Vertragsschluss) verbieten, sie nach Entstehung des Streites aber zulassen. Solche Gerichtsstandsnormen sind also teilzwingend. Ob ein Gerichtsstand zwingend ist, kann sich entweder aus einer ausdrücklichen Norm ergeben oder muss durch Auslegung ermittelt werden.

#### c. Gesetzlicher und vereinbarter Gerichtsstand

Sind die anwendbaren Gerichtsstandsvorschriften nicht zwingend und auch nicht teilzwingend, so können die Parteien einen Gerichtsstand vereinbaren, bzw. der Beklagte kann ihn durch vorbehaltlose Einlassung begründen (vgl. **GestG 10**). Dieser ist grundsätzlich ausschliesslich (**GestG 9 I; IPRG 5 I, LugÜ 17 I**).

### **5. Bundesrechtliche – kantonale rechtliche Gerichtsstandsnormen**

Das Bundesrecht und die kantonalen Prozessrechte knüpfen oft Gerichtsstandsnormen an gleiche oder ähnliche Sachverhalte an. Sie unterscheiden sich voneinander zum Teil nach den Voraussetzungen, jedenfalls aber im Geltungsbereich. Praktisch bedeutsam sind die unterschiedlichen Rechtsmöglichkeiten, je nachdem, ob Verletzung einer bundesrechtlichen oder einer kantonale rechtlichen Gerichtsstandsnorm geltend gemacht wird; mit dem Inkrafttreten des GestG ist dieses Problem zu einem erheblichen Teil bedeutungslos geworden.

### **6. Kein forum non conveniens**

Die forum non conveniens – Doktrin, die i angelsächsischen Rechtskreis verbreitet ist, gestattet es, dass ein nach den Gerichtsstandsregeln zulässiges Gericht sich unter Berücksichtigung irgendwelcher Einzelheiten des Falles als nicht geeignet bezeichnet. Dergleichen ist dem kontinentaleuropäischen Recht unbekannt.

### **7. Forum shopping, forum running**

Mit forum shopping bezeichnet man die Möglichkeit, unter mehreren intern oder international zur Verfügung stehenden Gerichtsständen auszuwählen. Diese Möglichkeit kann einer oder beiden Parteien (Gerichtsstandsvereinbarungen) offen stehen. Problematischer ist das forum running, d.h. der Wettlauf zwischen den Parteien um das für jede günstigste forum.

## **§22 B. DIE ÖRTLICHE ZUSTÄNDIGKEIT**

### ***I. Der allgemeine Gerichtsstand***

#### **1. Die alte Regel actor sequitur forum rei und die neuere Rechtsentwicklung**

Schon im römischen Recht galt der Grundsatz, dass der Kläger den Beklagten vor dessen Gericht zu suchen hat: actor sequitur forum rei. In dieser Regel kristallisiert sich die Schutz- oder

Garantiefunktion des Gerichtsstandsrechtes für den Beklagten. Sie hat allerdings mit dem GestG starke Einbrüche erlitten. Ausnahmen von dieser Regel sind gegeben, wenn ein anderes Anknüpfungskriterium als die Person des Beklagten Vorrang hat. Weil der Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten für den Kläger eine Rechtswegbarriere darstellen kann, gelangte der Bundesgesetzgeber immer häufiger dazu, bundesrechtliche Gerichtsstände am Wohnsitz des Klägers (mindestens alternativ) zu schaffen. Diese Entwicklung entspricht der Zielrichtung des sozialen Zivilprozesses. Dasselbe gilt im Rahmen des LugÜ (trotz **LugÜ 2 I**).

## **2. Die Normen über den allgemeinen Gerichtsstand**

**IPRG 2, LugÜ 2, GestG 3 f.**

a. Natürliche Personen: Wohnsitz, evtl. Aufenthaltsort

Der Wohnsitzbegriff bestimmt sich aus: ZGB (**GestG 3 II**), **IPRG 20 I lit. a, LugÜ 52 I i.V.m. IPRG 20**. Zur Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes: **GestG 4 II, IPRG 20 I lit. b**.

b. Juristische Personen und Gesellschaften: Sitz

Im Binnenrecht gilt **ZGB 52 i.V.m. ZGB 56**. International ist **IPRG 150 I i.V.m. IPRG 21 II** bzw. **LugÜ 53 I** massgebend.

c. Notzuständigkeit für internationale Verhältnisse

Im internationalen Verhältnis (**IPRG 1**) besteht nach **IPRG 3** eine allgemeine Notzuständigkeit am Ort, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Zusammenhang aufweist, wenn das IPRG keine Zuständigkeit in der Schweiz vorsieht, und ein Verfahren im Ausland nicht möglich oder unzumutbar ist.

## **3. Die interkantonale Gerichtsstandsgarantie von BV 30 II**

Die Vorschrift dient der Abgrenzung der kantonalen Justizhoheiten gegeneinander.

# ***II. Die Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens***

## **1. Persönlicher Geltungsbereich**

a. Regel: Wohnsitz des Beklagten in einem Vertragsstaat

Grundsätzlich sind die Zuständigkeitsvorschriften des LugÜ anwendbar, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat. Wohnsitz bzw. Sitz im Gerichtsstaat bestimmen sich dabei nach LugÜ 52 f., d.h. wegen der dortigen Verweise nach dem Sachrecht bzw. IPR des Forumsstaates. Die drei Grundregeln für die Anwendbarkeit des LugÜ sind in **LugÜ 2 – 4** enthalten: Liegt der Wohnsitz des Beklagten im Gerichtsstaat, so ist er grundsätzlich dort zu verklagen. Vor den Gerichten eines anderen Vertragsstaates kann der Beklagte mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat nur gemäss den Vorschriften von **LugÜ 5 – 18** verklagt werden. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates, so bestimmt sich die Zuständigkeit nach innerstaatlichem Recht.

b. Ausnahmen: LugÜ 16 und 17

Die zwingenden Gerichtsstände gemäss LugÜ 16 gelten ohne Rücksicht auf den Wohnsitz. Für die Anwendbarkeit von LugÜ 17 auf Gerichtsstandsvereinbarungen genügt es, dass mindestens eine Partei ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat.

## 2. Abschliessende Ordnung des Gerichtsstandsrechts

Das LugÜ lässt keine Lücke offen und gestattet keinen Rückgriff auf Landesrecht. Fällt also eine Klage in den Anwendungsbereich des LugÜ, so bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit abschliessend nach dessen Bestimmungen. Bestimmt das LugÜ indessen nur die internationale Zuständigkeit, so bestimmt sich nach dessen internem Recht, welches Gericht örtlich zuständig ist.

## 3. Überblick über die Gerichtsstände des LugÜ

### III. Die besonderen Gerichtsstände

Die besonderen Gerichtsstände knüpfen an andere Kriterien als den Wohnsitz des Beklagten an.

#### 1. Wohnsitz des Klägers

GestG 3, 12, 22 I lit. a, 25

IPRG 114 I lit. a, 115 II, LugÜ 5 Ziff. 2, 8 I Ziff. 2, 14 I.

#### 2. Erfüllungsort

##### a. Bedeutung

Das IPRG schuf den Gerichtsstand am Erfüllungsort nur gegenüber dem Beklagten ohne Wohnsitz in der Schweiz (**IPRG 113**). Erst mit dem LugÜ erlangte der Gerichtsstand am Erfüllungsort allgemeine Bedeutung im Sinne der grundsätzlichen Geltung auch gegen den Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz.

##### b. Der Gerichtsstand am Vertragserfüllungsort nach LugÜ 5 Nr. 1

Eine Person mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat kann, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, in einem andern Vertragsstaat vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre (**LugÜ 5 Ziff. 1**). Nicht nur die Zweckmässigkeit eines solchen Gerichtsstandes, sondern auch die Frage der Auslegung der massgeblichen Begriffe sind in der Lehre stets noch umstritten.

#### 3. Begehungsort für Klagen aus unerlaubter Handlung

##### a. Der Deliktsgerichtsstand des LugÜ

Für den Begriff des Deliktsorts (**LugÜ 5 Ziff. 3**) gilt das Ubiquitätsprinzip: Der Deliktsort befindet sich nach Wahl des Klägers sowohl am Ort des ursächlichen Geschehens (Handlungsort) als auch am Ort, wo der Schaden eingetreten ist (Erfolgort). Der Begriff der unerlaubten Handlung bestimmt sich für die Anwendung von **IPRG 129 II** nach schweizerischem Recht, für die Anwendung von **LugÜ 5 Ziff. 3** vertragsautonom.

#### b. Der Deliktsgerichtsstand des GestG

Nach **GestG 25** ist für Klagen aus unerlaubter Handlung alternativ das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist weit auszulegen. Zu beachten sind auch **GestG 26 f.**

### 4. Ort der Geschäftsniederlassung

Diese Gerichtsstände (**GestG 5, IPRG 112 II, 115 I, LugÜ 5 Ziff. 5**) beruhen auf dem Gedanken, dass wer nicht nur von seinem Wohn- oder Geschäftssitz aus Geschäfte tätigt, sondern zusätzlich auch von Zweig- oder Nebenniederlassungen an anderen Orten aus, damit kundigt, dass er sich für diese Geschäfte auch an diesen Orten gerichtlich belangen lässt.

#### a. Allgemein international: Zweigniederlassung, IPRG 112 II

Eurointernational: Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung. Die Niederlassung muss erkennbar als Aussenstelle eines übergeordneten Stammhauses hervortreten.

#### b. Binnenverhältnisse

Der Begriff der Niederlassung umfasst die Zweigniederlassung einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft, aber auch die berufliche oder geschäftliche Niederlassung einer natürlichen Person, einer Einzelfirma oder einer Personalgesellschaft.

### 5. Ort der gelegenen Sache (forum rei sitae)

GestG 19 f., SchKG 109 III, IPRG 88, 97 f., LugÜ 16 Ziff. 1, 6 Ziff. 4.

Dieser Gerichtsstand gilt je nach dem Inhalt der zitierten Bestimmungen als zwingender Gerichtsstand oder als Wahlgerichtsstand neben dem allgemeinen Gerichtsstand.

### 6. Letzter Wohnsitz des Erblassers

Die bundesrechtlichen Gerichtsstände (**GestG 18, IPRG 86 I**) sind für alle erbrechtlichen Klagen gegeben.

### 7. Betreibungs-, Konkurs- und Arrestort

Prorogations- und Schiedsabreden im Vertrag, der dem Schuldverhältnis zugrunde liegt, sind zu beachten, wenn die Gerichtsstandsnorm nicht zwingend oder allenfalls nicht teilzwingend ist. Wird in diesen Fällen statt am vereinbarten Gerichtsstand oder beim Schiedsgericht am Betreibungs- oder Arrestort geklagt, so wird die Klagefrist versäumt.

#### a. Aberkennungsklage und negative Feststellungsklage

Der bundesrechtliche Gerichtsstand für die Aberkennungsklage am Betreibungsort (SchKG 83 II) ist nicht zwingend. Dasselbe gilt für den Gerichtsstand am Betreibungsort für die negative Feststellungsklage nach SchKG 85a.

#### b. Arrestprosequierungsklage

Es fragt sich, ob die kantonalen Arrestgerichtsstände noch Geltung haben oder ob nicht nach dem Sinn des GestG dessen allgemeine Zuständigkeitsregeln gelten.

#### c. Anfechtungsklage, SchKG 289

SchKG legt den Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten fest (nicht zwingend), bei fehlendem Wohnsitz in der Schweiz am Ort der Pfändung oder des Konkurses.

d. Eurointernational: Gerichtsstand für Verfahren auf Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen, LugÜ 16 Nr. 5

Für Klagen, welche unter diesen Begriff fallen, sind die Gerichte des Vertragsstaates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll oder durchgeführt worden ist. Der Gerichtsstand ist zwingend.

## 8. Weitere besondere Gerichtsstände

### ***IV. Vereinbarter Gerichtsstand (forum prorogatum), Einlassung***

GestG 9 f., IPRG 5 f., LugÜ 17.

#### **1. Begriff und Rechtsnatur**

Die Parteien können durch ausdrückliche (Prorogation) oder konkludente (Einlassung) Vereinbarung die Zuständigkeit eines sonst nicht zuständigen Gerichtes begründen. Da die Wirkungen nur prozessrechtlicher Art sind, liegt ein Vertrag des Prozessrechts vor.

#### **2. Zulässigkeitsvoraussetzungen**

- Verfügungsbefugnis der Parteien über den Prozessgegenstand (**IPRG 5 I**)
- Kein zwingender oder teilzwingender Gerichtsstand (im GestG sind alle zwingenden Gerichtsstände als solche bezeichnet; es können sich durch Auslegung keine weiteren ergeben)

#### **3. Formerfordernisse**

a. Gesetzlich vorgeschriebene Form

Nach **GestG 9 II** ist Schriftlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nötig. Gleichgestellt sind Telex, Telefax, E-Mail. Ähnlich leger sind das **IPRG (5 I)** und das **LugÜ (17 I)**.

b. Qualifizierte Form?

c. Einlassung

Einlassung vor dem an sich unzuständigen Richter liegt nur vor, wenn der Beklagte gegenüber dem erkennenden Gericht klar den Willen bekundet hat, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln.

#### **4. Inhalt**

a. Bestimmter Streitgegenstand

Das bereits entstandene oder künftig mögliche Streitverhältnis, für welches die Gerichtsstandsvereinbarung gelten soll, muss bestimmt und genau bezeichnet sein.

b. Bestimmtes Gericht

Die Gerichtsstandsvereinbarung hat das vereinbarte Gericht klar zu bezeichnen, nicht bloss den Staat oder den Kanton, dessen Gerichte zuständig sein sollen.

## **5. Wirkung**

Rechtsnachfolger, auch der Zessionar der Forderung aus einem Vertrag mit Gerichtsstandsklausel, bleiben an die Abrede gebunden. Die Berufung auf die Gerichtsstandsvereinbarung hat durch Unzuständigkeitseinrede zu geschehen, deren Geltendmachung durch die Prozessgesetze zeitlich begrenzt wird. Wird die Einrede nicht erhoben, so wird das nach der Vereinbarung unzuständige Gericht durch Einlassung zuständig. Im Binnenverhältnis kann das gewählte Gericht gemäss **GestG 9 III** seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist.

## **V. Gerichtsstand des Sachzusammenhangs**

### **1. Objektive Klagenhäufung**

Nach **GestG 7 II** ist das für einen Anspruch zuständige Gericht für alle in einem sachlichen Zusammenhang stehenden Ansprüche zuständig. Nebenansprüche gehören vor das Gericht der Hauptsache.

### **2. Mehrere Beklagte/Subjektive Klagenhäufung**

Zuständig ist nach **GestG 7 I** für alle Streitgenossen das für einen Streitgenossen zuständige Gericht. Das GestG macht keinen Unterschied mehr zwischen notwendiger und einfacher passiver Streitgenossenschaft. Zusätzlich muss die gleiche Verfahrensart gelten.

### **3. Widerklage und wechselseitige Klage**

#### **a. Widerklage**

Widerklage ist am Gerichtsstand der Hauptklage zulässig, wenn ihr Gegenstand mit demjenigen der Hauptklage konnex ist, d.h. wenn zwischen den beiden ein sachlicher Zusammenhang besteht (**GestG 6, IPRG 8, 26 lit. d, LugÜ 6 Ziff. 3**).

#### **b. Wechselseitige Scheidungs- und Trennungsklage**

Um widersprechende Urteile zu vermeiden, besteht am Ort der Klage des zuerst klagenden Ehegatten ein bundesrechtlicher Gerichtsstand des Sachzusammenhangs auch für die Klage des zweiten Ehegatten, die dann als Widerklage behandelt wird.

## **§23 C. DIE SACHLICHE ZUSTÄNDIGKEIT**

### **I. Ordentliche Gerichte**

## **1. Personen- und familienrechtliche Klagen**

Das Bundesrecht hat die Regelung der sachlichen Zuständigkeit weitgehend dem kantonalen Recht überlassen. Ausnahmen bestehen in **ZGB 315a I** für Kinderschutzmassnahmen und in **ZGB 134 III, IV** für Abänderungsklagen in Kinderbelangen. Zuständig ist gewöhnlich das erstinstanzliche Kollegialgericht.

## **2. Vermögensrechtliche Ansprüche**

Die Zuständigkeit richtet sich nach dem Streitwert. Für dessen Bemessung gelten folgende Grundsätze: Streitwert ist bei Leistungsklagen der objektive Wert der eingeklagten Leistung, bei Unterlassungsklagen der Wert, den die verlangte Unterlassung für den Kläger hat. Bei Feststellungsklagen ist der Wert des Rechtes oder Rechtsverhältnisses massgeblich, das oder dessen Nichtbestand festgestellt werden soll. Bei Gestaltungsklagen ist auf den aus der Rechtsgestaltung für den Kläger erwachsenden Vermögensvorteil abzustellen. Bei mehreren Rechtsbegehren sind die Streitwerte zu addieren, soweit sich die Begehren nicht ausschliessen. Bei Widerklage ist der Wert der höheren Klageforderung massgeblich. Nebenansprüche wie Zinsen, Früchte, Kosten werden nicht berücksichtigt. Bei periodischen Leistungen gilt der Kapitalwert. Bei anderen vermögensrechtlichen Streitgegenständen als Geldforderungen ist der Streitwert zu schätzen. Dabei wird von Parteiangaben ausgegangen (Ermessen des Richters). Der Streitwert reduziert sich um allfällige Teilanerkennungen oder Klagereduktionen.

## **3. Immaterialgüterrechtliche Klagen**

Für immaterialgüterrechtliche Klagen schreibt das Bundesgericht den Kantonen die Beurteilung durch eine einzige kantonale Instanz vor (**PatG 76, MSchG 55 III, MMG 33, SSG 42, URG 64 III, KG 14 I, KHG 23**).

## ***II. Sondergerichte***

Die Zuständigkeit der Sondergerichte bestimmt sich kumulativ:

### **1. Nach der Person der Parteien**

Arbeitgeber – Arbeitnehmern, im HR eingetragene Firma, Vermieter – Mieter.

### **2. Nach der Natur des Streites**

Arbeitsrechtliche Streitigkeit, Streit über Handelsverhältnisse, mietvertragliche Streitigkeit.

### **3. eventuell nach dem Streitwert**

## ***III. Sachliche Zuständigkeit ist zwingend***

Eine Parteivereinbarung über die sachliche Zuständigkeit ist nur in engen Grenzen zulässig.

## **§24 D. DER ENTSCHEID ÜBER DIE ZUSTÄNDIGKEIT**

### **1. Qualifikation der Klage**

Für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage ist massgeblich, um was für eine Klage es sich handelt. Bei dieser Qualifikation der Klage für den Entscheid über die Zuständigkeitsfrage gilt der allgemeine prozessrechtliche Grundsatz, wonach bei der Beurteilung der Zuständigkeitsfrage auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abgestellt werden muss und die darauf bezüglichen Einwände der Gegenpartei nicht zu prüfen sind.

### **2. Massgeblicher Zeitpunkt**

#### **a. Tatsächliche Verhältnisse**

Die Prozessgesetze stellen für die tatsächlichen Verhältnisse, nach denen sich der Gerichtsstand bestimmt, mehrheitlich auf den Eintritt der Rechtshängigkeit ab, z.T. auf einen noch früheren Zeitpunkt. Veränderungen der Verhältnisse nach diesem Zeitpunkt sind ohne Einfluss.

#### **b. Zuständigkeit im Zeitpunkt der Urteilsfällung**

Nach allgemeinen Grundsätzen des ZPR müssen die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt der Fällung des Urteils noch gegeben sein, wobei es genügt, wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt eintreten.

### **3. Prüfung von Amtes wegen – Einlassung**

Als Prozessvoraussetzung ist die Zuständigkeit vom Gericht auch bei den zwingenden Gerichtsständen und nach GestG auch bei teilzwingenden Gerichtsständen von Amtes wegen zu prüfen (**GestG 34 I, LugÜ 19, 23**). Bei den nicht zwingenden Gerichtsständen ist Einlassung möglich. Das Gericht hat daher eine allfällige Unzuständigkeitseinrede des Beklagten abzuwarten.

### **4. Im Zusammenhang stehende Verfahren und identische Klagen**

### **5. Verfahren**

Der Entscheid über die Zuständigkeit erfolgt durch Prozessentscheid, und zwar bei Verneinung der Zuständigkeit durch Nichteintreten, bei Bejahung durch Abweisung der Unzuständigkeitseinrede. Das Gericht entscheidet über seine eigene Zuständigkeit. Bei Unzuständigkeit ist nach einzelnen Gesetzen Prozessüberweisung innerhalb des Kantons oder auch interkantonal möglich. Der Nichteintretensentscheid hat keine materielle Rechtskraft. Der Kläger kann die Klage erneut erheben. Ein anderes Gericht ist an den Nichteintretensentscheid nicht gebunden.

## **5. Kapitel: Parteien, Nebenparteien, Prozessvertretung**

## **§25 A. PARTEIFÄHIGKEIT, PROZESSFÄHIGKEIT, POSTULATIONSFÄHIGKEIT**

### ***I. Parteifähigkeit***

#### **1. Parteifähigkeit als Rechtsfähigkeit im Verfahrensrecht**

Parteifähigkeit ist das Recht, als Partei im Prozess aufzutreten. Die Parteifähigkeit ist gewöhnlich die prozessuale Seite der Rechtsfähigkeit. Die Parteifähigkeit bestimmt sich nach materiellem Recht.

#### **2. Parteifähigkeit rechtsunfähiger Gebilde**

Als parteifähig werden betrachtet:

- a. Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft
- b. Die Konkurs-, die Liquidationsmasse, das Erbschaftsvermögen
- c. Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer
- d. Die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen
- e. Die Verwaltung der AG
- f. Die unverteilte Erbschaft
- g. Gebilden, deren Rechtsfähigkeit strittig ist
- h. Behörden

#### **3. Nicht parteifähig sind:**

- a. Die Gemeinschaften zu gesamter Hand (insb. Erbengemeinschaft, einfache Gesellschaft)
- b. Die Miteigentümergeinschaft

### ***II. Prozessfähigkeit***

#### **1. Prozessfähigkeit als Handlungsfähigkeit im Prozessrecht**

Prozessfähigkeit ist das Recht, den Prozess als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen. Sie ist die prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit und bestimmt sich deshalb nach materiellem Recht.

## **2. Beschränkte Prozessfähigkeit**

Wer unter Mitwirkungs- (**ZGB 395 I**) oder Verwaltungs- (**ZGB 395 II**) oder unter kombinierter Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft steht, ist beschränkt handlungsfähig.

## **3. Beschränkte Prozessunfähigkeit**

Urteilsfähige Unmündige und Entmündigte sind nach **ZGB 19** beschränkt handlungsunfähig und demgemäss auch beschränkt prozessunfähig. Sie sind nämlich prozessfähig im Bereich der höchstpersönlichen Rechte.

## **4. Das Kind als Partei im Eheprozess der Eltern**

Nach **ZGB 146** kann das Gericht im Eheprozess der Eltern aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes durch einen Beistand anordnen. Dadurch wird das Kind im Eheprozess der Eltern Partei in einer besonderen, bisher im schweizerischen Prozessrecht unbekanntem Parteilstellung: Es steht nicht auf der Kläger- oder Beklagenseite und ist auch nicht Nebenpartei, sondern Hauptpartei.

## **5. Fehlende Prozessfähigkeit**

Bestehen Anzeichen dafür, dass es an der Prozessfähigkeit einer Partei mangelt, hat das Gericht die Frage von Amtes wegen zu prüfen, weil es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt.

## ***III. Prozessstandschaft***

### **1. Begriff**

Von Prozessstandschaft spricht man, wenn eine Person befugt ist, den Prozess anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten, aber im eigenen Namen als Partei zu führen.

### **2. Fälle der Prozessstandschaft**

#### **a. Veräusserung des Streitgegenstandes**

Nach verschiedenen Prozessgesetzen berührt die Veräusserung des Streitgegenstandes den Prozess nicht. Die veräussernde Partei bleibt zur Fortführung des Prozesses im eigenen Namen anstelle des Erwerbers berechtigt.

#### **b. Verwaltung der Erbschaft**

Der amtliche Erbschaftsverwalter, der amtliche Erbenvertreter und der Willensvollstrecker sind in Prozessen über die zum Nachlass gehörenden Aktiven und Passiven zur Prozessführung im eigenen Namen befugt.

#### **c. Abtretungsgläubiger gemäss SchKG 260**

#### **d. Nicht der Konkursverwalter**

Nach der hier vertretenen Auffassung nimmt der die Masse vertretende Konkursverwalter deren Rechte, nicht jene des Gemeinschuldners wahr. Es liegt daher keine Prozessstandschaft vor.

e. Keine gewillkürte Prozessstandschaft

## **IV. Postulationsfähigkeit**

Postulationsfähigkeit ist das Recht, vor Gericht selbständig Anträge zu stellen und seine Sache vorzutragen. In der Schweiz ist sie Teil der Prozessfähigkeit, weil nirgends Anwaltszwang besteht. Ist eine Partei ausserstande, ihre Sache selbst gehörig zu führen, kann sie angehalten werden, einen Vertreter zu bestellen. Unter Umständen kann das Gericht einen solchen bezeichnen.

## **V. Anwendbares Recht und Amtsprüfung**

### **1. Anwendbares Recht**

Die Parteifähigkeit natürlicher Personen untersteht wie die Rechtsfähigkeit schweizerischem Recht (**IPRG 34 I**). Wie die Handlungsfähigkeit untersteht dagegen die Prozessfähigkeit dem Recht des Wohnsitzes (**IPRG 35**). Für juristische Personen beurteilen sich Partei- und Prozessfähigkeit nach dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht (**IPRG 155**).

### **2. Prüfung von Amtes wegen**

Partei- und Prozessfähigkeit sind Prozessvoraussetzungen. Sie sind vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen.

## **§26 B. MEHRHEIT VON HAUPTPARTEIEN: STREITGENOSSENSCHAFT**

### **I. Notwendige Streitgenossenschaft**

#### **1. Begriff**

Mehrere Personen müssen als Kläger gemeinsam auftreten oder als Beklagte gemeinsam belangt werden, wenn das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann. Die notwendige Streitgenossenschaft beruht auf dem materiellen Recht.

#### **2. Hauptfälle notwendiger Streitgenossenschaft**

a. Gemeinschaften zur gesamten Hand

In Aktivprozessen von Gesamthandschaften müssen alle Gesamthänder als Kläger auftreten, da nur gemeinsam über die Aktiven der Gesamthandschaft verfügt werden kann (**ZGB 653**)

**II).** Für Passivprozesse besteht notwendige Streitgenossenschaft, soweit dingliche Rechte gegen die Gesamthänder geltend gemacht werden.

b. Gestaltungsklagen mit Auswirkung auf mehrere

Notwendige Streitgenossenschaft gilt für Gestaltungsklagen, welche auf Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind, das mehrere Personen umfasst und das mit Wirkung gegen alle aufgehoben werden muss (z.B. Erbteilungsklage).

c. Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung

Muss in der Sache notwendigerweise einheitlich entschieden werden, so müssen mehrere Kläger als notwendige Streitgenossenschaft auftreten, bzw. mehrere Beklagte als notwendige Streitgenossenschaft ins Recht gefasst werden.

### **3. Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft**

Die Zuständigkeit des Sachzusammenhangs wird durch sie begründet (**GestG 7 I**); die Aktiv- oder Passivlegitimation fehlt, wenn nicht alle notwendigen Streitgenossen in den Prozess einbezogen sind; übereinstimmendes Handeln im Prozess ist deshalb nötig, weil die notwendigen Streitgenossen das behauptete Recht nur gemeinsam ausüben können.

## ***II. Einfache Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung)***

Mehrere Personen, die aus den gleichen Tatsachen oder Rechtsgründen berechtigt oder verpflichtet sind, können gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden. Voraussetzungen: Gleiche Zuständigkeit (**GestG 7 I**) und gleiche Verfahrensart; innerer Zusammenhang der Klagen. Wirkungen: Jeder Streitgenosse führt den Prozess unabhängig von den anderen; das Gericht kann die mehreren Klagen trennen oder getrennte vereinigen; die Beurteilung des internen Verhältnisses zwischen den Streitgenossen hat in einem neuen Prozess zu geschehen. Möglich sind auch alternative oder eventuelle einfache Streitgenossenschaft.

## ***III. Prozessbeitritt***

### **1. Begriff und Bedeutung**

Durch den Prozessbeitritt kann ein Dritter einer bereits in einem Prozess stehenden Partei als einfacher Streitgenosse beitreten. Die Aufnahme einer neuen Person in den Prozess stellt eine Ausnahme dar, die nur unter besonderen, dieses Vorgehen erheischenden Voraussetzungen zugelassen wird.

### **2. Arten des Prozessbeitritts**

a. Prozessbeitritt im Mietrechtsprozess

Der Prozessbeitritt des Ehegatten nach **OR 273a** soll in jedem Stadium des Prozesses gültig sein.

b. Beiladung zu notwendigen Streitgenossenschaften

Um Klagen, die von einer notwendigen Streitgenossenschaft ausgehen oder gegen eine solche gerichtet sein müssen, nicht an der Nichtteilnahme einzelner Streitgenossen scheitern zu lassen, wurde vereinzelt das Institut der Beiladung geschaffen. Wird der Beiladung nicht Folge geleistet, so ist die Klage abzuweisen.

c. Prozessbeitritt des Nebenintervenienten

d. Aufforderung zur Teilnahme am Prozess

## **IV. Class action, Gruppenklage**

### **§27 C. NEBENPARTEIEN: INTERVENTION UND STREITVERKÜNDUNG**

Nebenparteien sind Personen, die im eigenen Namen an einem fremden Prozess teilnehmen und die eine oder andere Hauptpartei als Streitgehilfe unterstützen wollen oder können.

#### **I. Nebenintervention**

##### **1. Begriff**

Nebenintervention ist die unaufgeforderte Teilnahme eines Dritten am Prozess zur Unterstützung der einen Partei, an deren Obsiegen er interessiert ist. Abhängig ist die Nebenintervention, wenn durch den Prozessausgang ein Rechtsverhältnis zwischen Helfer und unterstützter Partei beeinflusst wird, unabhängig, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen Helfer und Gegenpartei beeinflusst wird.

##### **2. Voraussetzungen**

Es ist ein rechtliches Interesse am Prozessausgang glaubhaft zu machen (z.T. von Amtes wegen); es muss sich um einen Prozess handeln, der zwischen anderen Parteien anhängig ist; es ist eine Beitrittserklärung abzugeben.

##### **3. Stellung des Nebenintervenienten**

Der Nebenintervenient nimmt den Prozess in der Lage auf, in der er ihn vorfindet. Bei der abhängigen Nebenintervention darf der Nebenintervenient sich nicht zur Hauptpartei in Widerspruch setzen. Da er Nebenpartei ist, kann er nicht als Zeuge vernommen werden.

#### **II. Streitverkündung**

##### **1. Begriff**

Streitverkündung ist die von einer Haupt- oder Nebenpartei ausgehende Aufforderung an einen Dritten (den Streitberufenen, Litisdenunzianten), sie im Prozess zu unterstützen. Weil die Streitverkündung hinsichtlich ihrer Wirkungen ein Institut des materiellen Rechts ist, entstehen diese Wirkungen auch, wenn sie ausserhalb des Prozesses erklärt wird.

## **2. Voraussetzungen**

Rechtliches Interesse wird nicht geprüft und muss daher nicht dargetan werden. Erklärung entweder direkt an den Litisdenunzianten oder durch Vermittlung des Gerichtes.

## **3. Stellung des Litisdenunzianten**

Es ist Sache des Streitverkünders, den Streitberufenen über den Stand des Verfahrens zu orientieren. Die Unterstützung des Streitverkünders erfolgt entweder rein intern oder indem der Streitberufene den Streitverkünder im Prozess vertritt oder indem der Streitberufene dem Prozess als Nebenpartei in der Stellung eines Nebenintervenienten beitrifft.

## **4. Die materiellen Wirkungen der Streitverkündung**

### **a. Materielles Recht**

Welche Wirkungen die Streitverkündung für das Rechtsverhältnis zwischen dem Streitverkünder und dem Streitberufenen zeitigt, ist eine Frage des materiellen Rechts, die im Wesentlichen durch die Regel von **OR 193** beantwortet wird.

### **b. Zeitpunkt der Feststellung dieser Wirkungen**

Sie erfolgt regelmässig in einem neuen Verfahren.

### **c. Voraussetzungen und Umfang der Wirkung**

Das für den Streitverkünder ungünstige Urteil wirkt auch gegenüber dem Litisdenunzianten, wenn er auf Grund seines Rechtsverhältnisses zum Streitverkünder oder nach Treu und Glauben verpflichtet war, die Hauptpartei im Prozess zu unterstützen. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, wird erst im Zweitprozess geprüft.

## ***III. Hauptintervention***

### **1. Begriff**

### **2. Wirkung**

## ***IV. Intervention der Staatsanwaltschaft***

## ***§28 D. TOD UND KONKURS EINER PARTEI, VERÄUSSERUNG DES STREITGEGENSTANDES (PARTEIWECHSEL)***

### ***I. Tod einer Partei***

Die Folgen ergeben sich aus dem Bundesrecht: Die Erben treten ipso iure an die Stelle der verstorbenen Partei. Der Prozess wird eingestellt, bis die Erben ermittelt sind und über die Frage der Ausschlagung entschieden ist.

## ***II. Konkurs einer Partei***

Mit der Konkursöffnung verliert der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis über das Massevermögen. Sie geht auf die Gläubigergesamtheit über. Diese hat in der Gläubigerversammlung zu erklären, ob der Prozess fortgesetzt wird oder nicht. Bis diese Erklärung erfolgen kann, ist der Prozess von Gesetzes wegen eingestellt. Die Nichtfortführung des Prozesses bedeutet: beim Passivprozess: Anerkennung der Klage; beim Aktivprozess: Befugnis des Gemeinschuldners, den Prozess persönlich fortzusetzen.

## ***III. Veräusserung des Streitgegenstandes***

Es ist zu unterscheiden zwischen der durch die Veräusserung des Streitgegenstandes veränderten materiellen Rechtslage und den durch das Prozessrecht daraus gezogenen Folgerungen.

### **1. Materielle Rechtslage**

a. Bei Veräusserung durch den Kläger: Wegfall der Aktivlegitimation

Der Kläger ist nicht mehr berechtigt. Da das Gericht regelmässig auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsfällung abzustellen hat, müsste die Klage abgewiesen werden.

b. Bei Veräusserung durch den Beklagten

Der bei der Vindikationsklage zur Herausgabe verpflichtete Besitzer bleibt auch nach der Veräusserung verpflichtet; die Herausgabepflicht wandelt sich u.U. in Schadenersatzpflicht. Rechte, die sich gegen den jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft richten: Die Verpflichtung des Beklagten geht unter; die Klage müsste abgewiesen werden.

### **2. Prozessrechtliche Folgerungen**

Die Prozessordnungen statuieren häufig ein Verbot der Veräusserung des Streitgegenstandes als Folge der Rechtshängigkeit. Dieses bleibt aber sanktionslos.

## **§29 E. VERTRETUNG IM PROZESS, ANWALTSRECHT**

### ***I. Vertretung und Verbeiständung***

#### **1. Arten der Vertretung**

Die nicht prozessfähigen natürlichen Personen werden im Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten, die juristischen Personen durch ihre Organe. Die Prozessfähigkeit der handlungsfähigen Personen schliesst die Befugnis ein, einen gewillkürten Vertreter zu bestel-

len. Von Verbeiständung spricht man, wenn die Partei zusammen mit ihrem Vertreter vor Gericht auftritt.

## **2. Zulässigkeit der Vertretung**

Die Prozessvertretung ist ausgeschlossen oder beschränkt: im Sühnverfahren; z.T. in Bagatellstreitigkeiten; in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten; im Eheprozess.

## **3. Prozessvollmacht**

Erforderlich ist eine schriftliche oder eine zu Protokoll erklärte Vollmacht. Die Vollmacht erlischt nach den Vorschriften von **OR 34 ff.**

# ***II. Anwaltsrecht***

Die kantonalen Anwaltsgesetze bedürfen gegenwärtig wegen des BGFA der Überarbeitung.

## **1. Der kantonale Fähigkeitsausweis**

Die Kantone sind befugt, die wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweis über die Befähigung abhängig zu machen. Voraussetzung der Erteilung dieses Ausweises (des Anwaltspatentes) ist der Nachweis beruflicher Fähigkeit und persönlicher Eignung.

## **2. Das Monopol der Rechtsanwälte**

In allen Kantonen ist die berufsmässige Vertretung vor Gericht den Anwälten vorbehalten. Vom Monopol ausgenommen sind nur bestimmte Verfahrensarten. Den Nichtanwälten ist gewöhnlich nur die berufsmässige Vertretung verboten. Als berufsmässig gilt die Prozessführung in einer unbestimmten Zahl von Fällen; unwesentlich ist, ob gegen Entgelt.

## **3. Die Pflichten der Rechtsanwälte**

Die Berufsregeln sind neu in BGFA 12 ff. geregelt. Der Katalog scheint nicht abschliessend zu sein; vorbehalten bleiben kantonale Ergänzungsbestimmungen.

### **a. Pflichten gegenüber dem Auftraggeber**

Interessenwahrung, Geheimhaltungspflicht, anvertraute Gelder und Akten aufbewahren, Rechnungsstellung.

### **b. Pflichten gegenüber dem Staat**

Diener des Rechts (Wahrheitspflicht, Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse, Pflicht, von der Einleitung mutwilliger und aussichtsloser Prozesse abzuhalten), Übernahme von unentgeltlichen Prozessvertretungen, Pflicht zu würdigem Benehmen vor Gericht, Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung.

### **c. Pflichten gegenüber dem Stand**

Verbot, sich die streitige Forderung abtreten zu lassen, Verbot des pactum de quota litis und des pactum de palmario; Verbot aufdringlicher Empfehlung (Werbung), allgemein würdiges Geschäftsgebahren.

Das BGFA enthält neu auf Bundesebene in 14 – 20 Bestimmungen über das Disziplinarrecht der Anwälte.

## **6. Kapitel: Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)**

Als Verfahrensgrundsätze bezeichnet man die wichtigsten normativen Richtlinien des Zivilprozesses. Eigentliche Kennzeichen des Zivilprozesses sind die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime, nach welchen das Prozessgeschehen hauptsächlich durch die Parteien bestimmt wird. Dem Richter verbleiben die Rechtsanwendung und die Prozessleitung. Als Grundsätze des gerechten Verfahrens können das rechtliche Gehör, das Gebot des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben und das Beschleunigungsgebot bezeichnet werden. Das rechtliche Gehör gewährleistet auf Verfassungsstufe ein formell korrektes Verfahren, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verpflichtet die Parteien und das Gericht zu einem materiell korrekten Verfahren. Von ungleich geringerem Anspruch sind die Grundsätze über die Formen der Prozesshandlungen. Die Eventualmaxime, d.h. der Grundsatz der Konzentration der Parteivorbringen, ist indessen für eine beförderliche Erledigung des Prozesses unabdingbar.

### **§30 A. GRUNDSÄTZE DER AUFGABENTEILUNG ZWISCHEN RICHTER UND PARTEIEN**

#### ***I. Dispositionsmaxime***

##### **1. Begriff**

Die Dispositionsmaxime bedeutet, dass die Parteien die Befugnis haben, über den Streitgegenstand zu bestimmen, d.h. zu bestimmen, ob, wann, in welchem Umfang und wie lange sie als Kläger Rechte gerichtlich geltend machen und ob sie als Beklagte die eingeklagten Ansprüche anerkennen wollen. Die Dispositionsmaxime ist damit das prozessuale Gegenstück der Privatautonomie, die unser Privatrecht beherrscht. Sie gehört dem kantonalen Recht an.

##### **2. Einzelne Auswirkungen**

Der Private bestimmt, ob und wann er klagt, ob er ein Rechtsmittel ergreift, ob er eine eingereichte Klage oder ein Rechtsmittel aufrechterhält oder ganz oder teilweise zurückzieht. Der Kläger bestimmt durch sein Rechtsbegehren, in welchem Umfang er seine Rechte einklagt. Daraus folgt die Zulässigkeit der Teilklage. Der Richter darf nicht mehr und nicht weniger zusprechen, als eingeklagt ist. Der Richter darf nicht über die Rechtsmittelanträge der Parteien hinausgehen.

##### **3. Ausnahmen**

###### **a. Klageprovokation und negative Feststellungsklage**

Die Klageprovokation ist deshalb überflüssig, weil das Bundesrecht die negative Feststellungsklage zur Verfügung stellt. Mit ihr kann der Beklagte gezwungen werden, seinen Anspruch in dem vom Kläger gewählten Zeitpunkt geltend zu machen.

b. Aufklärungspflicht des Richters

c. Geltung der Officialmaxime

## ***II. Verhandlungsmaxime***

### **1. Begriff**

Die Verhandlungsmaxime bedeutet, dass es Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche des Streites darzulegen. Sie ist das auf die Tatsachensammlung bezogene Gegenstück der Dispositionsmaxime und beruht ebenfalls auf der Privatautonomie. Sie wird damit begründet, dass es den über den Streitgegenstand am besten informierten und am Rechtsstreit interessierten Parteien überlassen werden könne, die relevanten Tatsachen vorzubringen. Die Verhandlungsmaxime steht in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der Wahrheitsfindung (formelle Wahrheit – materielle Wahrheit).

### **2. Einzelne Auswirkungen**

Das Gericht darf seinem Urteil nur behauptete Tatsachen zugrunde legen. Über unbestrittene oder zugestandene Tatsachen hat das Gericht nicht Beweis zu erheben. Die Beweismittel für bestrittene Tatsachen sind von den Parteien zu nennen.

### **3. Ausnahmen**

a. Nicht behauptet werden müssen:

Allgemein bekannte Tatsachen und Erfahrungssätze, Indizien und Hilfstatsachen, gesetzlich vermutete Tatsachen. Widerlegt ist eine streitige Tatsachenbehauptung, wenn sich der gegenteilige wahre Sachverhalt aus dem Beweisverfahren ergibt, auch wenn dieser nicht behauptet worden ist.

b. Die Behauptung der wesentlichen Tatsachen genügt, ohne dass alle Einzelheiten angeführt werden müssen

c. Richterliche Fragepflicht

d. Untersuchungsmaxime

## ***III. Aufklärungs- und Fragepflicht des Richters***

### **1. Grundlegung**

Das schweizerische Prozessrecht kennt keinen Anwaltszwang: Der Bürger kann selbst prozessieren. Damit er gleichwohl nicht aus Rechtsunkenntnis Nachteile erleidet, müssen die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime gemildert werden. Die damit umschriebene Pflicht des Richters enthält eine doppelte Aufgabe: die Aufklärung der Parteien über die rechtliche Seite des Falles; die Mithilfe bei der Sammlung der erheblichen Tatsachen durch Fragen.

## **2. Die Aufklärungspflicht des Richters**

Ob die Parteien das im Prozess erstrebte Sachziel erreichen, hängt beim Kläger in erster Linie von seinem Rechtsbegehren, auf Seiten des Beklagten von seiner Stellungnahme mittels Einreden und Gegenbegehren ab. Beides setzt eine rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes voraus. Dem Richter obliegt die Pflicht, die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren aufmerksam zu machen.

## **3. Die Fragepflicht des Richters**

Allgemein anerkannt ist dagegen die Fragepflicht des Richters, um nach Möglichkeit einen der wahren Sachlage entsprechenden Entscheid zu gewährleisten. Sie besteht grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind. Um sie auszuüben, kann der Richter die Parteien persönlich vorladen. Die Fragepflicht dient: der Behebung von Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Unbestimmtheiten in den Ausführungen der Parteien; darüber hinaus soll das Gericht die Parteien zur Angabe aller für die gewünschte Rechtsfolge erheblichen Tatsachen, zu vollständiger Stellungnahme zu den Erklärungen der Gegenpartei und zur Nennung der Beweismittel auffordern; die tatsächliche und rechtliche Würdigung des Gerichts darf die Parteien nicht überraschen.

## **4. Verfahren**

Die Aufklärungs- und Fragepflicht des Richters ist am leichtesten zu handhaben, wo für die Behauptungsphase mündliches Verfahren gilt. Auch eine schriftliche Ausübung der Fragepflicht ist möglich.

## ***IV. Offizial- und Untersuchungsmaxime***

### **1. Begriff**

Unter Offizialmaxime im weiteren Sinne versteht man: als Gegensatz zur Dispositionsmaxime: dass den Parteien die Verfügung über den Streitgegenstand zum Teil entzogen ist (Offizialmaxime im engeren Sinne); als Gegensatz zur Verhandlungsmaxime: dass die Sammlung der Prozessstoffes neben den Parteien auch dem Gericht obliegt (Untersuchungsmaxime). Offizial- und Untersuchungsmaxime greifen da ein, wo aus Gründen des öffentlichen Interesses die volle Verfügung über den Streitgegenstand und/oder die Stoffsammlung nicht den Parteien allein überlassen werden darf. Beide Grundsätze haben einen von Anwendungsfall zu Anwendungsfall wechselnden Inhalt.

### **2. Offizialmaxime im engeren Sinne**

#### **a. Ausschluss der Anerkennung des Rechtsbegehrens**

Keine Anerkennung der Klagen auf Ungültigerklärung, Trennung oder Scheidung einer Ehe. Insb. die Scheidungsfolgen sind zu genehmigen (**ZGB 111 I, II**). Der Ausschluss der Klageanerkennung gilt nach ungeschriebenem Bundesrecht auch in Statusprozessen, soweit das Klageziel nicht auch durch privates Rechtsgeschäft erlangt werden kann (z.B. Anfechtung der Vaterschaft).

b. Befugnis des Gerichtes, vom Rechtsbegehren abzuweichen oder ohne Rechtsbegehren zu entscheiden

Die *Offizialmaxime* gilt in den Kinderbelangen. Über Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen ist zur Hauptsache von Amtes wegen zu entscheiden. Über die Kostentragung ist immer von Amtes wegen, über die Entschädigungspflicht in der Regeln nur auf Antrag zu entscheiden.

c. Genehmigungsbedürftigkeit von Parteivereinbarungen

Vereinbarungen im Eheprozess und Unterhaltsprozess bedürfen der gerichtlichen Genehmigung.

### **3. Untersuchungsmaxime**

Es bleibt im Zivilprozess grundsätzlich auch dann, wenn die Untersuchungsmaxime gilt, Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streites vorzutragen und die Beweismittel zu nennen. Der Richter hat aber zusätzlich ebenfalls zur Stoffsammlung beizutragen. Was er von Amtes wegen zur Feststellung des Sachverhaltes vorzukehren hat, ist unklar.

a. Unbeschränkte Pflicht zu Tatsachenfeststellung

b. Eingeschränkte Pflicht zur Tatsachenfeststellung

## ***V. Richterliche Rechtsanwendung (iura novit curia)***

### **1. Begriff**

Richterliche Rechtsanwendung bedeutet, dass das Gericht das materielle Recht des Bundes und der Kantone von Amtes wegen anzuwenden hat. Im Stadium der Durchsetzung des Rechts soll die fehlende Rechtskenntnis dem Rechtsgenossen nicht schaden.

### **2. Einzelne Auswirkungen**

Das Gericht hat das Recht von sich aus anzuwenden; die Parteien können auf die rechtliche Würdigung keinen Einfluss nehmen, sie können aber ihre rechtlichen Auffassungen darlegen; die Parteien brauchen das Recht nicht zu kennen.

### **3. Ausnahmen**

a. Ausländisches Recht

Auch der Inhalt des nach den Regeln des Kollisionsrechts anzuwendenden ausländischen Rechts ist nach der Grundregel von **IPRG 16 I** von Amtes wegen festzustellen. Das Gericht kann dazu die Mitwirkung der Parteien verlangen. Der Nachweis des ausländischen Rechts darf den Parteien dagegen nur bei vermögensrechtlichen Ansprüchen überbunden werden.

b. Ausserordentliche Rechtsmittel

Diese können regelmässig nur damit begründet werden, es seien bestimmte rechtliche Anfechtungsgründe gegeben. Diese müssen vom Rechtsmittelkläger behauptet werden, und die Rechtsmittelinstanz ist auf die Prüfung der Rügen beschränkt.

#### c. Billigkeitsurteil

Im Schiedsgerichtsprozess können die Parteien das Gericht ermächtigen, nach Billigkeit zu urteilen. Damit ist das Gericht der Anwendung des materiellen Rechts enthoben.

## **VI. Richterliche Prozessleitung – Parteiherrschaft**

Der Parteiherrschaft untersteht die Inangsetzung des Prozesses sowie zusätzlicher Verfahren. Ist der Prozess rechtshängig, so bedarf es für seine Fortführung keiner weiteren Impulse der Parteien. Die Sorge für die Fortführung des Verfahrens und seine beförderliche Erledigung obliegt dem Gericht, der richterlichen Prozessleitung.

## **§31 B. GRUNDSÄTZE DES GERECHTEN VERFAHRENS**

### **I. Rechtliches Gehör**

#### **1. Begriff**

Nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (**BV 29 II**) haben die Parteien Anspruch darauf, dass sie ihre Sache dem Gericht vortragen und zu allen Vorbringen der Gegenpartei Stellung nehmen können, dass ihre Beweismittel abgenommen werden und dass das Gericht sich ernsthaft mit Vorbringen und Beweisen auseinandersetzt.

#### **2. Einzelne Auswirkungen**

Recht auf Anhörung bezüglich der eigenen tatsächlichen und rechtlichen Begründung der Klage und bezüglich der Ausführungen der Gegenpartei (audiatur et altera pars); Recht auf Teilnahme an allen Verhandlungen und Beweiserhebungen, soweit die Gesetze nicht sachlich begründete Ausnahmen vorsehen, mindestens aber Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis; Recht sich rechtskundig vertreten zu lassen; Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Abnahme der offerierten, für den Entscheid wesentlichen Beweise; Recht auf Urteilsbegründung und Auseinandersetzung des Gerichts mit Parteivorbringen und Beweisen.

#### **3. Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist formelle Rechtsverweigerung**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Es ist daher nicht zusätzlich ein materielles Interesse nachzuweisen.

#### **4. Bundesrecht – kantonales Recht**

### **II. Treu und Glauben, Wahrheitspflicht**

## **1. Grundsatz**

Das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, gehört zu den Grundlagen der schweizerischen Rechtsordnung. Es gilt daher auch im öffentlichen Recht, namentlich im Prozessrecht. Aus diesem Gebot folgt auch die Wahrheitspflicht der Parteien. Sie dürfen keine bewusst un-wahren Tatsachenbehauptungen aufstellen und nicht wahre Tatsachen wissentlich bestreiten. Adressaten des Gebotes sind alle Prozessbeteiligten, also sowohl die Parteien als auch das Gericht.

## **2. Auswirkungen**

Verbot der prozessualen Verfolgung unbegründeter Rechtsansprüche; Vertrauensprinzip; Verbot jeder Art missbräuchlicher Prozessführung.

## **3. Sanktion der Verletzung von Treu und Glauben**

Prozessuale Nachteile, Disziplinarstrafe.

# ***III. Beschleunigungsgebot, Rechtsverzögerungsverbot***

## **1. Grundsatz**

Der Rechtsuchende hat Anspruch darauf, dass über seine Sache möglichst rasch, jedenfalls innert angemessener Frist, entschieden wird.

## **2. Einzelne Auswirkungen**

Das Beschleunigungsgebot bzw. Rechtsverzögerungsverbot richtet sich an die kantonalen Gesetzgeber und an die Gerichte.

## **3. Sanktion der Verletzung des Rechtsverzögerungsverbot**

Rechtsverzögerungsbeschwerde im Kanton, StaBe gestützt auf **BV 29 I**. Haftung für den durch die Rechtsverzögerung entstandenen Schaden nach Massgabe des anwendbaren Haf-tungsgesetzes. Die Haftung sollte streng gehandhabt werden.

# **§32 C. GRUNDSÄTZE ÜBER DIE FORMEN DER PROZESSHANDLUNGEN**

## ***I. Eventualmaxime (Konzentrationsgrundsatz)***

### **1. Begriff**

Die Eventualmaxime bedeutet, dass alle gleichartigen Parteivorbringen in einem bestimmten Verfahrensabschnitt erfolgen müssen und nachher nicht mehr möglich sind. Der Grundsatz ist jedoch stark gelockert worden.

## **2. Einzelne Auswirkungen**

a. Bis wann sind Prozesseinreden zulässig?

Fast alle Prozessordnungen stellen richtigerweise den Grundsatz auf, dass die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen sind. Die der Officialmaxime unterliegenden Prozessvoraussetzungen können denn auch keine Verwirkung erleiden. Eine Befristung ist nur für jene Prozessvoraussetzungen möglich, die mittels Einreden geltend gemacht werden müssen. Diese Prozesshindernisse sind regelmässig entweder vor oder mit der Klageantwort geltend zu machen.

b. Bis wann sind im erstinstanzlichen Verfahren Vorbringen zur Sache zulässig?

Im Allgemeinen sind Vorbringen zur Sache bis zur Beendigung des Hauptverfahrens, des Schriftenwechsels oder eines vorbereitenden Verfahrens zulässig.

c. Unter welchen Voraussetzungen sind nach dem Termin gemäss lit. b gleichwohl noch neue Vorbringen zulässig?

Voraussetzung ist regelmässig, dass die Partei am verspäteten Vorbringen kein Verschulden trifft.

d. Sind im Rechtsmittelverfahren noch Nova zulässig?

## ***II. Öffentlichkeitsprinzip***

### **1. Grundsatz**

Die Verhandlungen vor Gericht sind grundsätzlich öffentlich, vor Bundesgericht und z.T. vor oberen kantonalen Instanzen auch die Beratungen.

### **2. Ausnahmen**

Ausnahmen sind zulässig, soweit sie durch höhere Interessen gerechtfertigt sind. Der Ausschluss ist selbst ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig.

## ***III. Mündlichkeit und Schriftlichkeit***

### **1. Begriff**

Mündlichkeit oder Schriftlichkeit bezeichnet die Form, in welcher Prozesshandlungen vorzunehmen sind. In erster Linie stellt sich die Frage für die Form, in welcher die Parteivorträge erfolgen.

### **2. Verwirklichung in den Prozessgesetzen**

Mündlichkeit gilt regelmässig für das Sühnverfahren, für das Verfahren vor dem Einzelrichter, zum Teil für das erstinstanzliche Hauptverfahren und in familienrechtlichen Prozessen. Schriftlichkeit findet weit überwiegend Anwendung: für den ersten Teil des erstinstanzlichen Haupt- oder Vorbereitungsverfahrens, für die Rechtsmittelverfahren.

## **IV. Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit**

### **1. Begriff**

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit bedeutet, dass die Verhandlungen und die Beweisabnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht erfolgen müssen. Mittelbarkeit liegt vor, wenn Parteivorträge und Beweisabnahmen nicht vor vollständig versammeltem Gericht stattfinden. Im Interesse einer auf den persönlichen Eindruck von den Parteien und den Zeugen gegründeten Urteilsfällung sollte das Verfahren nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit ausgestaltet sein. Damit würden die Gerichte aber leicht personelle überfordert.

### **2. Verwirklichung in den Prozessgesetzen**

Weit überwiegend herrscht Mittelbarkeit. Auch wo Verfahrensabschnitte mündlich durchgeführt werden, liegt keine Unmittelbarkeit vor, wenn die Verhandlung vor einer Delegation des erkennenden Gerichtes stattfindet.

## **7. Kapitel: Klage und Urteil**

### **§33 A. DIE KLAGE IM ALLGEMEINEN**

#### **1. Das Wesen der Klage**

Die Klage ist das Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz durch Urteil. Notwendiger Inhalt der Klage ist die genaue Bezeichnung dessen, der Rechtsschutz verlangt (des Klägers), dessen, gegen welchen Rechtsschutz verlangt wird (des Beklagten), und des Prozessgegenstandes (des Rechtsbegehrens). Die Schutzschrift ist ein vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und verfolgt das Ziel, den Erlass einer vorsorglichen Verfügung zu verhindern. Schutzschriften sollten nicht zugelassen werden.

#### **2. Das Rechtsbegehren**

Im Rechtsbegehren wird der Umfang des Streites umschrieben. Es soll so formuliert werden, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann. Vielfach wird es in Frageform abgegeben, wobei das Urteil die Antwort darauf bildet.

##### **a. Bestimmtheit des Rechtsbegehrens**

Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum richterlichen Urteil erhoben werden kann. Das darf aber nicht dazu führen, dass im Bundesprivatrecht begründete Ansprüche nicht durchgesetzt werden können. Von Bundesrechts wegen sind daher unbezifferte Klagen auf Geldzahlung in folgenden Fällen zulässig:

- Wo das Bundesrecht sie ausdrücklich oder konkludent vorsieht
- Wo der bereits eingetretene Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar ist
- Wo erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Bezifferung der Forderung abgibt

- Wo der Kläger auf Rechnungslegung oder Auskunfterteilung durch den Beklagten angewiesen ist, um die Klage zu beziffern

#### b. Bedingungsfeindlichkeit des Rechtsbegehrens

Eine eventuelle oder bedingte Hauptklage ist unzulässig. Zulässig sind dagegen Eventualbegehren neben dem Hauptbegehren und die eventuelle Widerklage.

#### c. Auslegung des Rechtsbegehrens

Wie alle Prozesshandlungen ist auch das Rechtsbegehren auszulegen. Massgeblich ist dabei das Vertrauensprinzip.

### **3. Die Form der Klage**

Die Form der Klage richtet sich nach dem anwendbaren Prozessrecht. Die Klage ist von wenigen Ausnahmen abgesehen in Schriftform zu fassen. Zur Klageform gehören regelmässig: Angabe des Streitwertes, Begründung der Klage, Bezeichnung der Beweismittel.

### **4. Das Rechtsschutzinteresse**

Voraussetzung der Klage ist ein rechtliches Interesse an der Beurteilung des Rechtsbegehrens. Dem Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung der Klage entspricht die Beschwer als Voraussetzung des Rechtsmittels. Ob ein Rechtsschutzinteresse vorhanden ist, beurteilt sich nach Bundesrecht. Das Rechtsschutzinteresse ist Prozessvoraussetzung und daher von Amtes wegen zu prüfen.

## **§34 B. DIE KLAGEARTEN**

### ***I. Die Leistungsklage***

#### **1. Begriff**

Die Leistungs- oder Verurteilungsklage auf die Durchsetzung eines behaupteten Anspruches auf Leistung, Unterlassung oder Duldung gerichtet.

#### **2. Besondere Leistungsklagen**

##### a. Klage auf künftige Leistungen

Im Allgemeinen können nur fällige Ansprüche eingeklagt werden. Vereinzelt lässt aber das materielle Recht Klagen auf zukünftige Leistungen zu, so auf periodische Leistungen.

##### b. Klage auf bedingte Leistung, auf Leistung Zug um Zug

Hat der Beklagte die eingeklagte Leistung nur bei Eintritt einer Bedingung zu erbringen oder nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung des Klägers, so muss auch auf Leistung bei Eintritt der Bedingung oder auf Leistung Zug um Zug geklagt werden können.

##### c. Klage auf Abgabe einer Willenserklärung

Das auf diese Klage hin ergehende Urteil wird dadurch vollstreckt, dass die Erklärung entweder durch das Urteil oder durch den Vollstreckungsrichter ersetzt wird.

#### d. Klage auf Unterlassung

Ein Anspruch auf Unterlassung besteht, wenn die Begehung oder Wiederholung einer widerrechtlichen Handlung unmittelbar droht. Damit wird auch das Rechtsschutzinteresse des Klägers umschrieben. Im Hinblick auf die Vollstreckung muss das zu verbietende Verhalten genau und eng umschrieben sein.

#### e. Klage auf Bestreitungsvermerk

#### f. Interventions- oder Gewährleistungsklage (Appel en cause)

Unter dem Begriff der Interventions- oder Gewährleistungsklage versteht man die Klage einer Partei des Hauptprozesses gegen einen Dritten für behauptete Gewährleistungsansprüche der Hauptpartei gegen ihn. Der Dritte wird dadurch im Hauptprozess als Beklagter ins Recht gefasst.

## **II. Die Feststellungsklage**

### **1. Begriff**

Die Feststellungsklage ist auf die Feststellung des Bestehens (positive) oder Nichtbestehens (negative Feststellungsklage) eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses gerichtet. Ausnahmsweise ist sie zulässig zur Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, d.h. zur Feststellung einer Tatsache.

### **2. Zulässigkeit der Feststellungsklage**

#### a. Im Landesrecht

Als Rechtsschutzinteresse ist vorausgesetzt ein rechtliches, d.h. rechtserhebliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses. Es ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben:

- Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers
- Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit
- Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise

Für bundesrechtlich geregelte Rechte bestimmt das Bundesrecht, ob ein rechtliches Interesse gegeben ist. Im Übrigen bestimmt sich die Zulässigkeit der Feststellungsklage im Bereich des Bundesprivatrechts nach ungeschriebenem Bundesrecht. Die Feststellungsklage ist unzulässig, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Ungeachtet der Zulässigkeit anderer Leistungsklagen auf Grund desselben Sachverhaltes ist die Feststellungsklage da zulässig, wo sie der Beseitigung eines fortdauernden Störungszustandes dient (z.B. Persönlichkeitsrecht).

#### b. Bei der Anwendung von LugÜ 21

## **III. Die Gestaltungsklage**

## **1. Begriff**

Die Gestaltungsklage ist auf die Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Eine Gestaltungsklage muss da erhoben werden, wo ein Gestaltungsrecht ausschliesslich durch Klage ausgeübt werden kann.

## **2. Fälle**

Die mit der Gestaltungsklage bezweckte Rechtsänderung tritt entweder ex nunc ein oder ex tunc.

## **3. Wirkung des Gestaltungsurteils**

Die Rechtsänderung tritt mit der formellen Rechtskraft des gutheissenden Gestaltungsurteils ein. Eine Vollstreckung entfällt. Gestaltungsurteile wirken gegenüber jedermann: es ist von der durch sie geschaffenen neuen Rechtslage auszugehen.

# ***IV. Besondere Klageformen***

## **1. Objektive Klagenhäufung**

Der Kläger kann im gleichen Verfahren mehrere Ansprüche gegen den Beklagten geltend machen, und zwar kumulativ nebeneinander oder im Eventualverhältnis, aber nicht alternativ. Voraussetzungen sind gleiche örtliche und sachliche Zuständigkeit (**GestG 7 II**) und gleiche Verfahrensart.

## **2. Teilklage**

Sofern der materielle Anspruch teilbar ist, kann der Kläger auf Grund der Dispositionsmaxime nur einen Teil der behaupteten Schuld einklagen.

## **3. Doppelseitige Klage (actio duplex)**

Doppelseitige Klagen sind jene, bei welchen nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses auch der oder die Beklagten Anträge auf Zusprechung ihres Anteils stellen können, ohne Widerklage zu erheben.

# **§35 C. DIE WIDERKLAGE**

## ***I. Begriff***

Widerklage ist die im Prozess des Klägers vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage (vgl. **GestG 6, IPRG 8, LugÜ 6 Ziff. 3**). Die Widerklage kann auch nur eventuell erhoben werden, für den Fall der Gutheissung der Hauptklage.

## ***II. Voraussetzungen***

### **1. Gleiche Zuständigkeit**

a. Gleicher Gerichtsstand

b. Gleiche sachliche Zuständigkeit

Für ordentliche Gerichte massgeblich ist regelmässig der höhere Streitwert von Haupt- oder Widerklage. Wird durch die Erhebung der Widerklage ein anderes ordentliches Gericht zuständig, so hat Überweisung zu erfolgen. Sondergerichte: Widerklage ist im Allgemeinen nur zulässig, wenn auch der Gegenanspruch in die Sachkompetenz des Sondergerichtes fällt und die Streitwertgrenze nicht überschritten wird.

### **2. Gleiche Verfahrensart**

D.h. ordentliches, beschleunigtes, summarisches Verfahren.

### **3. Konnexität**

Konnexität ist gegeben, wenn die Ansprüche entweder aus dem gleichen Rechtsgeschäft oder Sachverhalt abgeleitet werden, oder wenn sie sich auf verschiedene Sachverhalte stützen, aber eine enge rechtliche Beziehung zueinander haben. Blosser Verrechenbarkeit genügt nicht.

### **4. Rechtshängigkeit der Hauptklage**

Die Widerklage kann nur rechtshängig werden, wenn die Hauptklage rechtshängig ist.

### **5. Rechtzeitige Erhebung der Widerklage**

Nach einzelnen Prozessgesetzen muss die Widerklage schon im Sühn- oder Vermittlungsverfahren erhoben werden. Sonst ist sie spätestens in der Klageantwort zu erheben.

## ***III. Wirkungen der Widerklage***

### **1. Die Rechtshängigkeit der Widerklage**

Sie wird durch Rückzug oder Anerkennung der Hauptklage nicht berührt.

### **2. Entscheid im gleichen Verfahren**

Grundsätzlich ist über Klage und Widerklage im gleichen Verfahren zu entscheiden. Die Trennung von Haupt- und Widerklage ist aber zulässig.

## **§36 D. PROZESSVORAUSSETZUNGEN, SACHLEGITIMATION**

# **I. Prozessvoraussetzungen**

## **1. Begriff**

Prozessvoraussetzungen sind die Bedingungen des Eintretens auf die Sache. Bei ihrem Fehlen darf nicht (weiterhin) zur Sache verhandelt und es darf kein Sachurteil gefällt werden.

## **2. Was ist Prozessvoraussetzung?**

a. Prozessvoraussetzung ist:

- Gerichtsbarkeit über den Beklagten (keine Immunität)
- Zulässigkeit des Rechtsweges
- Zuständigkeit
- Partei- und Prozessfähigkeit
- Gesetzliche Vertretung
- Rechtsschutzinteresse
- Gehörige Einleitung der Klage
- Abwesenheit eines Kautionsgrundes oder Sicherstellung der Prozesskosten
- Bei Klageänderung: Zulässigkeit derselben.

b. Keine Prozessvoraussetzung ist:

- Das Fehlen von Verjährung und Verwirkung (Sachurteilsfrage)
- Die Sachlegitimation

## **3. Prüfung von Amtes wegen oder auf Einrede hin**

Prozessvoraussetzungen, die nur auf Einrede hin geprüft werden, nennt man Prozesshinder-nisse.

a. Grundsatz: Prüfung von Amtes wegen

b. Ausnahme: Prüfung auf Einrede hin

Kann die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes durch Einlassung begründet werden, so darf das Gericht seine Zuständigkeit nur auf Unzuständigkeitseinrede des Beklagten hin prüfen (**GestG 10 I**). Die kantonalen Prozessordnungen gehen noch vielfach davon aus, dass Rechtshängigkeit (Litispandez) und materielle Rechtskraft (res iudicata) einredeweise geltend zu machen seien. Diese Auffassung ist überholt.

## **4. Das Verfahren der Prüfung der Prozessvoraussetzungen**

a. Prüfung von Amtes wegen

Soweit die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen geprüft werden müssen, erfolgt die Prüfung bei Eingang der Klage, kann aber auch im späteren Verfahren jederzeit noch vorgenommen werden.

b. Prüfung von Prozesseinreden

Grundsätzlich hat der Beklagte Prozesseinreden mit der Beantwortung der Klage zu verbinden.

## **5. Entscheid über Prozessvoraussetzungen**

### **a. Massgeblicher Zeitpunkt**

Die Prozessvoraussetzungen müssen im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils noch gegeben sein. Sie können auch erst bis zu diesem Zeitpunkt eingetreten sein. Ausnahme: Im Scheidungsprozess muss die Zuständigkeit schon bei Anhängigmachung der Klage gegeben sein.

### **b. Form des Entscheides**

Der Entscheid erfolgt durch Prozessentscheid. Er lautet bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung auf Nichteintreten. Bei Vorhandensein der Prozessvoraussetzung ergeht ein prozessleitender Entscheid (Zwischenentscheid), der auf Eintreten auf die Klage lautet.

## **II. Sachlegitimation**

### **1. Begriff**

Sachlegitimation ist die Berechtigung des Klägers, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation), und zwar gegen den ins Recht gefassten Beklagten, der bezüglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung steht und damit passivlegitimiert ist. Die Prüfung der Legitimation erfolgt frei und von Amtes wegen. Der Entscheid über die fehlende Sachlegitimation erfolgt durch Sachurteil (Sachentscheid) und lautet auf Abweisung der Klage.

### **2. Fälle**

Im Normalfall ist der Träger eines Rechts aktivlegitimiert und derjenige, gegen den sich das Recht richtet, passivlegitimiert.

## **§37 E. DAS URTEIL**

### **I. Begriffe**

Die Entscheidart besagt, ob ein Zwischen- oder Endentscheid vorliegt und ob Letzteres mit oder ohne materielle Anspruchsprüfung ergangen ist. Die Entscheidform wird durch die formelle Erledigungsart bestimmt.

#### **1. Prozessleitende und prozesserledigende Entscheide**

Prozessleitende Entscheide dienen der Fortführung des Verfahrens. Prozesserledigende Entscheide führen das Verfahren innerhalb einer Instanz entweder ganz (Endentscheide) oder zum Teil (Teilentscheide) zu Ende.

#### **2. Sachentscheide (Sachurteil) und Prozessentscheide**

#### a. Sachentscheid (Sachurteil)

Er enthält den Entscheid über den eingeklagten Anspruch, wenn und soweit das Gericht die Sachverhaltsvorbringen der Parteien materiellrechtlich würdigt, das heisst den geltend gemachten Anspruch inhaltlich beurteilt. ER ergeht entweder als Sachentscheid (Vollentscheid) oder als Vor- oder Teilentscheid. Im Vorentscheid wird über eine materielle Vorfrage entschieden. Der Sachentscheid beruht entweder auf eigener Rechtsfindung des Gerichts oder auf Parteierklärungen (Vergleich, Anerkennung, Rückzug). Im letzteren Falle ergeht er in den verschiedenen Kantonen als Beschluss oder als Verfügung, im ersteren als Urteil.

#### b. Prozessentscheid

Er enthält den Entscheid des Gerichtes über Vorhandensein oder Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder über die Frage der gehörigen Einleitung der Klage.

#### c. Auslegung

Ob ein Sach- oder ein Prozessentscheid vorliegt, entscheidet sich nicht nach der Bezeichnung des Urteils oder nach dem Wortlaut des Dispositivs, sondern allein nach dessen Gehalt.

#### d. Gegenstandslosigkeit

Als durch Gegenstandslosigkeit erledigt ist der Prozess nur dann abzuschreiben, wenn der Streitgegenstand wegfällt. In den seltenen Fällen wirklicher Gegenstandslosigkeit ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen entweder entsprechend der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes oder nach Ermessen zu entscheiden.

## **II. Urteilsgrundlage**

Das Urteil sollte der wirklichen Rechtslage entsprechen, wie sie im Zeitpunkt der Urteilsfällung besteht. Deshalb hat das Gericht nach den meisten Prozessordnungen dem Urteil den Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er im Zeitpunkt der Urteilsfällung besteht. Die Frage ist kantonales Rechts.

## **III. Die Urteilsfindung**

Die Urteilsfindung ist nicht ein schlichter Syllogismus, in welchem ein bestimmter Sachverhalt als Untersatz einem bestimmten Rechtssatz als Obersatz zu unterstellen und daraus die Rechtsfolge abzuleiten wäre.

## **IV. Die Form des Urteils**

Alle Entscheide, die einen Prozess nicht ganz oder teilweise beenden, können auch als unselbständige gefasst werden, d.h. es sind dies interne, nicht den Parteien mitgeteilte Entscheide. Das auf eigener Rechtsfindung des Gerichts beruhende Sachurteil setzt sich zusammen aus:

- Rubrum (Bezeichnung des Gerichtes, der mitwirkenden Richter und der Parteien)
- Rechtsbegehren
- Entscheidungsgründen (Erwägungen, Motive)
- Dispositiv
  1. Sachentscheid
  2. Kosten- und Entschädigungsentscheid

3. Mitteilungsdispositiv
4. Rechtsmittelbelehrung

## **8. Kapitel: Identität der Klage, Rechtshängigkeit, Rechtskraft**

### **§38 A. IDENTITÄT DER KLAGE**

#### ***I. Bedeutung***

Ist eine Klage rechtshängig, so ist eine spätere identische Klage zwischen den Parteien ausgeschlossen; ist die Änderung der Klage grundsätzlich ausgeschlossen; bei rechtskräftiger Entscheidung kann über eine identische Klage nicht nochmals entschieden werden (materielle Rechtskraft).

#### ***II. Identitätsbegriff***

Eine Klage ist mit einer anderen identisch, wenn die Parteien und der Streitgegenstand identisch sind.

##### **1. Identität der Parteien**

Sie ist gegeben, wenn die gleichen Parteien oder ihre Rechtsnachfolger einander gegenüberstehen. Für Rechtsnachfolger liegt Identität vor, wenn sie nach materiellem Recht in die Rechts- bzw. Pflichtstellung der Partei eingetreten sind.

##### **2. Identität des Streitgegenstandes**

Die Umschreibung der Identität des Streitgegenstandes ist schwierig und umstritten.

###### **a. Individualisierte Rechte**

Verhältnismässig leicht fällt die Bestimmung der Identität, wenn im Rechtsbegehren das strittige Recht oder Rechtsverhältnis genau bezeichnet wird.

###### **b. Nichtindividualisierte Rechte**

Hier muss auf die Klagebegründung zurückgegriffen werden. Dabei können drei Hauptrichtungen von Theorien unterschieden werden: Materiellrechtliche Theorie (der Streitgegenstand wird mit dem materiellrechtlichen Anspruch gleichgesetzt), Antragstheorie (der Streitgegenstand wird allein durch das Rechtsbegehren bestimmt), Theorie des Lebensvorganges (der Streitgegenstand wird durch das Rechtsbegehren in Verbindung mit dem behaupteten Lebensvorgang bestimmt). Die Theorie des Lebensvorganges ist in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung herrschend.

### **III. Die Identitätsfrage in der Rechtsprechung**

#### **1. Kantonales Recht – Bundesrecht**

Soweit bundesrechtliche Ansprüche in Frage stehen, beurteilt sich die Frage der Klageidentität nach Bundesrecht.

#### **2. Auslegung von Rechtsbegehren und Urteil**

Zum Entscheid der Identitätsfrage sind die fraglichen Rechtsbegehren objektiv nach allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen. Das Urteilsdispositiv des früheren Urteils, welches die abgeurteilte Sache begründen soll, ist unter Heranziehung der Urteilsabwägungen auszulegen.

#### **3. Der bundesgerichtliche Identitätsbegriff**

Eine abgeurteilte Sache liegt vor, falls der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird.

#### **4. Der Identitätsbegriff im eurointernationalen Verhältnis**

Der EuGH legt den Identitätsbegriff vertragsautonom aus; das Bundesgericht folgt dieser Rechtsprechung bei der Anwendung von [LugÜ 21](#).

### **§39 B. RECHTSHÄNGIGKEIT (LITISPENDENZ)**

#### **I. Begriff und Bedeutung**

##### **1. Begriff**

Rechtshängigkeit nennt man die Anhängigkeit der Klage beim Gericht von einem bestimmten Zeitpunkt an. Sie ist zu unterscheiden von der Klageeinleitung, wenn diese noch keine Rechtshängigkeit entstehen lässt, und von der Klageanhebung, einem Begriff des Bundesrechts, der bestimmt, ob bundesrechtliche Verwirklichungsfristen gewahrt sind. An die Klageanhebung wird vielfach die Rechtsfolge der Fixierung des Gerichtsstandes geknüpft. Die Klageanhebung ist diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft. Der Begriff der Rechtshängigkeit bestimmt sich für Binnenverhältnisse nach kantonalem Recht.

##### **2. Bedeutung**

Mit der Rechtshängigkeit beginnt die richterliche Prozessleitung und es entstehen verschiedene prozessuale Wirkungen.

## **II. Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit**

Ist in den Kantonen ein Sühnversuch notwendig, tritt die Rechtshängigkeit zum Teil im Laufe desselben ein. Zum grösseren Teil auch bei Notwendigkeit eines Sühnversuches tritt die Rechtshängigkeit mit der Einreichung des Sühnausweises bzw. der Klage beim Gericht ein. Nach **ZGB 136** wird der Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage bundesrechtlich geregelt. Die Widerklage wird, soweit sie im Sühnverfahren erhoben werden kann, entweder mit der Einreichung der Weisung rechtshängig oder mit ihrer Erhebung vor dem erkennenden Gericht. Im internationalen Verhältnis ist zu unterscheiden bezüglich der allgemeinen Wirkungen der Rechtshängigkeit und bezüglich der Ausschlusswirkung für spätere identische Klagen. Bezüglich letzterer gelten Sonderregelungen: Im allgemein internationalen Verhältnis ist **IPRG 9 II** massgebend, im eurointernationalen Verhältnis **LugÜ 21**. Rechtshängigkeit tritt auch beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen ein.

## **III. Wirkungen der Rechtshängigkeit**

### **1. Allgemeines**

#### **a. Keine materiellrechtlichen Wirkungen**

Obwohl verschiedene Prozessgesetze auch materiellrechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit statuieren, sind diese ausschliesslich durch materielles Bundesrecht normiert. Die Rechtshängigkeit hat nur prozessuale Wirkungen.

#### **b. Ausschluss und Fixationswirkungen**

Diese Wirkungen bestehen einerseits im Ausschluss bestimmter prozessualer Handlungen, andererseits in der Festlegung gewisser Grundlagen des Prozesses.

### **2. Ausschlusswirkungen**

#### **a. Ausschluss einer zweiten identischen Klage: Litispendenz**

Ist der Streit über ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis zwischen den Parteien hängig, so fehlt ein Rechtsschutzinteresse an der Zulassung einer zweiten identischen Klage, wenn erwartet werden kann, dass im ersten Prozess ein vollstreckbares Sachurteil ergehen wird. Diese Erwartung ist dann begründet, wenn im ersten Prozess die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wenn im internationalen Verhältnis bei Hängigkeit der ersten Klage vor einem ausländischen Gericht dessen Urteil in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden kann. Die Litispendenz ist sowohl im internen wie im internationalen Verhältnis von Amtes wegen zu beachten. Auf die Klage wird nicht eingetreten, falls Litispendenz vorliegt.

#### **b. Ausschluss des Klageabstandes ohne Rechtskraftwirkung: sog. Fortführungslast**

Nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist der Kläger in der Verfügung über die Klage nicht mehr frei. Zieht er die Klage zurück, so kann er sie regelmässig nicht mehr neu erheben, weil die Prozessgesetze den Klagerückzug im Allgemeinen dem Urteil gleichstellen oder dem gestützt darauf ergehenden Urteil ausdrücklich materielle Rechtskraft beilegen. Die Fortführungslast tritt nur dann nicht ein, wenn der Rückzug zulässigerweise unter Vorbehalt der Wiedereinbringung erfolgt (Rückzug angebrachtermassen). Zulässig ist dieser Rückzug im Allgemeinen

nur zur Verbesserung prozessualer Mängel. Der Rückzug mit Zustimmung der Gegenpartei sollte stets ohne materielle Rechtskraft erfolgen.

### **3. Fixationswirkungen**

a. Festlegung des Gerichtsstandes: Perpetuatio fori

Die Zuständigkeit bestimmt sich nach den Verhältnissen bei Eintritt der Rechtshängigkeit und wird durch nachfolgende Veränderung der Verhältnisse nicht berührt.

b. Festlegung des Streitgegenstandes: keine oder erschwerte Klageänderung

Für Änderungen vorausgesetzt wird regelmässig der Sachzusammenhang mit dem ursprünglichen Begehren und das Ausbleiben einer erheblichen Erschwerung oder Verzögerung des Verfahrens.

c. Verbot der Veränderung des Streitgegenstandes

Der Streitgegenstand darf nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr verändert werden. Dieses Verbot sieht aber keine Sanktion vor. Zum Schutz der Gegenpartei vor Veränderungshandlungen genügen vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung des Streitgegenstandes.

d. Fixierung der Parteien

Der Ausschluss des Parteiwechsels widerspricht der modernen Auffassung.

e. (überholt: Festlegung des Sachverhaltes)

### **§40 C. RECHTSKRAFT**

Das Urteil muss endgültig und verbindlich sein. Darin liegt zweierlei: die Unabänderlichkeit des Urteils (formelle Rechtskraft) und die Verbindlichkeit des Urteils zwischen den gleichen Parteien in späteren Prozessen (materielle Rechtskraft).

#### ***1. Formelle Rechtskraft***

##### **1. Begriff**

Formelle Rechtskraft bedeutet, dass das Urteil mit ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung, Rekurs) nicht mehr angefochten werden kann.

##### **2. Eintritt der formellen Rechtskraft**

Die formelle Rechtskraft tritt ein: bei nicht weiterziehbaren Urteilen mit der Ausfällung oder Zustellung; bei Urteilen, die mit kantonalen ordentlichen Rechtsmitteln oder mit bundesrechtlicher Berufung weiterziehbar sind, wenn kein Rechtsmittel ergriffen wird (**OG 54 II**), wenn ein Rechtsmittel ergriffen, aber zurückgezogen wird, mit dem Eingang des Rückzuges beim Gericht.

### **3. Die Vollstreckbarkeit**

Die Vollstreckbarkeit des rechtskräftigen Urteils tritt regelmässig mit der formellen Rechtskraft ein, kann aber durch das Gesetz aufgeschoben sein.

## ***II. Materielle Rechtskraft***

### **1. Begriff und Bedeutung**

Materielle Rechtskraft bedeutet, dass das Urteil für spätere Prozesse der Parteien und ihrer Rechtsnachfolger verbindlich ist. Das bedeutet dreierlei: eine identische Klage ist ausgeschlossen, die gegenteilige Klage ist ausgeschlossen, das Ersturteil ist präjudiziell für Vorfragen des Zweiturteils.

### **2. Rechtskrafttheorie**

### **3. Bindung an das Dispositiv**

Die Bindung an ein früheres Urteil bedeutet Bindung an das Dispositiv. Zur Feststellung der Bedeutung des Dispositivs und der Identität der Klage, auf welche es sich bezieht, sind aber die Urteils motive heranzuziehen.

### **4. Rechtskräftige Entscheide**

Materiell rechtskräftig werden Sachurteile sowie die auf Parteierklärungen hin ergehenden Prozessentscheide. Ein Sachurteil liegt auch dann vor, wenn die Klage mangels Substanziierung oder mangels Beweises abgewiesen wird.

### **5. Einzelfragen**

#### **a. Rechtskraft des abweisenden Scheidungsurteils**

Ist ein gemeinsames Scheidungsbegehren rechtskräftig abgewiesen worden, so steht einem neuen gemeinsamen Rechtsbegehren keine materielle Rechtskraft entgegen, weil das neue gemeinsame Scheidungsbegehren auf neuen Tatsachen beruht.

#### **b. Wirkung des Urteils gegen Dritte**

Die materielle Rechtskraft bindet die Parteien und ihre Rechtsnachfolger. Auf Grund des materiellen Rechts entfalten jedoch gewisse Urteile auch Wirkungen für Dritte: Gestaltungsurteile wirken gegenüber jedermann; die in Prozessstandschaft erstrittenen Urteile sind auch für die Berechtigten/Verpflichteten verbindlich; das Urteil, das eine Forderung gegen eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zuspricht, ist auch für die Gesellschafter verbindlich; das Urteil, das eine Kollokationsklage des abgewiesenen Gläubigers gegen die Konkursmasse gutheisst, wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger.

## **6. Die materielle Rechtskraft beurteilt sich nach Bundesrecht**

Es ist daher die bundesrechtliche Berufung gegeben. Mit dieser kann sowohl gerügt werden, der kantonale Richter habe zu Unrecht die materielle Rechtskraft bejaht, als auch, er habe sie zu Unrecht verneint.

## **7. Materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis**

Ob ein ausländischer Entscheid für ein späteres Verfahren in der Schweiz materielle Rechtskraft begründet, ist nach schweizerischem Recht zu beurteilen, weil zu beurteilen ist, ob in der Schweiz ein Rechtsschutzinteresse für die neue Klage besteht.

# **9. Kapitel: Prozesshandlungen des Gerichtes und der Parteien**

## **§41 A. DIE PROZESSHANDLUNGEN DES GERICHTES**

Mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit liegt die Aufgabe der Förderung des Prozesses hauptsächlich beim Gericht: es gilt der Grundsatz der richterlichen Prozessleitung. Das Gericht fördert den Prozess durch Vorladungen der Parteien zu Verhandlungen (Tagfahrten), durch Fristansetzung für schriftliche Eingaben oder zur Erfüllung anderer Lasten, und durch prozessleitende Entscheide bis zum Endentscheid. Dabei hat es Vorladungen, Verfügungen, prozessleitende und Endentscheide den Parteien ordnungsgemäss zuzustellen.

### ***I. Vorladungen***

#### **1. Begriff**

Vorladung ist die Aufforderung des Gerichtes an eine Person, als Partei, Parteivertreter, Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht zu erscheinen.

#### **2. Form**

Die Vorladung ist schriftlich zu erlassen; unter besonderen Umständen ist nach einzelnen Gesetzen auch mündliche Vorladung zulässig. Sie muss den Adressaten nennen, die Eigenschaft, in welcher er vorgeladen wird, die Prozesssache, Ort und Zeit des Erscheinens, und sie muss unterschrieben sein. Zwischen der Zustellung der Vorladung und der Verhandlung hat eine von Gesetz zu Gesetz variierende Minimalfrist zu liegen.

#### **3. Bedeutung**

Die gehörige Vorladung ist erste Voraussetzung der Gewährung des rechtlichen Gehörs.

### ***II. Zustellungen***

## **1. Begriff**

Vorladungen, Fristansetzungen, prozessleitende Verfügungen, Endentscheide müssen den Parteien, Zeugen usw. als Gerichtsurkunden zugestellt werden, um ihre prozessrechtliche Wirkung zu entfalten.

## **2. Form der Zustellung**

Die Zustellung erfolgt gewöhnlich durch die Post oder durch einen Gerichtsbeamten (Weibel). Gültig ist die Zustellung an den Adressaten persönlich oder an eine nach Bestimmungen der Post zum Empfang von Gerichtsurkunden befugte Person. Die Zustellung gerichtlicher Urkunden ist erst vollendet, wenn die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist. Wird eine Zustellung schuldhaft verhindert, so gilt sie als erfolgt. Wird die im Postfach liegende Sendung nicht abgeholt, so gilt sie als am letzten Tag der Abholfrist zugestellt.

## **3. Ediktalzustellung**

Bei unbekanntem Wohnsitz des Adressaten erfolgt die Zustellung durch Publikation im Amtsblatt. Voraussetzung der Ediktalzustellung ist, dass der Kläger bzw. das Gericht alle sachdienlichen Nachforschungen zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Adressaten angestellt haben.

## **4. Internationale Zustellungen**

### ***III. Protokoll***

Für die Prozesshandlungen der Parteien und des Gerichts erbringt das Protokoll den Beweis (**ZGB 9**). Stets ist nur der wesentliche Inhalt der Parteidarstellungen und der Zeugenaussagen aufzunehmen, ferner die Dispositive der gerichtlichen Entscheide.

### ***IV. Entscheidungen***

### ***V. Fehlerhafte Prozesshandlungen der Gerichte***

#### **1. Verbesserung**

Fehlerhafte Prozesshandlungen sind vom Gericht vor der Endentscheidung zu verbessern, im Allgemeinen durch fehlerlose Wiederholung der Prozesshandlung. Im Übrigen hat die Behebung von Verfahrensmängeln im Rechtsmittelverfahren zu geschehen.

#### **2. Fehlerhafte Entscheide**

a. Regel: keine Nichtigkeit

Werden fehlerhafte Prozesshandlungen nicht behoben, so hat dies nicht die Unverbindlichkeit oder Nichtigkeit des Urteils zur Folge; das Urteil bleibt gültig, soweit es nicht durch Rechtsmittel angefochten wird (Rechtssicherheit).

b. Ausnahme: Nichturteile, nichtige und wirkungslose Urteile  
Unbeachtlich sind Nicht- oder Scheinurteile, die nicht von einem Gericht ausgehen. Von absolut nichtigen Urteilen spricht man, wenn ein Gericht die Schranken seines rechtlichen Könnens überschreitet. Wirkungslos ist ein Urteil, das eine dem geltenden Recht unbekannte Rechtsfolge ausspricht.

## **§42 B. DIE PROZESSHANDLUNGEN DER PARTEIEN**

### ***I. Prozessuale Lasten und Pflichten***

#### **1. Prozessuale Lasten**

Die Prozesshandlungen der Parteien werden, auch soweit sie für den normalen Fortgang des Verfahrens notwendig sind, nicht erzwungen: Das Handeln liegt im eigenen Interesse der Parteien. Die Unterlassung hat prozessuale Nachteile zur Folge. Man spricht daher von Lasten der Parteien:

- Bei Fristversäumnis tritt die mit der Fristansetzung angedrohte Rechtsfolge ein
- Den Kläger trifft nach Eintritt der Rechtshängigkeit die Fortführungslast, den Beklagten, der nicht rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede erhebt, die Einlassungslast
- Diejenige Partei, welche die ihr obliegenden Prozesshandlungen nicht vornimmt, treffen die Folgen des Säumnisverfahrens
- Die von der Behauptungs- und Beweislast betroffene Partei trifft bei Nichtbefolgung der Nachteile der Nichtberücksichtigung ihres Standpunktes mangels Substanziierung oder mangels Beweises.

#### **2. Prozessuale Pflichten**

Wird dagegen ein prozessuales Verhalten einer Partei unter eine Disziplinar- oder Strafsanktion gestellt oder direkt erzwungen, so stellt das betreffende Verhalten eine Pflicht der Partei dar.

### ***II. Prozesshandlungen der Parteien***

#### **1. Begriff**

Prozesshandlungen der Parteien sind Rechtshandlungen, deren Hauptwirkungen auf dem Gebiet des Prozessrechts liegen. Sie sind streng zu unterscheiden von den rechtsgeschäftlichen Handlungen der Parteien, für deren Eintritt und Wirkungen ausschliesslich materielles Recht gilt.

#### **2. Arten von Prozesshandlungen**

#### a. Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen

Erwirkungshandlungen sind jene Prozesshandlungen, die bestimmt und geeignet sind, vom Gericht eine Bestimmte Entscheidung zu erwirken. Sie erzielen nicht selbst eine bestimmte Wirkung, sondern wollen diese nur indirekt über das Tätigwerden des Richters erreichen. Bewirkungshandlungen sind Handlungen, die im Rahmen des Prozesses unmittelbar eine bestimmte Wirkung herbeiführen.

#### b. Einseitige und zweiseitige Prozesshandlungen

Während die meisten Prozesshandlungen der Parteien einseitig sind, gibt es auch einzelne zweiseitige oder Prozessverträge: Schiedsvertrag, Prorogationsvertrag, Vergleich, Vereinbarung über die Prozesssprache.

### **3. Form der Prozesshandlungen**

Die Prozesshandlungen können nur soweit mündlich vorgenommen werden, als nicht Schriftlichkeit vorgeschrieben ist. Soweit Schriftform vorgeschrieben ist, müssen die Eingaben unterzeichnet sein. Schriftsätze dürfen keinen ungebührlichen Inhalt aufweisen und nicht weiterschweifig sein. Gegebenenfalls wird Nachfrist für die Verbesserung angesetzt. Prozesshandlungen sind in der Amtssprache des Gerichtskantons vorzunehmen, wenn das Gericht nicht eine Ausnahme gestattet.

### **4. Auslegung der Prozesshandlungen**

Der Inhalt einer Prozesshandlung ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei gelten die für privatrechtliche Erklärungen massgeblichen Auslegungsregeln. Die Partei kann u.U. zur Klarstellung aufgefordert werden.

### **5. Prozesshandlungen sind bedingungsfeindlich**

Zulässig sind Eventualbegehren neben einem Hauptbegehren, Eventualwiderklagen, eventuelle Tatsachenbehauptungen neben einer Hauptbehauptung. Prozessuale Gestaltungsrechte sind unbedingt und unwiderruflich auszuüben.

## ***III. Vergleich, Klagerückzug, Klageanerkennung***

### **1. Vergleich**

#### a. Begriff: gerichtlicher und aussergerichtlicher Vergleich

Der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen die Parteien mittels gegenseitigen Nachgebens den Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigen (Innominatvertrag). Zum gerichtlichen Vergleich wird er dadurch, dass er vor dem Gericht abgeschlossen oder diesem eingereicht wird. Alsdann beendet er den Prozess ganz oder zum Teil (Teilvergleich). Er erlangt daher prozessuale Wirkungen.

#### b. Zulässigkeit

Zulässig ist der Vergleich nur im Rahmen der Dispositionsbefugnis der Parteien.

#### c. Form

Für den vor dem Friedensrichter/Vermittler abgeschlossenen Vergleich verlangen die Gesetze regelmässig Schriftlichkeit. Der vor Gericht geschlossene Vergleich wird zu Protokoll genommen. Er kann auch aussergerichtlich in Schriftform abgeschlossen und dem Gericht eingereicht werden.

#### d. Gerichtliche Überprüfung des Vergleichs

Einzelne Gesetze sehen die Überprüfung auf Zulässigkeit, Vollständigkeit und Klarheit vor.

## **2. Prozessabstand: Klagerückzug, Klageanerkennung**

### a. Begriff

Aus der Dispositionsmaxime ergibt sich, dass der Kläger durch Rückzug der Klage und der Beklagte durch deren Anerkennung den Prozess beenden können. Beide Erklärungen können als Abstand vom Prozess bezeichnet werden. Klagerückzug und Klageanerkennung haben mittelbar die materiellrechtliche Wirkung des Anspruchsverzichts bzw. der Anspruchsanerkennung. Sie sind aber davon zu unterscheiden: Klagerückzug durch einseitige Erklärung, Forderungsverzicht durch zweiseitigen Erlassvertrag.

### b. Zulässigkeit

Der Klagerückzug ist unbeschränkt zulässig. Die Klageanerkennung ist nur im Rahmen der Dispositionsbefugnis der Parteien wirksam.

### c. Form und Überprüfung

## **3. Wirkung von Vergleich, Klagerückzug, Klageanerkennung**

### a. Prozessbeendigung

Je nach Prozessordnung wird der Prozess infolge Vergleichs oder Abstandserklärung erledigt: ipso iure (ohne gerichtlichen Entscheid), durch einen gerichtlichen Erledigungsentscheid. Dieser geht oft in der Form eines Abschreibungsbeschlusses.

### b. Vollstreckbarkeit und materielle Rechtskraft

Bundesrechtlich sind gerichtliche Vergleiche und Schuldanerkennungen, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gehen, nach SchKG vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichgestellt. Die kantonalen Prozessgesetze statuieren entweder nur die Vollstreckbarkeit von Vergleich oder Klageanerkennung oder stellen diese Parteierklärungen bzw. den Erledigungsentscheid einem rechtskräftigen Urteil gleich. Nur vereinzelt billigen die Prozessgesetze dem Erledigungsentscheid ausdrücklich materielle Rechtskraft zu. Nach richtiger Auffassung bestimmt das Bundesrecht, wann materielle Rechtskraft vorliegt und daher ein Rechtsschutzinteresse fehlt. Ein Rechtsschutzinteresse fehlt nach dem Abstand von der rechtshängigen Klage und nach dem Vergleich im Prozess, weshalb materielle Rechtskraft zu bejahen ist.

### c. Geltendmachung von Willensmängeln

Vergleich und Abstandserklärung haben eine materiellrechtliche und eine prozessrechtliche Seite. Man spricht daher von der Doppelnatur des Vergleichs, der Abstandserklärung. Als rechtsgeschäftsähnliche Parteierklärungen können sie wegen materiellrechtlicher Mängel angefochten werden, besonders unter Berufung auf Willensmängel. Allgemein ist zu beachten: Beim Vergleich liegt kein Irrtum vor, wenn die durch den Vergleich beseitigte Ungewissheit nachträglich behoben wird.

## ***IV. Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien***

### **1. Formfehler**

Genügen Rechtschriften den Erfordernissen nicht, so hat das Gericht Frist zur Verbesserung anzusetzen.

### **2. Versäumnis von Fristen und Tagfahrten**

### **3. Fehlende Vertretungsmacht des Prozessvertreters und Prozessunfähigkeit der Partei**

Heilung durch Genehmigung seitens der Partei bzw. des gesetzlichen Vertreters ist möglich. Erfolgt keine Genehmigung, so sind die Prozesshandlungen des falsus procurator und der prozessunfähigen Partei nichtig. Ist eine Partei ausserstande, den Prozess gehörig zu führen, so kann das Gericht sie anhalten, einen Vertreter zu bestellen, u.U. selbst einen Vertreter bezeichnen oder die Vormundschaftsbehörde benachrichtigen.

### **4. Widerruf und Abänderung von Prozesshandlungen**

Erwirkungshandlungen können grundsätzlich bis zur Entscheidung zurückgezogen oder abgeändert werden, insbesondere auch tatsächliche Behauptungen. Zugeständnisse können vereinzelt nur bei Glaubhaftmachung von Irrtum widerrufen werden; im Übrigen ist das widerrufene Zugeständnis frei zu würdigen. Bewirkungshandlungen können nicht frei zurückgenommen werden.

### **5. Willensmängel**

Prozesshandlungen können im Allgemeinen nicht wegen Willensmängeln angefochten werden, weil sie keine Rechtsgeschäfte sind.

### **6. Reform**

## ***§43 C. FRISTEN, TAGFAHRTEN, WIEDERHERSTELLUNG***

Im Interesse der Herstellung des Rechtsfriedens muss der Prozess beförderlich durchgeführt werden. Diesem Zweck dienen die prozessualen Zeitbestimmungen.

### ***I. Fristen***

## **1. Begriff**

Frist ist die Zeitspanne, innert welcher eine Prozesshandlung vorgenommen werden muss. Gesetzliche Fristen sind jene, deren Dauer das Gesetz bestimmt. Sie können nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen abgekürzt oder erstreckt werden. Richterliche Fristen sind jene, deren Dauer vom Gericht im Einzelnen festgesetzt wird. Die Gesetze kennen Regelminima und –maxima. Richterliche Fristen müssen aus zureichenden Gründen erstreckt werden.

## **2. Fristberechnung**

Der Tag der Eröffnung oder Mitteilung der Frist wird nicht mitgezählt. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag, so endigt die Frist am nächsten Werktag. Die Frist ist eingehalten, wenn die Handlung am letzten Tage bis 24 Uhr dem Gericht gegenüber vorgenommen worden ist. Bei Benützung der schweizerischen Post genügt die Postaufgabe. Personen im Ausland wahren die gerichtliche Frist, wenn die Eingabe am letzten Tag der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eintrifft (**IPRG 12**). Wird die Eingabe nicht der richtigen Instanz eingereicht, so gelten die Regeln von **OG 32 IV, V** sinngemäss: sie ist rechtzeitig, wenn sie fristgerecht einer anderen Behörde eingereicht wird, und sie ist von dieser Behörde unverzüglich der zuständigen Behörde zu überweisen. Gerichtsferien bewirken: entweder den Stillstand des Fristenlaufs oder eine Verlängerung über das Ende der Ferien hinaus.

## **II. Tagfahrten (Termine)**

Tagfahrt ist der Termin, an welchem eine Partei- oder Beweisverhandlung vor Gericht stattfindet. Ort, Tag, Stunde und Zweck werden den Parteien und Zeugen in der Vorladung bekannt gegeben. Eine Verschiebung kann aus zureichenden Gründen bewilligt werden.

## **III. Säumnisfolgen**

Die Säumnis der Parteien in der Einhaltung von Fristen und in der Wahrnehmung von Tagfahrten darf den Fortgang des Verfahrens nicht hindern. Auf die Säumnisfolgen sind die Parteien und Zeugen in der Vorladung oder Fristansetzung hinzuweisen. Die Säumnisfolgen bestimmen sich nach dem Prozessgesetz. Sieht das Gesetz keine bestimmte Folge vor, so bestimmt sie das Gericht. Dabei ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Bei der Versäumnis von Tagfahrten tritt die Säumnisfolge nach Ablauf von einer oder zwei Stunden nach dem festgesetzten Zeitpunkt ein (Respektstunde).

## **IV. Wiederherstellung**

### **1. Wiederherstellung von Fristen und Tagfahrten**

Eine versäumte Frist oder Tagfahrt kann unter bestimmten Voraussetzungen wiederhergestellt werden. Die unterschiedlichen kantonalen Vorschriften verlangen gewöhnlich:

- a. Säumnis wegen eines unverschuldeten Hindernisses
- b. Frist

Das Gesuch muss innert kurzer Frist nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden.

#### c. Nachholung der versäumten Handlung

Sie wird von einzelnen Prozessordnungen verlangt (auch im Bund). Fehlt es an einer entsprechenden kantonalen Regelung, so gilt **OG 35** als allgemeiner Rechtsgrundsatz.

### **3. Wiederherstellung gegen Säumnisurteile (Reinigung)**

Nach verschiedenen Prozessordnungen kann die Partei, gegen welche ein Säumnisurteil ergangen ist, innert bestimmter Frist Einspruch erheben, ein Reinigungsgesuch stellen, die Aufhebung des Urteils verlangen oder den Gegner durch Rechtsbot vorladen. Die Aufhebung des Versäumnisurteils ist entweder abhängig vom Nachweis genügender Entschuldigungsgründe oder ohne weiteres zu bewilligen.

## ***V. Versäumnis von Klagefristen des Bundesrechts***

### **1. Das Problem**

Die bundesrechtlichen Klagefristen sind Verwirkungsfristen. Weil es sich um bundesrechtliche Fristen handelt, bestimmt auch das Bundesrecht: mit welcher prozessualen Handlung sie eingehalten werden; ob und gegebenenfalls wie versäumte Fristen wiederhergestellt werden können. Die kantonalen Vorschriften über die Wiederherstellung von Fristen sind also nicht anwendbar. Anwendbar ist einzig **OG 35**. Durch unrichtige Klageeinleitung wird die Klagefrist nicht eingehalten.

### **2. Möglichkeiten, den Klage- und Rechtsverlust zufolge falscher Klageeinleitung zu vermeiden**

Die unrichtige Klageeinleitung allein sollte nicht zu einem Rechtsverlust führen. Die Prozessgesetze suchen deshalb zum Teil einen Weg, diese Folge zu vermeiden. Soweit diese Möglichkeit nicht besteht, kann mit **OR 139** geholfen werden.

#### a. Aufrechterhaltung (oder Wiederherstellung) der Rechtshängigkeit

Die unrichtige Klageeinleitung genügt für die Fristwahrung, wenn die durch sie begründete Rechtshängigkeit bis zur nachträglichen richtigen Klageeinleitung bestehen bleibt oder durch diese wiederhergestellt wird. Eine Rückbeziehung der Rechtshängigkeit auf die erste Klageeinleitung, wenn die richtige Klageeinleitung innert einer bestimmten Frist erfolgt, kennen einige Kantone. Andere Prozessordnungen kennen die Fortdauer der Rechtshängigkeit bei sofortiger, berichteter Weidereinbringung. Eine weitere Möglichkeit ist die Prozessüberweisung an das zuständige Gericht ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit.

#### b. Analoge Anwendung von OR 139

Sehen die Prozessgesetze keine Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit vor, so wendet die Praxis **OR 139** analog an. Aufgrund der analogen Anwendung kommt nicht eine Frist von 60 Tagen in Betracht, sondern eine im Hinblick auf die ursprüngliche Klagefrist angemessene Nachfrist.

## **VI. Prozessverjährung**

### **10. Kapitel: Beweisrecht**

#### **§44 A. BEGRIFF, GEGENSTAND UND ARTEN DES BEWEISES**

##### **I. Begriff**

Rechtsfolgen knüpfen sich an bestimmte Tatsachen. Im Zivilprozess sind zunächst die Tatsachen festzustellen, auf deren Grundlage die Rechtssätze anzuwenden sind. Die Feststellung bestrittener Tatsachen geschieht im Beweisverfahren. Beweisen heisst dabei, die Wahrheit oder Unwahrheit einer Sachbehauptung feststellen. Beweis nennt man auch Beweismittel: Urkunden, Zeugen, Augenschein, Sachverständige, Parteibefragung. Beweis bezeichnet schliesslich das Ergebnis der Beweisführung: den erbrachten Beweis der behaupteten Tatsache.

##### **II. Gegenstand des Beweises**

###### **1. Tatsachen – Erfahrungssätze – Rechtssätze**

###### **a. Tatsachen**

Zu beweisen sind Tatsachen, bei deren Verwirklichung die Rechtsfolge eintritt. Neben äusseren sind auch innere Tatsachen zu beweisen. Indizien sind Tatsachen, die selbst nicht Tatbestandsmerkmal sind, die aber auf Tatbestandsmerkmale schliessen lassen. Hilfstatsachen sind relevant für die Würdigung von Beweismitteln.

###### **b. Erfahrungssätze**

Erfahrungssätze über bestimmte Geschehensabläufe oder über Ursache und Wirkung müssen durch die Erkenntnisse der betreffenden Wissenschaft nachgewiesen werden.

###### **c. Rechtssätze**

Rechtssätze sind wegen des Grundsatzes *iura novit curia* nur nachzuweisen, soweit das Gericht vom anwendbaren ausländischen Recht oder Gewohnheitsrecht keine sichere Kenntnis hat. Handelsbräuche haben nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung keine objektive Geltung, sind aber als ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragsinhalt Beweisgegenstand.

###### **2. Erhebliche bestrittene Tatsachen**

###### **a. Beweis nur über rechtserhebliche Tatsachen**

Beweis ist nur über Tatsachen abzunehmen, welche Tatbestandsmerkmale sind oder welche als Indizien geeignet sind, solche wahrscheinlich zu machen. Darüber, was rechtserheblich ist, muss vor Einleitung des Beweisverfahrens entschieden werden.

#### b. Kein Beweis über nicht bestrittene Tatsachen

Soweit die Verhandlungsmaxime gilt, müssen nicht bestrittene Tatsachen nicht bewiesen werden. Das Zugestehen einer Tatsache im Prozess, das gerichtliche Geständnis, schliesst den Beweis aus, ist aber kein Beweismittel. Das aussergerichtliche Geständnis ist seinerseits Gegenstand des Beweises und bildet ein Indiz für die im Prozess bestrittene Tatsache.

#### c. Nicht zu beweisen sind ferner:

Offenkundige Tatsachen (allgemeinnotorische oder gerichtsnotorische Tatsachen) und Tatsachen, für welche eine tatsächliche Vermutung spricht.

### **III. Arten des Beweises**

#### **1. Unmittelbarer und mittelbarer Beweis**

Der unmittelbare Beweis belegt die beweiswürdige Tatsache, der mittelbare oder Indizienbeweis erlaubt Schlüsse auf die beweisbedürftige Tatsache.

#### **2. Hauptbeweis – Gegenbeweis – Beweis des Gegenteils**

Hauptbeweis ist der der beweisbelasteten Partei obliegende Beweis. Durch ihn soll der Richter von der Wahrheit einer erheblichen Tatsachenbehauptung überzeugt werden. Gegenbeweis ist der Beweis des Gegners der beweisbelasteten Partei, der selbst Beweismittel anruft, um den Hauptbeweis nicht gelingen zu lassen. Es genügt, dass bei Richter Zweifel an der Richtigkeit der Sachdarstellung der beweisbelasteten Partei entstehen. Beweis des Gegenteils ist der Beweis, mit welchem eine gesetzliche Vermutung beseitigt werden soll. Dieser ist wiederum ein Hauptbeweis.

#### **3. Das Beweismass**

##### a. Strikter Beweis

Tatbestandsmerkmale müssen im Allgemeinen bewiesen, d.h. zur vollen Überzeugung des Richters gebracht werden. Hierfür kann es aber genügen, dass ein Sachverhalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erstellt ist, wenn völlige Sicherheit nicht zu gewinnen ist.

##### b. Glaubhaftmachung

Für bestimmte Rechtsfolgen verlangt das materielle Recht nur Glaubhaftmachung. Im Prozessrecht ist die Glaubhaftmachung eine Form der möglichen Beweisbeschränkung des summarischen Verfahrens. Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind.

##### c. Kausalzusammenhang: überwiegende Wahrscheinlichkeit

Wo es um den Nachweis des Kausalzusammenhanges geht und der Natur der Sache nach ein direkter Beweis nicht geführt werden kann, lässt es die Praxis bei der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs genügen, und zwar auch beim hypothetischen Kausalzusammenhang.

## **§45 B. BEWEISLAST**

### ***I. Begriff und Bedeutung***

#### **1. Begriff**

Die Regeln über die Beweislast bestimmen die Folgen der Beweislosigkeit. Sie weisen den Richter an, gegen die beweispflichtige Partei zu entscheiden, diese also die Folgen der Beweislosigkeit tragen zu lassen. Begrifflich wird unterschieden zwischen subjektiver Beweislast (Beweisführungslast; wer hat Beweis zu führen?) und objektiver Beweislosigkeit (wer trägt das Risiko der Beweislosigkeit?). Gilt die unbeschränkte Untersuchungsmaxime, so entfällt die subjektive Beweislast; die Beweisabnahme kann deshalb nicht durch die Leistung von Kostenvorschüssen bedingt sein. Gilt die volle Officialmaxime, so entfällt die objektive Beweislast.

#### **2. Bedeutung**

Durch die Beweislastregeln will der Gesetzgeber erreichen, dass das Urteil im Falle der Beweislosigkeit derjenigen Partei nachteilig ist, für welche das Versagen der Rechtsdurchsetzung weniger unbillig ist.

#### **3. Beweislast bestimmt sich nach Bundesrecht**

Soweit das zu beurteilende Rechtsverhältnis dem Bundesprivatrecht untersteht, entscheidet sich die Frage der Beweislast ebenfalls nach Bundesrecht. Im internationalen Verhältnis bestimmt sich die Beweislast nach der *lex causae*.

### ***II. Bundesrechtliche Beweislastregeln***

#### **1. Die Regel von ZGB 8**

a. Rechtserzeugende, rechtsbegründende Tatsachen

Sie sind von dem zu beweisen, der im Prozess ein Recht oder Rechtsverhältnis geltend macht.

b. Rechtshindernde, rechtsaufhebende Tatsachen

Sie sind von dem zu beweisen, der sie behauptet. Bei der Verteilung der Beweislast kommt es nicht auf die Partierollen an.

#### **2. Beweislastregeln für den Einzelfall**

#### **3. *Negativa non sunt probanda* (Negatives ist nicht zu beweisen)**

Dieser Satz gilt nicht allgemein:

a. Bestimmte *Negativa*

Wo das Gesetz den Beweis einer bestimmten negativen Tatsache auferlegt, hat der Beweisführer ihn dadurch zu erbringen, dass er positive Sachumstände nachweist, aus denen die negative Tatsache gefolgert werden kann.

b. Unbestimmte Negativa

Solche können nicht bewiesen werden.

#### **4. Beweislastumkehrung**

Eine Umkehrung der Beweislast findet noch in folgenden Fällen statt:

a. Beweislastvereitelung

Wenn der Gegner des Beweisführers durch sein Verhalten dessen Beweislage erschwert oder ihm den Beweis vereitelt hat, rechtfertigt sich die Umkehrung der Beweislast.

b. UWG: Beweislastumkehr nach richterlichem Ermessen

Im Wettbewerbsrecht kann der Richter vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen (**UWG 13a**).

c. Vermutungen

Man unterscheidet: Gesetzliche Vermutungen (praesumptiones iuris; Rechts- oder Tatsachenvermutungen: der Vermutungsträger muss nur die Vermutungsbasis beweisen. Für die Vermutungsfolge wird die Beweislast umgekehrt) und tatsächliche Vermutungen (praesumptiones hominis; Schlussfolgerungen aus bewiesenen Tatsachen auf weitere nicht bewiesene Tatsachen, welche der Richter auf Grund der Lebenserfahrung zieht).

### ***III. Behauptungs- und Substanziierungslast***

#### **1. Behauptungslast**

Rechtsbegründende und rechtsaufhebende Tatsachen müssen, soweit die Verhandlungsmaxime gilt, behauptet werden. Die Behauptungslast richtet sich dabei nach den bundesrechtlichen Beweislastregeln, ist aber ein kantonales Institut.

#### **2. Substanziierungslast**

Sie bedeutet, dass die Parteien die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen haben, dass darüber Beweis abgenommen werden kann.

### ***IV. Beweislastverträge***

Abreden darüber, wer die Beweislast zu tragen hat, sind zulässig.

## **§46 C. BEWEISWÜRDIGUNG UND BEWEISREGELN**

## ***I. Das Problem***

Auf früheren Stufen der Prozessrechtsentwicklung sollte der Richter hinsichtlich der Zulassung von Beweismitteln und hinsichtlich der Bewertung des Beweisergebnisses an feste Regeln gebunden werden. Diese Beweisregeln beschränkten zugleich die Beweismöglichkeiten der Parteien. Beweisregeln sind daher auch der Wahrheitsfindung abträglich. An ihre Stelle ist daher der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch den Richter getreten.

## ***II. Freie Beweiswürdigung***

### **1. Begriff**

a. Zulassung der Beweismittel gemäss wertendem Entscheid des Richters  
Kantonale Beweisverbote sind obsolet, soweit das Bundesrecht freie Beweiswürdigung vorsieht.

b. Würdigung des Beweisergebnisses nach freier Überzeugung des Richters  
Er ist an keine Regeln über den Wert des Beweismittels gebunden.

### **2. Verhalten der Parteien im Prozess**

In die freie Beweiswürdigung ist mit einzubeziehen das Verhalten der Parteien im Prozess.

### **3. Kantonales Recht – Bundesrecht**

Ob der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt, ist eine Frage des kantonalen Rechts. Das Bundesrecht schreibt aber in wichtigen Rechtsbereichen die freie Beweiswürdigung vor.

## ***III. Beweisregeln***

### **1. Begriff**

Beweisregeln sind gesetzliche Normen oder Grundsätze der Gerichtspraxis, die entweder bestimmte Beweismittel generell ausschliessen oder die Beweiskraft eines Beweismittels genau umschreiben.

### **2. Kantonalrechtliche Beweisregeln**

a. Ausschluss von Beweismitteln

b. Normierung der Beweiskraft eines Beweismittels

### **3. Bundesrechtliche Beweisregeln**

**ZGB 9:** Öffentliche Register und Urkunden bilden vollen Beweis bis zum Nachweis ihrer Unrichtigkeit.

## **§47 D. BEWEISVERFAHREN**

### ***I. Im ordentlichen Verfahren***

#### **1. Recht auf den Beweis. Antizipierte Beweiswürdigung**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (**BV 29 II**) und **ZGB 8** ergibt sich der Anspruch der Parteien, Beweise zu beantragen zu Tatsachen, die für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung sein können. Das Gericht hat die offerierten Beweise für (a) rechtserhebliche und (b) substantiierte Behauptungen abzunehmen, soweit (c) erhebliche, taugliche und zulässige Beweismittel (d) formgültig beantragt worden sind. Das Recht auf Abnahme solcher Beweismittel entfällt, wenn die fragliche Tatsachenbehauptung bereits (e) rechtsgenügend bewiesen oder widerlegt ist oder wenn (f) antizipierte Beweiswürdigung zulässig ist. Antizipierte Beweiswürdigung ist insbesondere zulässig, wenn das Gericht den Sachverhalt als durch die bereits erhobenen Beweismittel hinlänglich abgeklärt erachtet, oder wenn es infolge Zeitablaufs für ausgeschlossen hält, dass durch weitere Beweismassnahmen noch Näheres in Erfahrung gebracht werden könnte. Die Verletzung des Rechts auf den Beweis ist mit bundesrechtlicher Berufung zu rügen, die antizipierte Beweiswürdigung mit StaBe.

#### **2. Beweis antreten**

Die Parteien haben Beweis anzutreten, d.h. die Beweismittel zu nennen. Das geschieht schon in den Rechtsschriften, oft lediglich als allgemeine Beweisofferte. Die Nennung der Beweismittel heisst Verbalproduktion, die Einreichung von Urkunden und Augenscheinsobjekten Realproduktion.

#### **3. Beweiseinreden**

Mit Beweiseinreden kann geltend gemacht werden, ein Beweismittel sei unzulässig oder untauglich.

#### **4. Beweisbeschluss**

Da nur über erhebliche bestrittene Behauptungen Beweis abgenommen wird, hat das Gericht in irgendeiner Form den Parteien bekannt zu geben, über welche Behauptungen Beweis abgenommen werde. Das kann durch eigentlichen Beweisaufgabebeschluss oder durch Beweisverfügung des Referenten geschehen. Gleichzeitig ist über die Beweisführungslast zu entscheiden. Der Beweisbeschluss ist regelmässig abänderbar.

#### **5. Ausdehnung des Beweisverfahrens von Amtes wegen**

Nach einzelnen Prozessgesetzen kann das Gericht von Amtes wegen weitere Beweise erheben.

## **6. Beweisabnahme**

### a. Vor dem Prozessgericht

Sie erfolgt entweder unmittelbar (vor versammeltem Gericht) oder mittelbar (durch eine Delegation des Gerichtes).

### b. Interkantonal und international

Soweit Beweismittel sich ausserhalb des Hoheitsgebietes des Prozessgerichts befinden, gelten folgende drei Grundsätze: Die Mitwirkungspflicht des Bürgers besteht nur seinem Wohnsitzstaat gegenüber; die Befugnis der Gerichte, Beweis aufzunehmen, ist als hoheitliche Tätigkeit auf das Territorium ihres Staates begrenzt; jedes im Beweisverfahren tätige Gericht wendet für die Beweisabnahme ihr Prozessrecht (lex fori) an. Die Gerichte sind dabei auf Rechtshilfe angewiesen.

## ***II. Im Untersuchungsverfahren***

### **1. Beweisverfahren bei Untersuchungsmaxime**

Wo die Untersuchungsmaxime vorgeschrieben ist, hat der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen.

### **2. Besonderes Untersuchungsverfahren**

Sechs Kantone kennen für die Officialprozesse ein besonderes Untersuchungsverfahren mit Vorverfahren vor einem Instruktionsrichter. Dieser hat die Parteien persönlich zu vernehmen und alsdann die nötigen Beweise zu erheben.

## ***III. Verfahren mit Beweisbeschränkung***

Das summarische Verfahren ist durch Beweisbeschränkung gekennzeichnet, indem entweder nur die ohne Verzug erheblichen Beweismittel bzw. sofort verfügbaren Beweismittel zugelassen sind oder blosser Glaubhaftmachung genügt.

## ***IV. Beweissicherung (vorsorgliche Beweisaufnahme)***

Besteht die Gefahr, dass ein Beweismittel im Zeitpunkt der Beweisabnahme im ordentlichen Prozess nicht mehr vorhanden oder nur erschwert zugänglich wäre, so kann vor Beginn des Prozesses oder des Beweisverfahrens die Abnahme eines solchen Beweises verlangt werden. Voraussetzung: Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Beweissicherung.

## **§48 E. BEWEISMITTEL**

### ***I. Allgemeines***

## **1. Arten von Beweismitteln**

Die schweizerischen Prozessrechte kennen die folgenden Beweismittel: Urkunden, Zeugen, Augenschein, Sachverständige, Parteiverhör, Parteieid (Schiedseid). Das Geständnis ist kein Beweismittel, da es eine Behauptung unbestritten werden lässt. Dadurch, dass die Prozessgesetze die zulässigen Beweismittel abschliessend aufzählen, schaffen sie ein geschlossenes Beweismittelsystem.

## **2. Rechtswidrig erlangte Beweismittel**

### **a. Durch Verletzung prozessualer Vorschriften erlangte Beweismittel**

Beweismittel, die durch das Prozessrecht ausdrücklich oder konkludent ausgeschlossen sind, dürfen nicht verwendet werden. Dasselbe gilt für Beweismittel, die durch Verletzung prozessualer Normen gewonnen wurden. Wird indessen bei der Beschaffung eines Beweises eine Verfahrensvorschrift missachtet, die weder bestimmt noch geeignet ist, die Beibringung dieses Beweismittels zu verhindern, so bewirkt dies nicht, dass der auf diesem Weg erhobene Beweis nicht verwendet werden dürfte.

### **b. Durch Verletzung materiellen Rechts erlangte Beweismittel**

Es ist umstritten, ob solche Beweismittel prozessual verwertet werden dürfen. Beim Entscheid darüber müssen die Schwere der rechtswidrigen Handlung und das Rechtsschutzinteresse des Beweisführers gegeneinander abgehoben werden.

## **3. Schutz berechtigter Privatinteressen gegen Beweisinteresse**

Nur vereinzelt weisen die Gesetze den Richter in allgemeiner Form an, bei Gefährdung schutzwürdiger Interessen das zum Schutze von Parteien und Dritten Geeignete vorzukehren. Bei der Zeugnispflicht werden solche schutzwürdigen Interessen mit dem Zeugnisverweigerungsrecht gewahrt. Hinsichtlich der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse von Parteien und Dritten enthalten die meisten Gesetze Schutzvorschriften im Zusammenhang mit der Urkundenedition.

## **4. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel**

Einmal vorgelegte oder angerufene Beweismittel werden, wie verschiedene Prozessgesetze sagen, gemeinschaftlich: Jede Partei kann sich auf sie berufen.

## **II. Urkunden**

### **1. Begriff**

#### **a. Allgemein**

Urkunde im weitesten Sinn ist jeder Gegenstand, der einen Gedanken festhält. Die Gesetze verstehen z.T. unter Urkunden nur schriftliche Urkunden. Andere Zeichen sind diesfalls Augenscheinsobjekte. Nach anderen Gesetzen umfasst der Urkundenbegriff auch solche Zeichen.

#### **b. Arten von Urkunden**

Dispositivurkunden verkörpern eine Rechtshandlung. Zeugnisurkunden enthalten Aufzeichnungen über das Wissen einer Person. Da Personen als Zeugen vernommen oder als Parteien verhört werden müssen, stellen Zeugnisurkunden im Allgemeinen keine tauglichen Beweismittel dar.

Öffentliche Urkunden sind von einer Amtsstelle oder einer Person öffentlichen Glaubens (Notar) in vorgeschriebener Form erstellte Urkunden. Privaturkunden sind von Privatpersonen ausgestellt.

## **2. Echtheit der Urkunde**

Die Echtheit der öffentlichen Urkunden wird von einzelnen Gesetzen vermutet.

## **3. Editionsspflicht**

Der Beweisführer kann die Edition von Urkunden verlangen, die sich beim Prozessgegner oder bei Dritten befinden.

### **a. Prozessuale Editionsspflicht**

Die Parteien trifft eine prozessuale Last, die in ihren Händen befindlichen Urkunden dem Richter vorzulegen. Dritte haben Urkunden vorzulegen, wenn sich diese nicht auf Tatsachen beziehen, bezüglich welcher sie das Zeugnis verweigern könnten.

### **b. Materiellrechtliche Editionsspflicht**

In bestimmten Rechtsverhältnissen besteht eine materiellrechtliche Editionsspflicht oder eine allgemeine Auskunftspflicht.

## **III. Zeugen**

### **1. Begriff**

Zeugen sind Personen, die zur Feststellung von Tatsachen im Prozess über eigene Wahrnehmungen einvernommen werden. Der Unterschied zum Sachverständigen liegt darin: dass der Zeuge nur über wahrgenommene Tatsachen auszusagen hat (er ist nicht ersetzbar); dass der Sachverständige im Gegensatz zum Zeugen Gehilfe des Richters ist, weshalb für ihn die Ausstandsregeln gelten.

### **2. Zeugnisfähigkeit**

Grundsätzlich ist jedermann fähig, Zeuge zu sein. Ausnahmen:

#### **a. Nach ihrer Stellung im Prozess sind ausgeschlossen**

Parteien und Nebenparteien, Mitglieder von Personengesellschaften und Organe von juristischen Personen; der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner im Masseprozess, der gesetzliche Vertreter einer Partei.

#### **b. Auf Grund von Beweisregeln werden nach einzelnen Gesetzen ausgeschlossen oder sind ablehnbar:**

Geistesranke und Schwachsinnige, Kinder unter einem bestimmten Mindestalter usw.

### **3. Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrecht**

Jedermann ist zeugnispflichtig. Die Zeugnispflicht ist eine Bürgerpflicht, die dem Staat gegenüber besteht: der Zeuge ist daher nur in seinem Wohnsitzstaat zeugnispflichtig. Die allgemeine Zeugnispflicht kann aber zu Gewissens- und Interessenkonflikten führen. Soweit das Prozessrecht diese anerkennt, statuiert es Zeugnisverweigerungsrechte:

a. Recht, jede Aussage zu verweigern

Es steht nach den meisten Prozessgesetzen den nächsten Angehörigen einer Partei zu.

b. Recht, einzelne Fragen nicht zu beantworten

Verweigert werden können: Aussagen zum unmittelbaren Nachteil oder zur Schande des Zeugen; Aussagen von Beamten über Amtsgeheimnisse; Aussagen der in den Prozessgesetzen genannten Personen über Berufsgeheimnisse; Aussagen anderer Geheimnisträger und Aussagen über Geschäftsgeheimnisse.

### **4. Zeugeneinvernahme**

Der Zeuge hat vor dem Richter persönlich zu erscheinen und das Zeugnis mündlich abzulegen. Auch der Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, hat zu erscheinen und die Verweigerung zu Protokoll zu erklären. Der Zeuge ist zur Wahrheit zu ermahnen, auf **StGB 307** hinzuweisen und auf das allfällige Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen. Der nicht erscheinende Zeuge kann in Kosten- und Entschädigungsfolgen verfällt, mit Ordnungsbusse oder Haft bestraft und evtl. polizeilich vorgeführt werden. Die Verweigerung der Aussage hat ebenfalls Disziplinar- und Kostenfolgen. Nach einzelnen Prozessgesetzen kann der Zeuge beeidigt werden. Solche Bestimmungen sind verfassungswidrig und daher unbeachtlich (**BV 15 IV**). Der Zeuge ist für Aufwendungen und Erwerbsausfall zu entschädigen.

## ***IV. Augenschein***

### **1. Begriff**

Augenschein ist die Beweiserhebung durch die eigene Sinneswahrnehmung des Gerichtes von Eigenschaften von Personen und Sachen.

### **2. Augenscheinsobjekte**

Ist der Körper einer Person Augenscheinsobjekt, so wird der Augenschein durch den Sachverständigen vorgenommen.

### **3. Duldungspflicht**

Parteien und Dritte sind verpflichtet, an ihrer Person und an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen den Augenschein zu dulden. Dritten steht ein dem Zeugnisverweigerungsrecht analoges Weigerungsrecht zu.

## ***V. Sachverständige***

## 1. Begriff

Sachverständige sind Personen, die über ein besonderes Fachwissen verfügen. Sie haben drei Aufgaben: Feststellung von Tatsachen auf Grund ihrer Sachkunde, Mitteilung von Erfahrungssätzen ihres Fachgebietes, Beurteilung von Tatsachen auf Grund ihres Fachwissens und der daraus fließenden Erfahrungssätze. Ihre Aussage heisst Gutachten.

## 2. Die Person des Sachverständigen

### a. Unabhängigkeit und Neutralität

Der Sachverständige muss von den Verfahrensbeteiligten unabhängig sein und sich der strengsten Unparteilichkeit befleissen.

### b. Keine juristische Person

Aus der Geltung der Ausstandsregeln und der Strafsanktion wird gefolgert, dass nur natürliche Personen als Sachverständige bestellt werden können.

### c. Der sachverständige Richter

Auf die eigene Sachkunde des Richters kann insbesondere bei den Mitgliedern der Sondergerichte abgestellt werden. Der Befund des Richters muss in den Akten festgehalten werden.

## 3. Verhältnis Sachverständiger – Richter

### a. Beweiserhebungen durch den Sachverständigen

Häufig benötigt der Sachverständige auf Grund seines Fachwissens weitere tatsächliche Angaben, die sich nicht aus den Akten ergeben. Nimmt er zusätzliche Erhebungen selbst vor, so erfolgen sie nicht in den gesetzlichen Beweisformen. Das Gericht sollt ihn dazu ermächtigen können.

### b. Keine démission du juge

Der Sachverständige darf lediglich die in sein Fachwissen fallenden Sachfragen beantworten, aber nicht dem Richter den Subsumtionsentscheid abnehmen. Allerdings sollten die Prozessgesetze vorsehen, dass die Sachverständigen an der Urteilsberatung mit beratender Stimme mitwirken dürfen.

## 4. Duldungs- und Mitwirkungspflicht

Bundesrechtlich besteht vereinzelt die Pflicht, Untersuchungen des gerichtlich bestellten Experten zu dulden und dabei mitzuwirken. Im Übrigen muss die Duldungs- und Mitwirkungspflicht sich auf kantonales Recht stützen können. Für den Weigerungsfall sehen die Prozessrechte z.T. die Erzwingung der Untersuchung, z.T. die Würdigung des Verhaltens der Partei nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung vor.

## 5. Verfahren

Der Sachverständige wird durch das Gericht ernannt. Die Parteien können Vorschläge einreichen. Die Fragestellung erfolgt ebenfalls durch das Gericht; die Parteien können ergänzende Fragen beantragen. Das Gutachten kann schriftlich oder mündlich erstattet werden.

## **VI. Parteiverhör**

### **1. Begriff**

Das Parteiverhör ist eine förmliche Einvernahme einer Partei zum Zwecke der Tatsachenfeststellung. Es ist zu unterscheiden von der informativen Parteibefragung, die der Richter in Ausübung seiner Fragepflicht wahrnimmt.

### **2. Arten des Parteiverhörs**

#### **a. Einfache Parteibefragung**

Diese liegt vor, wenn für den Fall der Falschaussage nur Disziplinarstrafe angedroht ist oder wenn die Partei bloss auf die Möglichkeit nachfolgender Beweisaussage hingewiesen wird. Diese ohne Androhung der Straffolge nach **StGB 306** erfolgende Aussage ist nicht geeignet, Beweis zugunsten der aussagenden Partei zu bilden.

#### **b. Beweisaussage unter der Strafdrohung von StGB 306**

Sie ist auch geeignet, Beweis zugunsten der aussagenden Partei zu bilden.

### **3. Parteibefragung von Bundesrechts wegen**

Im Eheprozess sind die Parteien stets von Amtes wegen persönlich zu befragen.

### **4. Abgrenzung des Parteiverhörs vom Zeugnis**

## **VIII. Eid, Parteieid, Schiedseid**

### **1. Begriff**

Der Eid besteht in der feierlichen Anrufung Gottes zur Bekräftigung einer Tatsachenbehauptung. Alle Formen des Eids sind nunmehr verfassungswidrig: **BV 15 IV**.

### **2. Formen**

a. Zeugen- und Sachverständigeneid

b. Parteieid

### **3. Kritik**

Der Eid ist im Zeitalter der freien Beweiswürdigung ein Relikt aus einer früheren prozessrechtlichen Epoche.

# 11. Kapitel: Die Kosten des Zivilprozesses

## §49 A. DAS KOSTENPROBLEM IM ALLGEMEINEN

### *I. Der staatliche Rechtsschutz ist nicht unentgeltlich*

#### 1. Das Kostenrisiko

Wer prozessiert, läuft ein erhebliches Kostenrisiko. Die Kosten der staatlichen Rechtspflege werden in der Form der Gerichtskosten den Parteien auferlegt. Die Parteikosten, d.h. die Kosten des eigenen Rechtsvertreters, haben die Parteien regelmässig ihrem Anwalt vorzuschies- sen. Nach Beendigung des Prozesses haben die Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens die eigenen Parteikosten zu tragen und dem Gegner seine Parteikosten zu ersetzen.

#### 2. Das Gebot einer wohlfeilen Rechtspflege

Der Zugang zu den Gerichten soll durch das Kostenrisiko nicht so erschwert werden, dass der Rechtsweg nicht mehr beschritten wird. Deshalb soll die Rechtspflege wohlfeil bleiben. Die Gerichts- und Kanzleigebühren werden denn auch so bemessen, dass sie die Ausgaben des Staates für das Gerichtswesen bei weitem nicht decken.

### *II. Die Kostenbarriere*

#### 1. Gefährdung des staatlichen Rechtsschutzes

Das hohe Kostenrisiko ist eine der Rechtswegbarrieren, die den Bürger von der Verfolgung seiner Rechte auf dem Rechtsweg abhalten. Das ist eine Gefahr für den Rechtsstaat.

#### 2. Mittel zur Hebung der Kostenbarriere

##### a. Unentgeltliche Verfahrensarten

In neuerer Zeit wurde die Unentgeltlichkeit bestimmter Verfahrensarten statuiert, beispiele- weise im Arbeitsrecht (OR 343) oder im Mietrecht (OR 274d).

##### b. Keine Parteientschädigung

OR 274d II verbietet e contrario die Zusprechung von Parteientschädigungen.

##### c. Milderung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und Unterliegen

Vor allem im Aktienrecht werden die Kosten- und Entschädigungsfolgen, die sich zu einem grossen Teil am Streitwert bemessen, gemildert.

##### d. Unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung

Unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung werden nur bei Mittellosigkeit des An- sprechers bewilligt. Damit wird aber den in bescheidenen Verhältnissen lebenden Bürgern nicht geholfen.

## **§50 B. DIE GERICHTSKOSTEN**

### ***I. Begriff und Bemessung der Gerichtskosten***

#### **1. Begriff**

Für die Beanspruchung der Rechtspflege werden den Parteien Gebühren auferlegt, die entweder als Pauschalgebühr für das ganze Verfahren ausgestaltet oder in verschiedene Gebühren aufgeteilt sein können. Hinzu kommen die Barauslagen des Gerichtes. Im Allgemeinen fließen die Gebühren in die Staatskasse.

#### **2. Bemessung**

Die Bemessung der Gerichtsgebühren trägt der Bedeutung des Prozesses und dem Umfang der gerichtlichen Bemühungen Rechnung. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird auf den Streitwert abgestellt.

### ***II. Tragung der Gerichtskosten***

#### **1. Regel**

Die Gerichtskosten werden den Parteien nach dem Masse ihres Unterliegens im Prozess auferlegt. Das Gericht entscheidet darüber von Amtes wegen. Vereinbarungen der Parteien über die Kostentragung sind für das Gericht nicht verbindlich.

#### **2. Ausnahmen**

Unnötigerweise verursachte Kosten werden dem Verursacher auferlegt. War die genaue Bezifferung des Anspruchs dem Kläger nicht zumutbar, so kann von der Regel abgewichen werden. Bei Vergleich werden die Kosten je zur Hälfte oder nach Ermessen auferlegt. Bei Gegenstandslosigkeit werden die Kosten meistens nach dem Kausalitätsprinzip auferlegt. Dritten können Kosten auferlegt werden, die sie schuldhaft verursacht haben.

#### **3. Kostenhaftung**

Für die Kosten haftet die Partei, der sie auferlegt wurden. Tritt der Erwerber des Streitgegenstandes in den Prozess ein oder übernimmt ein Intervenient oder Litisdenuziant die Fortsetzung des Prozesses, so haftet er für die bereits entstandenen Kosten solidarisch mit der früheren Partei, für die künftigen dagegen allein.

#### **4. Kostenvorschuss**

Der Kläger oder Rechtsmittelträger oder auch beide Parteien haben nach den meisten Prozessordnungen einen Kostenvorschuss für die Gerichtskosten zu leisten. Bei Nichtleistung kommen die Säumnisfolgen zur Anwendung.

## **§51 C. PARTEIKOSTEN**

### **1. Begriff**

Parteikosten sind die jeder Partei im Prozess entstandenen Kosten, nämlich die von ihr bezahlten Gerichtskosten, die Kosten ihres Anwalts und ihre eigenen Umtriebe und Auslagen.

### **2. Prozessentschädigung**

Jede Partei hat die andere nach dem Masse ihres Unterliegens zu entschädigen. Obsiegt keine Partei voll, so sind richtigerweise die gegenseitigen Entschädigungspflichten einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen.

### **3. Bemessung**

Für die Bemessung der Prozessentschädigung wird ebenfalls auf die Bedeutung des Prozesses (Streitwert) und auf den Umfang der Bemühungen abgestellt. Die Anwaltskosten werden auf Grund der kantonalen Tarife über die Anwaltsgebühren festgesetzt.

## **§52 D. PROZESSKAUTION**

### **1. Begriff**

Als Prozesskaution (*cautio iudicatum solvi*) bezeichnet man im Unterschied zum Vorschuss für Gerichtskosten die Sicherstellung der allfälligen Forderung des Prozessgegners auf Ersatz seiner Parteikosten.

### **2. Voraussetzungen der Kautionspflicht**

Kautionspflichtig ist der Kläger, Widerkläger und Rechtsmittelkläger. Der Beklagte ist kautionspflichtig, wenn er den Kläger durch richterliche Verfügungen zur Klage genötigt hat. Neben den objektiven Voraussetzungen ist in manchen Kantonen das Begehren der Gegenpartei erforderlich. Objektive Voraussetzungen sind (allgemein: seinerzeitige Vollstreckung der Forderung auf Ersatz der Parteikosten ist gefährdet): Kein Wohnsitz in der Schweiz; nachweisbare oder notorische Zahlungsunfähigkeit; Ungewissheit der Vollstreckung.

### **3. Ausnahmen von der Kautionspflicht**

Von Bundesrechts wegen entfällt die Kautionspflicht, wenn ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung begründet ist. Verschiedene Gesetze nehmen Personenstands-, Vaterschafts- und Ehesachen sowie Unterhaltsklagen wegen des mitwirkenden öffentlichen Interesses von der Kautionspflicht aus.

### **4. Art der Sicherstellung**

Die Sicherstellung kann in bar, durch Hinterlegung von Wertschriften oder durch Bürgschaft bzw. Bankgarantie geleistet werden.

## **§53 E. UNENTGELTLICHE PROZESSFÜHRUNG UND RECHTSVERTRETUNG**

### **1. Begriff**

Einer bedürftigen Partei muss für die Führung eines nicht aussichtslosen Prozesses die unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden. Hinsichtlich der Wirkungen ist zu unterscheiden:

a. Erlass der Vorschuss- und Kautionspflicht

b. Kostenbefreiung

Nach den Prozessgesetzen bedeutet die unentgeltliche Prozessführung regelmässig Befreiung von der Pflicht, Gerichtskosten zu bezahlen. Vorbehalten bleibt die Nachforderung, wenn die Partei zu Mitteln gelangt.

c. Unentgeltlicher Rechtsvertreter

Die bedürftige Partei hat auch Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.

d. Kein Erlass der Entschädigungspflicht

Die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung entbindet nicht von der Pflicht, die Gegenpartei im Falle des Unterliegens zu entschädigen.

### **2. Voraussetzungen**

a. Anspruchsberechtigt

Zurzeit sind nur natürliche Personen anspruchsberechtigt, jedoch u.U. auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften.

b. Alle Verfahrensarten

c. Bedürftigkeit

Der Gesuchsteller hat nachzuweisen, dass er ausserstande ist, neben seinem und seiner Familie Lebensunterhalt Gerichtskosten oder den notwendigen Rechtsvertreter zu bezahlen. Auch wer seine Bedürftigkeit selbst verschuldet hat, ist zur unentgeltlichen Prozessführung berechtigt.

d. Keine Aussichtslosigkeit des Prozesses

Aussichtslos sind Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können.

e. Notwendigkeit der Prozessführung durch einen Anwalt

Für unentgeltliche Rechtsvertretung muss zusätzlich ein Anwalt nötig sein (subjektive und objektive Kriterien).

### **3. Bewilligung**

Die Bewilligung erfolgt entweder durch das urteilende Gericht oder durch eine Verwaltungsbehörde.

## **4. Wirkungen**

Befreiung von der Bezahlung von Vorschüssen, Kautionen und von Gerichtskosten überhaupt sowie von der Bezahlung des Rechtsvertreters. Fallen die Voraussetzungen im Laufe des Prozesses dahin, so kann die unentgeltliche Prozessführung entzogen werden.

## **5. Bundesrecht – kantonales Recht**

Unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlicher Rechtsbeistand sind durch das kantonale Recht geregelt.

# **12. Kapitel: Gang und Arten des Verfahrens**

## **§54 A. DAS SÜHNVERFAHREN**

### ***I. Begriff und Bedeutung***

#### **1. Begriff**

Das Sühnverfahren (Vermittlungsverfahren, Versöhnungsverfahren) hat die Aufgabe, die Parteien vor der Durchführung des Prozesses auszusöhnen und sie davon abzuhalten, offenbar unbegründete Klagen zu erheben oder begründete Rechtsbegehren zu bestreiten.

#### **2. Bedeutung**

Die Aussöhnung der Parteien, insbesondere die vergleichsweise Verständigung vermag den Rechtsfrieden meist besser wiederherzustellen als ein nach verbissen geführtem Prozess erstrittenes Urteil, mit welchem sich oft beide Parteien nicht völlig abfinden können.

### ***II. Organisation des Sühnverfahrens***

#### **1. Trennung vom gerichtlichen Verfahren**

##### **a. Regel**

In den meisten Kantonen ist das Sühnverfahren einem ausserhalb des erstinstanzlichen Gerichts stehenden Sühnbeamten übertragen: dem Friedensrichter, Vermittler, Gemeinderichter. Dieser ist meist Laie.

##### **b. Ausnahmen**

Die Kantone BE, BS, NE und JU kennen keinen besonderen Sühnebeamten. Hier ist der Sühnversuch vom Gerichtspräsidenten durchzuführen.

## **2. Obligatorisches oder fakultatives Sühnverfahren**

Meistens ist das Sühnverfahren obligatorisch: der Prozess kann nicht ohne Sühnausweis eingeleitet werden. In einzelnen Kantonen ist jedoch das Sühnverfahren in den meisten Fällen fakultativ.

## **3. Vom Sühnverfahren ausgenommene Streitigkeiten**

Die Prozessordnungen nehmen bestimmte Streitigkeiten vom Sühnverfahren aus.

# **III. Aufgabe und Verfahrensgrundsätze**

## **1. Aufgabe**

Aufgabe des Sühnverfahrens ist es, die Parteien auszusöhnen. Dazu gehört es auch, sie auf unbegründete Standpunkte hinzuweisen. Der Sühnbeamte hat in dieser Eigenschaft keine Entscheidungsbefugnis. In den meisten Kantonen hat der Sühnbeamte neben seiner Sühnbefugnis noch eine Entscheidungskompetenz in Bagatellstreitigkeiten. In diesen Kompetenzfällen amtiert er als Richter.

## **2. Verfahren**

### **a. Persönliches Erscheinen und Mündlichkeit**

Vertretung ist nur ausnahmsweise zulässig.

### **b. Beweise**

Urkunden sollen schon im Sühnverfahren vorgelegt werden. Der Friedensrichter darf zudem nach einzelnen Gesetzen den Streitgegenstand besichtigen. Dagegen kann er keine weiteren Beweise abnehmen.

### **c. Keine Bindung an Vorbringen im Sühnverfahren**

Um eine möglichst grosse Offenheit der Parteien bei der Vergleichsverhandlung zu gewährleisten, statuieren verschiedene Gesetze die Unverbindlichkeit von Zugeständnissen im Sühnverfahren und die Unzulässigkeit der Einvernahme des Sühnbeamten als Zeugen über den Inhalt der Sühnverhandlung. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um kantonale Beweisregeln, die dann keinen Bestand haben, wenn das Bundesrecht im einzelnen Fall freie Beweiswürdigung vorschreibt. Das Verhandeln zur Sache in der Sühnverhandlung stellt keine Einlassung dar.

### **d. Form von Vergleich und Abstandserklärung**

### **e. Sühnausweis: Weisung, Leitschein, Akzessschein, Nichtvermittlungsschein**

Kommt keine Aussöhnung zustande, so hat der Sühnbeamte den Sühnausweis auszustellen, welcher die Einleitung des Prozesses beim Gericht erlaubt. Er hat den in den Gesetzen umschriebenen Inhalt. Diese Urkunde hat nur beschränkte zeitliche Gültigkeit, was für die Möglichkeit der Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen von Bedeutung ist.

## **IV. Bundesrechtliche Wirkungen des Sühnversuchs**

### **1. Unterbrechung der Verjährung**

**OR 135 Ziff. 2.** Es genügt die Postaufgabe des Ladungsbegehrens durch den Kläger.

### **2. Der Begriff der Klageanhebung**

#### **a. Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen**

Die bundesrechtlichen Klagefristen sind Verwirkungsfristen. Die Vorschriften über Stillstand und Unterbrechung der Verjährung gelten für sie nicht. Deshalb bestimmte das Bundesgericht den Begriff der Klageanhebung als bundesrechtlich massgebenden Zeitpunkt. Klageanhebung ist diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft.

#### **b. Eintritt der Rechtshängigkeit**

Neuerdings wird der Begriff der Klageanhebung auch zur einheitlichen Bestimmung des Eintritts der Rechtshängigkeit verwendet.

## **§55 B. DAS ORDENTLICHE VERFAHREN ERSTER INSTANZ**

### **I. Elemente des Verfahrens**

#### **1. Behauptungsphase**

Wegen der Geltung der Verhandlungsmaxime muss das Gericht zunächst durch die Parteien über die tatsächlichen Geschehnisse ins Bild gesetzt werden, die Grundlage des Rechtsstreites sind. Die Parteien haben in dieser Phase ihrer Behauptungslast zu genügen und das für den Entscheid über die Rechtsbegehren Notwendige vorzutragen. Gleichzeitig haben sie bereits in dieser Phase Beweismittel zu nennen und Urkunden einzureichen.

#### **a. Verhandlung und Entscheid über Prozessvoraussetzungen**

#### **b. Ausübung der richterlichen Fragepflicht**

#### **2. Beweisphase**

Sind erhebliche tatsächliche Behauptungen bestritten, so muss darüber Beweis abgenommen werden.

#### **a. Entscheid über die Beweisabnahme**

#### **b. Beweisabnahme**

### **3. Schlussphase**

In der Schlussphase haben die Parteien Gelegenheit, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen und evtl. ihren Rechtsstandpunkt darzulegen. Alsdann fällt das Gericht das Urteil.

## ***II. Grundsätze der Verfahrensgestaltung***

Diese Verfahrensabschnitte können schriftlich oder mündlich, mittelbar oder unmittelbar ausgestaltet sein. Die Prozessordnungen zeigen eine grosse Vielfalt in der Gestaltung des Verfahrensablaufes.

## ***III. Das Verfahren vor Bundesgericht als einziger Instanz***

### **1. Behauptungsphase**

Schriftenwechsel, in welchem die Parteien sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal vorbringen sollen. Grundsätzlich einfacher Schriftenwechsel mit der Möglichkeit von Replik und Duplik. Vorbereitungsverfahren, in welchem der Instruktionsrichter in mündlicher Verhandlung mit den Parteien den Streitfall erörtert.

### **2. Beweisphase**

Beweisverfügung des Instruktionsrichters und Beweisabnahme entweder durch den Instruktionsrichter oder in der Hauptverhandlung.

### **3. Schlussphase**

Entspricht der Hauptverhandlung; evtl. weitere Beweiserhebungen, Begründung der Anträge, Beratung und Urteilsfällung.

## ***§56 C. DAS SÄUMNISVERFAHREN***

### ***I. Die Säumnis der Parteien im Prozess***

#### **1. Begriff und Bedeutung**

Säumnis einer Partei liegt vor, wenn sie eine ihr obliegende prozessuale Last nicht oder nicht termin- oder fristgerecht erfüllt. Da die Prozesshandlungen der Parteien regelmässig nicht erzwungen werden, muss der Fortgang des Verfahrens bei deren Ausbleiben durch prozessuale Säumnisfolgen sichergestellt werden.

#### **2. Bundesrechtswidrigkeit bestimmter Säumnisfolgen**

## ***II. Das Säumnisverfahren im engeren Sinne***

### **1. Begriff**

Die Regeln über das Säumnisverfahren i.e.S. bestimmen, wie bzw. auf welcher Grundlage zu entscheiden ist, wenn eine Partei in der Behauptungsphase mit ihren Vorbringen säumig wird.

### **2. Voraussetzung der Säumnisfolgen**

Die Prozessordnungen sind unterschiedlich streng: im Allgemeinen tritt die Säumnisfolge erst bei zweimaliger Säumnis ein, wobei die erste Säumnis u.U. disziplinarische Folgen hat.

### **3. Inhalt der Säumnisfolgen**

a. Entscheid auf Grund der Akten

b. Bei Säumnis des Klägers bzw. des Beklagten

Fiktion des einstweiligen Klagerückzuges oder Nichteintreten auf die Klage bzw. Fiktion der Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und des Verzichts auf Einreden.

c. Zusprechung bzw. Abweisung der Klage

### **4. Wiederherstellung gegen Säumnisurteil**

## ***§57 D. FAMILIENRECHTLICHE PROZESSE***

### ***I. Rechtspolitische Zielsetzung***

#### **1. Höherwertige Interessen**

Verglichen mit nur vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind im familienrechtlichen Prozess höherwertige Interessen im Spiel. Der richtige, Recht und Würde der Einzelperson wahrende gerichtliche Entscheid in einem fairen Verfahren liegt aber auch im eminenten öffentlichen Interesse.

#### **2. Zielrichtung prozessualer Vorkehren**

a. Gewährleistung der Wahrheitsfindung

Es gilt Untersuchungsmaxime und zum Teil Untersuchungsverfahren sowie teilweise Offizial- und nicht Dispositionsmaxime. Weiter gilt Erscheinungspflicht und Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren, Beweislastregeln und freie Beweiswürdigung.

b. Gewährleistung der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts

Diesem allgemeinen Ziel des Bundesgesetzgebers dienten im Gebiet des Familienprozesses schon vor Erlass des GestG einheitliche Gerichtsstandsnormen und Vorschriften, welche die beschränkte Dispositionsfähigkeit der Parteien sanktionieren.

### **3. Bundesrecht – kantonales Recht im Familienprozess**

Die Notwendigkeit bundesrechtlicher Eingriffe ins kantonale Prozessrecht war im Familienprozess seit jeher anerkannt.

## **II. Prozessuale Vorschriften des Bundesrechts**

### **1. Eheprozesse**

#### **a. Allgemeine bundesrechtliche Grundsätze des Eheprozesses**

Die Eheungültigkeits-, die Ehescheidungs-, die Ehetrennungsklage wie auch die Klagen auf Abänderung oder Ergänzung eines Scheidungsurteils sind Gestaltungsklagen. Der Gerichtsstand befindet sich am Wohnsitz eines Ehegatten (**GestG 15 I b, d, IPRG 59**). Die Officialmaxime gilt nach wie vor für die Kinderfragen (**ZGB 145**) sowie auch für **ZGB 111 I**. Untersuchungsmaxime und freie Beweiswürdigung gelten für die Kinderfragen allgemein und uneingeschränkt, für den Scheidungsprozess gilt die Untersuchungsmaxime in favorem matrimonii (**ZGB 139**). Die Kinder sind speziell anzuhören (**ZGB 144**). Das Gericht kann aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes durch einen Beistand anordnen (**ZGB 146**). In der oberen kantonalen Instanz können neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden (**ZGB 138 I**).

#### **b. Grundsätze für die Scheidung auf gemeinsames Begehren**

Das gemeinsame Scheidungsbegehren wird ohne vorausgehendes Sühnverfahren direkt beim Gericht rechtshängig gemacht (**ZGB 136 I**). Die Auflösung der Ehe gestützt auf ein gemeinsames Begehren kann mit einem ordentlichen Rechtsmittel nur wegen Willensmängeln oder Verletzung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren angefochten werden (**ZGB 149 I**).

#### **c. Grundsätze für das Verfahren bei Klage auf Scheidung**

Die Rechtshängigkeit einer Klage auf Scheidung tritt mit der Klageanhebung ein. Anfechtung der rechtskräftigen Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen wegen Mängeln beim Vertragsschluss hat nach **ZGB 148 II** mit Revision zu geschehen, wie sie schon viele kantonale Rechte für die Anfechtung von Vergleichen kennen.

### **2. Vaterschafts- und Unterhaltsprozesse**

Die Klagen auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (**ZGB 256, 258**), auf Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (**ZGB 259 II, 260a**), auf Feststellung der Vaterschaft (**ZGB 261**), sowie die Anfechtungsklagen gegen die Adoption (**ZGB 269, 269a**) sind Gestaltungsklagen. Die Unterhaltsklage ist eine Leistungsklage (**ZGB 279**). Es gelten Officialmaxime, Untersuchungsmaxime, Beweislast, freie Beweiswürdigung, Beweis-Mitwirkungspflichten im Abstammungsprozess, gerichtliche Genehmigung von Unterhaltsvereinbarungen, einfaches und rasches Verfahren und Abänderung des Unterhaltsurteils. Für die Gerichtsstände sind **GestG 16 (ZGB 253)** und **GestG 17 (ZGB 279 II, III)** bzw. **LugÜ 5 Ziff. 2** massgeblich.

### **3. Entmündigung und fürsorgerische Freiheitsentziehung**

Das Entmündigungsverfahren ist den Kantonen überlassen (**ZGB 373 I**). Bundesrechtliche Regelungen finden sich aber in **ZGB 374 I, II**. Beim gerichtlichen Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung statuiert das Bundesrecht (ZGB 397 f.) die obligatorische mündliche Einvernahme der betroffenen Person in unmittelbarem Verfahren, die Pflicht, wenn nötig einen Rechtsbeistand zu bestellen und ein einfaches und rasches Verfahren.

### **III. Widerklage und Klageänderung im Eheprozess**

Die Widerklage muss von Bundesrechts wegen im Scheidungsprozess auch in 2. Instanz noch zulässig sein, soweit der Scheidungsgrund erst nachträglich entstanden ist oder aus triftigen Gründen erst nachträglich geltend gemacht wird. Die Scheidungsklage kann jederzeit in eine Trennungsklage umgewandelt werden. Die Klageänderung von der Trennungs- in die Scheidungsklage ist nur nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts zulässig.

### **IV. Kantonale Sondernormen für den Familienprozess**

Die Kantone haben schon bisher Regeln aufgestellt, welche den besonderen Zielsetzungen des familienrechtlichen Prozesses Rechnung tragen sollen. Die grundlegenden bundesrechtlichen Änderungen im neuen Scheidungs- und Scheidungsverfahrensrecht machten Anpassungen dieser Bestimmungen und des kantonalen Organisations- und Verfahrensrechts notwendig.

## **§58 E. ARBEITSRECHTLICHE PROZESSE**

### **I. Rechtspolitische Zielsetzung**

#### **1. Schutz der schwächeren Vertrags- und Prozesspartei**

Das materielle Arbeitsrecht ist geprägt durch den Gedanken des Schutzes des Arbeitnehmers als der schwächeren Vertragspartei. An die Seite der materiellrechtlichen Schutznormen müssen prozessuale Schutznormen treten, welche diese unterstützen. Der Arbeitslohn ist die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers und seiner Familie. Der Streit um den Arbeitslohn und die im gewöhnlichen Prozess regelmässig lange Prozessdauer gefährden diese Existenzgrundlage. Auch dieser Gefährdungslage muss das Prozessrecht begegnen.

#### **2. Zielrichtung prozessualer Vorkehren**

##### **a. Abbau von Rechtswegbarrieren**

Der Erleichterung des Zugangs zu den Gerichten dient der zusätzliche Gerichtsstand am Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (**GestG 24 i.V.m. GestG 21 I**). Auf der Kostenseite dient die begrenzte Kostenlosigkeit des Verfahrens dem Abbau der Kostenbarriere.

##### **b. Gewährleistung der Wahrheitsfindung**

Diesem Ziel dienen die Untersuchungsmaxime und die freie Beweiswürdigung.

c. Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes

Effektivität des Rechtsschutzes wird durch das Gebot der Einrichtung eines einfachen und raschen Verfahrens angestrebt. Die Sondergerichtsbarkeit im Arbeitsrecht will durch die Mitwirkung von Fachrichtern zugleich eine Beschleunigung und auch eine qualitativ bessere Erledigung der Prozesse erzielen.

d. Gewährleistung der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts

Sie ist dadurch gefährdet, dass in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten der für die bundesrechtliche Berufung erforderliche Streitwert vielfach nicht erreicht wird.

### **3. Bundesrecht – kantonales Recht im arbeitsrechtlichen Prozess**

Das Bundesrecht legt seit der Revision des Arbeitsvertragsrechts in **OR 343** prozessuale Minimalgrundsätze fest.

#### ***II. Prozessuale Vorschriften des Bundesrechts***

Die Vorschriften betreffen den Gerichtsstand, die Untersuchungsmaxime, freie Beweiswürdigung, einfaches und rasches Verfahren, Kostenlosigkeit des Verfahrens, Verbandsklagerecht.

#### ***III. Kantonale Sondernormen für den Arbeitsprozess***

Die besonderen kantonalen Vorschriften für den Arbeitsprozess regeln einerseits die Gerichtsorganisation. Andererseits stellen die Kantone Verfahrensvorschriften auf, die zu den entsprechenden Bestimmungen im OR und in den Spezialgesetzen des Bundes hinzutreten.

#### **1. Gerichtsorganisation**

a. Besondere Arbeitsgerichte

In mehreren Kantonen bestehen für die Entscheidung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten Sondergerichte. Ihre paritätische Zusammensetzung aus Vertretern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite soll ihre Unparteilichkeit gewährleisten. Ob eine Streitigkeit aus Arbeitsvertrag vorliegt, ist nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur doppelrelevanten Tatsache nunmehr erst in der Begründetheitsstation, d.h. im Zeitpunkt der Beurteilung des Anspruchs, zu prüfen. Diese Praxis widerspricht der Prozessökonomie.

b. Ordentliche Gerichte

In den Kantonen, in welchen die Arbeitsprozesse durch die ordentlichen Gerichte beurteilt werden, wird das Verfahren oft als beschleunigt bezeichnet oder ausgestaltet.

#### **2. Verfahrensvorschriften**

Persönliches Erscheinen und Beschränkung des Vertretungsrechts; Verbot von Prorogations- und Schiedsabreden; erweiterte Kostenlosigkeit.

## **§59 F. MIET- UND PACHTRECHTLICHE PROZESSE**

### ***I. Rechtspolitische Zielsetzung***

#### **1. Schutz der schwächeren Vertrags- und Prozesspartei**

Zu den sozialen Grundbedürfnissen des Einzelnen und der Familie gehört neben dem Arbeiten das Wohnen.

#### **2. Zielrichtung prozessualer Vorkehren**

##### **a. Abbau von Rechtswegbarrieren**

Auch im Mietrecht soll der durch das materielle Recht geschaffene Rechtsschutz des Mieters nicht daran scheitern, dass er sich scheut, den Rechtsweg zu beschreiten. Dem Abbau von Rechtswegbarrieren dienen der teilzwingende Gerichtsstand am Ort der Mietsache, die Einsetzung beratender und vorentscheidender Schlichtungsbehörden, deren Verfahren kostenlos ist, und die Oficialmaxime.

##### **b. Gewährleistung der Wahrheitsfindung**

Auch hier gelten zu diesem Zweck die Untersuchungsmaxime und die freie Beweiswürdigung. Zusätzlich werden die Parteien von Bundesrechts wegen zur Edition aller notwendigen Urkunden verpflichtet.

##### **c. Gewährleistung eine effektiven Rechtsschutzes**

Effektivität des Rechtsschutzes wird vom Bund einerseits durch die beratende Funktion und das Verfahren vor den Schlichtungsbehörden, weiter durch das den Kantonen auferlegte einfache und rasche Verfahren und schliesslich durch die bundesrechtliche erteilte Kompetenz, vorsorgliche Massnahmen zu treffen, angestrebt.

##### **d. Gewährleistung der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts**

Sie ist auch hier durch die streitwertmässig beschränkte Kognition des Bundesgerichts gefährdet.

#### **3. Bundesrecht und kantonales Recht im Mietrechtsprozess**

Das Bundesrecht schreibt die für den heutigen Mietrechtsprozess wesentlichen und charakteristischen Behördenstrukturen und Verfahrensgrundsätze vor.

### ***II. Prozessuale Vorschriften des Bundesrechts***

Die Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften von **GestG 21, 23, OR 274 – 274g, LugÜ 16 Ziff. 1** sind auf alle Streitigkeiten, welche mit der Benützung der Mietsache im Zusammenhang stehen, anzuwenden, gleichgültig, ob der geltend gemachte Anspruch materielle als vertraglicher, quasivertraglicher oder ausservertraglicher zu qualifizieren ist. Diese Vorschriften betreffen: Schlichtungsbehörden, Gerichtsstand, Sachliche Zuständigkeit: Kompetenzattraktion, Prozessbeitritt des Ehegatten, Untersuchungsmaxime, Oficialmaxime, freie Beweiswür-

digung, einfaches und rasches Verfahren, Kostenlosigkeit des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde und die Editionsspflicht.

### **III. Kantonale Normen für den Mietrechtsprozess**

#### **1. Gerichtsorganisation**

- a. Schlichtungsbehörden
- b. Gerichte

#### **2. Verfahrensvorschriften**

### **§60 G. SUMMARISCHES UND BESCHLEUNIGTES VERFAHREN**

#### **I. Summarisches Verfahren**

##### **1. Begriff**

Als summarisches Verfahren bezeichnet man ein Verfahren mit Beweisbeschränkung. Die Beweisbeschränkung kann ausgestaltet sein als Beweismittelbeschränkung, indem nur bestimmte Beweismittel zulässig sind, die ohne Verzug erhoben werden können, oder als Beweisstrengebeschränkung, indem die tatsächlichen Grundlagen des Begehrens und/oder der Einwendungen nur glaubhaft zu machen sind. Die beiden Arten der Beweisbeschränkung können im gleichen Verfahren kombiniert sein. Das summarische Verfahren soll auch ein schnelles Verfahren sein. Die Schnelligkeit des Verfahrens wird dadurch erzielt, dass es dem Einzelrichter übertragen und mündlich ist, dass Säumnisfolgen schon nach der ersten Vorladung eintreten und dass dem Richter für die Fällung des Urteils oft kurze Fristen gesetzt sind.

##### **2. Vom Bundesrecht gefordertes summarisches Verfahren**

Nach SchKG 25 Ziff. 2; die Beurteilung vorsorglicher Massnahmen.

##### **3. Summarisches Verfahren des kantonalen Rechts**

a. Summarisches Verfahren im eigentlichen Sinne und andere summarische Verfahren  
Die kantonalen Prozessordnungen fassen oft verschiedenartige Verfahrenstypen unter dem Titel Summarisches Verfahren zusammen. Dabei sind zu unterscheiden: Summarische Verfahren im eigentlichen Sinne (nur bei Beweisbeschränkung: beschränkte materielle Rechtskraft, kein Endentscheid im Sinne von **OG 48**); Summarische Verfahren ohne Beweisbeschränkung (volle materielle Rechtskraft, Endentscheid); Summarisches Verfahren mit Endentscheid (Gegendarstellungsverfahren).

b. Hauptarten des summarischen Verfahrens (Befehlsverfahren)

Die Prozessgesetze fassen die folgenden Anwendungsfälle des summarischen Verfahrens oft unter dem Titel Befehlsverfahren zusammen: Schnelle Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen (soll dazu dienen, bei liquiden Verhältnissen schnell zu einem Sachurteil zu gelangen); Besitzschutzbegehren (**ZGB 927 - 929**); Vorsorgliche Massnahmen; Allgemeine Verbote; Kantonalrechtliche Vollstreckung.

## ***II. Beschleunigtes Verfahren***

### **1. Vom Bundesrecht gefordertes beschleunigtes Verfahren**

#### a. Nach SchKG

SchKG 25 Ziff. 1 verpflichtet die Kantone, für die im beschleunigten Verfahren zu führenden Prozesse die nötigen Verfahrensbestimmungen aufzustellen. Danach müssen die Parteien auf kurz bemessenen Termin geladen und die Prozesse binnen sechs Monaten seit Anhebung der Klage kantonal letztinstanzlich erledigt sein.

#### b. Nach der VO betreffend das Verfahren bei der Gewährleistung im Viehhandel

#### c. Einfaches und rasches Verfahren

### **2. Erweiterter kantonaler Anwendungsbereich**

Die Kantone dehnen den Anwendungsbereich des beschleunigten Verfahrens in unterschiedlicher Weise aus auf weitere Klagen und Streitigkeiten.

### **3. Massnahmen zur Beschleunigung**

Massnahmen können sein: kein Sühnverfahren, Zuständigkeit eines Einzelrichters, verkürzte Fristen, verkürztes Säumnisverfahren.

### **4. Rechtskraft**

Urteile im beschleunigten Verfahren des SchKG werden materiell rechtskräftig, allerdings mit Einschränkungen. Urteile in einem einfachen und raschen Verfahren entfalten dagegen uneingeschränkt materielle Rechtskraft.

## ***§61 H. VORSORGLICHE MASSNAHMEN (EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN)***

### ***I. Begriff, Bedeutung, Arten***

#### **1. Begriff**

Unter vorsorglichen Massnahmen oder einstweiligen Verfügungen versteht man Anordnungen des Gerichtes, mit denen einer Partei vor oder während des ordentlichen Prozesses vorläufiger Rechtsschutz gewährt wird.

## **2. Bedeutung**

Die Parteien müssen dagegen geschützt werden, dass der Streitgegenstand während des Prozesses ihrem späteren Zugriff entzogen wird (Sicherungsmassnahmen); dass Rechte und Pflichten innerhalb eines Dauerrechtsverhältnisses während der Prozessdauer ungeregt der Willkür und der Selbsthilfe der Parteien anheim gestellt bleiben (Regelungsmassnahmen); dass das angestrebte Prozessziel durch den Zeitablauf während der Prozessdauer ganz oder teilweise illusorisch gemacht wird (Leistungsmassnahmen).

## **3. Arten**

### a. Sicherungsmassnahmen

Diese können bestehen in Stilllegemassnahmen oder in Vorsorgemassnahmen (z.B. ZGB 178 II, III).

### b. Regelungsmassnahmen

### c. Leistungsmassnahmen

Die Möglichkeit vorläufiger Vollstreckung muss vor allem dann gegeben sein, wenn der eingeklagte Anspruch durch die Prozessdauer untergeht oder wenn sich die seinerzeitige Vollstreckung des Urteils für den Kläger kontraproduktiv auswirken würde. Leistungsmassnahmen sind zulässig für Unterlassungsansprüche, aber nur beschränkt für positive Leistungsansprüche (nach herrschender Auffassung sind Ansprüche auf Geldzahlung grundsätzlich unzulässig).

## ***II. Bundesrecht und kantonales Recht***

### **1. Rechtsquellenlage**

Die kantonalen Prozessordnungen regeln durchwegs Voraussetzungen und Verfahren der vorsorglichen Massnahmen. Die Regelungen sind im Einzelnen oft sehr unterschiedlich. Der Bundesgesetzgeber hat für einzelne Rechtsgebiete oder einzelne Klagen Zulässigkeit und Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen einheitlich geordnet.

### **2. Bundesrechtlicher Rechtsgrund der vorsorglichen Massnahmen?**

Umfang und Einzelwirkungen des Rechtsschutzanspruchs bestimmen sich nach Bundesrecht. Auch die Frage, ob und in welcher Weise für ein solches Recht einstweiliger Rechtsschutz durch vorsorgliche Massnahmen zu gewähren ist, hat sich daher nach Bundesrecht zu beantworten. Dabei handelt es sich zur Hauptsache um ungeschriebenes Bundesrecht. Kantonalen Rechts bleibt das Verfahren, in welchem der einstweilige Rechtsschutz gewährt wird. Das Bundesgericht vertritt dagegen eine dualistische Theorie: Das kantonale Recht ist massgeblich für Massnahmen zur blossen Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes. Das Bundesrecht ist dagegen massgeblich für Massnahmen, die für die Prozessdauer subjektive Rechte zu- oder aberkennen.

## ***III. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen***

Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen unterscheiden sich zum Teil nach der Art der geforderten Massnahmen. Die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen werden zudem in den Prozessordnungen unterschiedlich umschrieben. Regelmässig müssen aber die folgenden Voraussetzungen gegeben sein:

### **1. Drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil**

Es fällt nicht nur ein drohender finanzieller Schaden in Betracht, sondern jeder Nachteil. In die Nachteilsprognose sind beide Parteien einzubeziehen; es ist also eine Interessensabwägung vorzunehmen.

### **2. Wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens**

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren des Klägers unbegründet oder wenig aussichtsreich ist. Es ist daher eine Hauptsachenprognose zu treffen.

### **3. Glaubhaftmachung**

Vor Einleitung oder im Anfangsstadium des Prozesses können die beiden Voraussetzungen nicht strikte bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen erfolgt daher immer in einem summarischen Verfahren.

## ***IV. Einzelne vorsorgliche Massnahmen***

Die Gesetze enthalten zum Teil Aufzählungen möglicher Massnahmen. Weitere Massnahmen ergeben sich aus ausdrücklichen Normen des Bundesrechts. Andere Prozessgesetze ermächtigen den Richter allgemein, die geeigneten Massnahmen zu treffen. Der Richter ist jedenfalls nicht an die Anträge der Parteien gebunden.

## ***V. Im internationalen Verhältnis***

### **1. Im Hauptprozess**

Im Hauptprozess ist der Sachrichter nach den Regeln seines Rechts zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig (vgl. **IPRG 10, LugÜ 24**).

### **2. Ausserhalb des Hauptprozesses**

a. Im Allgemeinen

vgl. **IPRG 10, LugÜ 24**.

b. Im Besonderen

## ***VI. Verfahren***

## **1. Summarisches Verfahren**

### **2. Vor oder nach Anhebung des Hauptprozesses**

Vorsorgliche Massnahmen können schon vor Anhebung des Hauptprozesses oder während desselben erlassen werden. Sachlich zuständig ist im ersten Falle gewöhnlich ein Einzelrichter. Bei Anordnung vor der Klageeinleitung wird dem Gesuchsteller Frist zur Klage angesetzt.

### **3. Superprovisorische Massnahmen**

In dringlichen Fällen können die notwendigen Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei angeordnet werden. Die Anhörung ist in einem Bestätigungsverfahren oder in einem Einspracheverfahren nachzuholen.

### **4. Sicherheitsleistung und Schadenersatzpflicht**

Die vorsorgliche Massnahme ist von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen, wenn der Gegenpartei Schaden erwachsen kann. Die Schadenersatzpflicht für den Fall, dass der eingeklagte Anspruch nicht bestand, kann entweder als Kausalhaftung oder als Verschuldenshaftung ausgestaltet sein.

### **5. Geltungsdauer**

Grundsätzlich fallen die vorsorglichen Massnahmen mit der Rechtskraft des Endentscheides dahin. Das Gericht kann jedoch eine begrenzte Fortgeltung anordnen.

### **6. Bundesrechtliche Rechtsmittel im einstweiligen Rechtsschutz**

Keine bundesrechtliche Berufung, weil kein Endentscheid im Sinne von **OG 48** vorliegt. Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde ist gegeben, wenn z.B. gerügt werden will, es sei über das Massnahmebegehren in Anwendung von kantonalem Recht anstelle des massgebenden eidgenössischen Rechts entschieden worden. StaBe wegen Verletzung von **BV 9, 29 II** gegen letztinstanzliche kantonale Massnahmenentscheide nach **OG 87**.

## **13. Kapitel: Die Rechtsmittel**

### **§62 A. DAS RECHTSMITTELSYSTEM**

#### ***1. Begriff und Bedeutung***

##### **1. Begriff**

Rechtsmittel sind Rechtsbehelfe, die das Gesetz den Parteien zur Verfügung stellt, um gerichtliche Entscheide überprüfen und gegebenenfalls verbessern zu lassen. Als Rechtsmittel gelten dabei die im einzelnen Prozessgesetz als solche bezeichneten Rechtsbehelfe.

## 2. Bedeutung

Das Rechtsmittelssystem stellt eine rechtsstaatliche Garantie zur Erlangung eines möglichst richtigen Urteils dar.

## II. Aufbau des Rechtsmittelsystems

Das schweizerische Rechtsmittelssystem ist gekennzeichnet durch die Abgrenzung zwischen endgültigen und nicht endgültigen, d.h. mit einem ordentlichen Rechtsmittel weiterziehbaren Urteilen einerseits und durch das Ergreifen verschiedener Nichtigkeitsmittel zur Behebung schwer wiegender Mängel eines endgültigen Urteils andererseits.

### 1. Endgültige und nicht endgültige Urteile

Die Zulässigkeit ordentlicher Rechtsmittel (Berufung oder Rekurs) richtet sich in vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach dem Streitwert. Urteile der Friedensrichter/Vermittler innerhalb ihrer Spruchkompetenz und solche der erstinstanzlichen Gerichte bis zu einer bestimmten Streitwertgrenze werden als endgültig bezeichnet und sind nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln weiterziehbar. Urteile der erstinstanzlichen Gerichte mit über dieser Grenze liegendem Streitwert sind mit der kantonalen Berufung (dem Rekurs) anfechtbar. Da die bundesrechtliche Berufung erst von einem Streitwert von CHF 8'000.- an zulässig ist (OG 46), können Urteile der kantonalen Berufungsinstanz unter diesem Streitwert nicht mit Berufung ans Bundesgericht weitergezogen werden und sind in diesem Sinne endgültig. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind kantonale Berufung und bundesrechtliche Berufung (OG 44) stets zulässig.

### 2. Die Rüge grober Mängel in endgültigen Urteilen

#### a. Ausgangspunkt

Um schwere Mängel in endgültigen Urteilen zu rügen, stehen dem Bürger kantonale und bundesrechtliche Nichtigkeitsrechtsmittel sowie subsidiär die StaBe zur Verfügung.

#### b. Kantonale und bundesrechtliche Nichtigkeitsrechtsmittel

Das kantonale Nichtigkeitsrechtsmittel wird gewöhnlich als Nichtigkeits- oder Kassationsbeschwerde oder Nichtigkeitsklage bezeichnet. Mit der bundesrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde können nur wenige eng umschriebene Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden.

#### c. Nichtigkeitsgründe

Bei den Nichtigkeitsgründen ist zu unterscheiden zwischen Rechts- und Tatfragen. Grob unrichtige Tatsachenfeststellung kann gerügt werden als Aktenwidrige tatsächliche Annahme (Aktenwidrigkeit; OG 63 II Satz 2) oder als Willkürliche Tatsachenfeststellung. Grob falsche Rechtsanwendung kann gerügt werden bei behaupteter Verletzung kantonalen Verfahrensrechts (mit einem kantonalen Nichtigkeitsrechtsmittel wegen Verletzung wesentlicher Verfahrensregeln; subsidiär mit der StaBe); materiellen Rechts (mit einem kantonalen Nichtigkeitsrechtsmittel wegen Verletzung klaren materiellen Rechts; mit der StaBe wegen Willkür).

#### d. Subsidiarität der Nichtigkeitsrechtsmittel

Die Nichtigkeitsrechtsmittel sind im Verhältnis zu den ordentlichen Rechtsmitteln subsidiär.

### **3. Würdigung**

#### a. Gut ausgebautes Rechtsmittelsystem

Das dargestellte Rechtsmittelsystem wird ergänzt durch die Revision, welche die Korrektur rechtskräftiger Urteile gestützt auf neue Tatsachen dann erlaubt, wenn durch strafbare Handlungen auf den Prozessausgang eingewirkt wurde. Die Revision ist teilweise auch bei nach Rechtskraft eines Urteils entdeckten Willensmängeln gegeben. Es darf als gut ausgebaut bezeichnet werden.

#### b. Kantonale Unterschiede

Die kantonalen Unterschiede sind beträchtlich. Je nachdem hat im einen Kanton ein Verfahren nur eine einzige Instanz zu durchlaufen, in einem andern dagegen deren drei. Unterschiede hinsichtlich der Breite der Anfechtungsmöglichkeiten können sich ergeben, je nachdem, ob die Nichtigkeitsgründe enumeriert oder mittels einer Generalklausel umschrieben sind.

#### c. Gefahren eines Übermasses an Rechtsmitteln

Die Prozessdauer wird mit jeder Instanz verlängert, worunter auch das Vertrauen in die Rechtsprechung leidet.

## **§63 B. EIGENSCHAFTEN UND ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN DER RECHTSMITTEL – ALLGEMEINE VERFAHRENSGRUNDSÄTZE**

### ***I. Eigenschaften der Rechtsmittel***

#### **1. Devolutive und nicht devolutive Rechtsmittel**

Devolutiv ist ein Rechtsmittel, über welches eine höhere Instanz entscheidet. Nicht devolutiv ist ein Rechtsmittel, über welches dieselbe Instanz entscheidet, von welcher der angefochtene Entscheid ausgegangen ist.

#### **2. Vollkommene und unvollkommene Rechtsmittel**

Vollkommen ist ein Rechtsmittel dann, wenn die Rechtsmittelinstanz das angefochtene Urteil insgesamt überprüft (richtige Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung). Der Überprüfung unterliegen auch die Ermessensentscheide der Vorinstanz. Unvollkommen ist ein Rechtsmittel, das nur eine beschränkte Überprüfung erlaubt.

#### **3. Ordentliche (suspensive) und ausserordentliche (nicht suspensive) Rechtsmittel**

Ordentliche Rechtsmittel wenden sich gegen Entscheide, die noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, und hemmen den Eintritt von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit mindestens im Umfang der Rechtsmittelanträge (Suspensivwirkung). Ausserordentliche Rechtsmittel richten sich gegen Entscheide, die in Rechtskraft erwachsen sind, und hemmen deren Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nicht von Gesetzes wegen.

#### **4. Reformatorische und kassatorische Rechtsmittel**

Reformatorische Rechtsmittel führen, wenn sie begründet sind, zur Ausfällung eines neuen Entscheides der Rechtsmittelinstanz. Kassatorische Rechtsmittel bewirken dagegen, wenn begründet, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und soweit nötig die Rückweisung an die untere Instanz zu verbesserter Entscheidung.

#### **5. Rechtsmittel mit und ohne Novenrecht**

Mit Novenrecht sind Rechtsmittel ausgestaltet, wenn vor der Rechtsmittelinstanz neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel zulässig sind. Echte Noven sind solche Tatsachen, die erst nach dem anzufechtenden Entscheid eingetreten sind, und die für sie anzubietenden Beweismittel. Unechte Noven sind dagegen Tatsachen, die sich vor diesem Zeitpunkt verwirklicht haben, die aber aus Unsorgfalt oder mangels Kenntnis der Partei nicht geltend gemacht worden sind.

### ***II. Zulässigkeitsvoraussetzungen***

#### **1. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Prüfungsbefugnis**

So wie bei der Klage zu unterscheiden ist zwischen den Prozess- und den Sachvoraussetzungen, ist im Rechtsmittelverfahren zwischen den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels und der Prüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz zu unterscheiden.

#### **2. Einzelne Zulässigkeitsvoraussetzungen**

##### **a. Art der angefochtenen Entscheidung**

Die einzelnen Rechtsmittel sind je nur gegen bestimmte Arten von Entscheiden gegeben, so die Berufung im einen Kanton nur gegen Sachurteile auf Grund eigener Rechtsfindung des Gerichtes, im andern gegen alle Sachurteile, im dritten auch gegen bestimmte Prozessentscheide oder sogar gegen prozessleitende Entscheide; die Nichtigkeitsbeschwerde im einen Kanton nur gegen Urteile unterer Instanzen, im andern auch gegen Urteile des oberen kantonalen Gerichts; die bundesrechtliche Berufung im Grundsatz nur gegen Endentscheide und nur ausnahmsweise gegen bestimmte Zwischenentscheid.

##### **b. Streitwert**

Die ordentlichen Rechtsmittel sind in vermögensrechtlichen Streitigkeiten nur über einem bestimmten Streitwert zulässig.

##### **c. Legitimation**

Zur Ergreifung eines Rechtsmittels sind die Parteien, Nebenparteien und ihre Rechtsnachfolger legitimiert.

##### **d. Rechtzeitigkeit**

Die Rechtsmittel müssen innert bestimmter Frist eingereicht werden.

##### **e. Beschwer**

Das für jeden prozessualen Rechtsbehelf erforderliche Rechtsschutzinteresse wird als Voraussetzung eines Rechtsmittels Beschwer genannt.

### **III. Allgemeine Grundsätze des Rechtsmittelverfahrens**

#### **1. Rechtsmittelbelehrung**

Einzelne Gesetze sehen vor, dass die Parteien im Urteil über die möglichen Rechtsmittel zu belehren seien. Wo das kantonale Recht eine Rechtsmittelbelehrung nicht vorschreibt, folgt eine solche nicht aus **BV 9**.

#### **2. Verbot der reformatio in peius**

Nach der Dispositionsmaxime bestimmt der Rechtsmittelkläger mit seinen Anträgen, in welchem Umfang das vorinstanzliche Urteil abgeändert werden soll und darf. Darüber hinaus darf die Rechtsmittelinstanz nicht gehen.

#### **3. Anschlussrechtsmittel**

Der angefochtene Entscheid kann nur gestützt auf ein vom Gegner ergriffenes Rechtsmittel zu Ungunsten des Rechtsmittelklägers abgeändert werden. Um die Partei, die sich mit dem Urteil abfinden will und nicht selbständig ein Rechtsmittel ergreift, in dem von der Gegenpartei erhobenen Rechtsmittelverfahren nicht zu benachteiligen, sehen die Prozessgesetze für einzelne Rechtsmittel deren Anschluss vor.

#### **4. Rechtsmittelverzicht**

Nach der Dispositionsmaxime kann grundsätzlich auf Rechtsmittel verzichtet werden.

#### **5. Iudex a quo, iudex ad quem**

Je nach der gesetzlichen Ordnung ist das Rechtsmittel entweder bei Richter, der entschieden hat oder bei der Rechtsmittelinstanz einzulegen.

### **§64 C. DIE KANTONALEN RECHTSMITTEL**

#### **I. Die Berufung**

##### **1. Begriff**

Die Berufung ist das vollkommene, ordentliche und suspensive Rechtsmittel des Kantons. Die Berufung hemmt in den meisten Kantonen den Eintritt der Rechtskraft bezüglich des ganzen Urteils. Nach neueren Gesetzen wird die Rechtskraft dagegen nur noch im Umfang der Berufungsanträge gehemmt.

## **2. Novenrecht**

Die Zulässigkeit neuer Behauptungen und neuer Beweismittel im Berufungsverfahren ist sehr unterschiedlich geregelt: Keine Noven sind zulässig in AI, GR, TI, VD; neue Beweismittel sind zulässig in BE, VS; unbeschränkt sind neue Behauptungen und neue Beweismittel zulässig in LU, SO, AR, TG, GL; beschränkt sind neue Vorbringen und neue Beweismittel in ZH zulässig; nur unter der Voraussetzung, dass sie ohne jedes Verschulden vor erster Instanz nicht geltend gemacht werden konnten, können Nova in den übrigen Kantonen vorgebracht werden.

## ***II. Der Rekurs***

Der nur in einem Teil der deutschschweizerischen Kantone bekannte Rekurs kann als kleine Berufung bezeichnet werden. ER dient als vollkommenes, regelmässig suspensives Rechtsmittel gegen Entscheide von weniger grosser Tragweite. Er wird in einem gegenüber dem Berufungsverfahren wesentlich vereinfachten Verfahren durchgeführt.

## ***III. Die Nichtigkeitsbeschwerde***

### **1. Das Rechtsmittel**

Das Rechtsmittel ist entweder die Nichtigkeitsbeschwerde, Nichtigkeitsklage oder einfach die Beschwerde. Nach einzelnen Prozessordnungen können Nichtigkeitsgründe mit der Revision geltend gemacht werden.

### **2. Anfechtbare Entscheide**

Regelmässig ist ein Nichtigkeitsrechtsmittel gegen endgültige Entscheide der unteren Gerichte gegeben. Gegen Entscheide der oberen kantonalen Gerichte ist ein Nichtigkeitsrechtsmittel nur in folgenden Kantonen gegeben: für dieselben Nichtigkeitsgründe wie gegen untere Gerichte in ZH, OW, SO, VD; nur beschränkt auf enger umschriebene Nichtigkeitsgründe in BE, SG, JU.

### **3. Die Anfechtungsgründe**

Die Anfechtungsgründe werden entweder in den Gesetzen enumeriert oder mit Generalklauseln umschrieben.

## ***IV. Die Revision***

### **1. Die klassischen Revisionsgründe**

Ein rechtskräftiges Urteil, das der wirklichen Sach- und Rechtslage nicht entspricht, soll derselben angepasst werden können wenn durch eine strafbare Handlung zum Nachteil des Revisionsklägers auf das Urteil eingewirkt wurde oder wenn neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel entdeckt werden.

## **2. Weitere Revisionsgründe**

Nichtigkeitstatbestände sind in einzelnen Kantonen mittels Revision geltend zu machen. Weiter stellen verschiedene Prozessordnungen die Revision zur Verfügung zur Geltendmachung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit von Vergleich und Abstandserklärungen und gegen betrügerische Machenschaften einer oder beider Parteien, auch dann, wenn kein Straftatbestand erfüllt ist.

## ***V. Die Erläuterung***

Sie ist kein eigentliches Rechtsmittel, da sie nicht der Abänderung, sondern nur der Klarstellung von Entscheiden dient, deren Bestimmungen unklar, unvollständig oder widersprüchlich sind. Sie ist ein Rechtsbehelf.

## ***VI. Die Aufsichtsbeschwerde***

Die Aufsichtsbeschwerde ist ebenfalls kein eigentliches Rechtsmittel, sondern eine Aufforderung an die Aufsichtsbehörde, ihre Aufsichts- und Disziplinarbefugnis wahrzunehmen.

## **§65 D. DIE BUNDESRECHTLICHEN RECHTSMITTEL IN ZIVILSACHEN**

### ***I. Aufgabe der bundesrechtlichen Rechtsmittel in Zivilsachen***

#### **1. Einheitliche Anwendung des Bundesprivatrechts**

##### **a. Die Zielsetzung**

Im Bundesstaat muss gewährleistet werden, dass das Bundesrecht in den Gliedstaaten des Bundesstaates einheitlich angewendet wird.

##### **b. Grenzen der Zielsetzung**

Die Belastung des Bundesgerichtes muss in vertretbaren Grenzen gehalten werden.

#### **2. Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte**

Die StaBe dient der Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger gegen Verletzung durch kantonale Entscheide. Im Vordergrund stehen dabei die verfahrensrechtlichen Garantien.

#### **3. Die Revision des Organisationsgesetzes**

Die Revision des OG stand unter der Zielsetzung der Entlastung des Bundesgerichtes. Die stark überwiegende Zirkulations-Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat die Qualität der Entscheide negative beeinflusst.

#### **4. Ermittlung des zulässigen Rechtsmittels**

Zu Beantwortung der Frage, welches Rechtsmittel gegen einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid zulässig sei, ist in folgender Reihenfolge vorzugehen: bundesrechtliche Berufung, bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, kantonales Nichtigkeitsrechtsmittel, StaBe.

#### **5. Spaltung des Rechtsmittelweges, Trennung der Rechtsmittelbegründungen, Einheitsbeschwerde**

Der Rechtssuchende muss ein und dasselbe kantonale Urteil zur Rüge materieller Rechtsverletzungen mit Berufung, zur Rüge der Verletzung kantonalen Prozessrechts und von willkürlichen Tatsachenfeststellungen mit StaBe anfechten. Dies ist künftig, sollte Einheitsbeschwerde Gesetz werden, nicht mehr nötig.

### ***II. Die Berufung ans Bundesgericht***

#### **1. Begriff**

Die Berufung ans Bundesgericht ist ein unvollkommenes Rechtsmittel, weil die Prüfungsbezugnis auf Rechtsfragen und zwar auf Verletzungen des Bundesrechts beschränkt ist; ein ordentliches und suspensives Rechtsmittel, weil die Rechtskraft anfechtbarer kantonalen Entscheide vor Ablauf der Berufungsfrist nicht eintreten kann und durch zulässige Berufung im Umfang der Anträge gehemmt wird (**OG 54 II**); ein reformatorisches Rechtsmittel, da das Bundesgericht den neuen Entscheid selbst fällt (**OG 64 f.**); ein Rechtsmittel ohne Novenrecht (**OG 55 I lit. c**).

#### **2. Zulässigkeitsvoraussetzungen**

Die Berufung ist nur zulässig in Zivilrechtsstreitigkeiten (Zivilsache, Streitsache); in Streitsachen, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, und in vermögensrechtlichen Streitsachen, wenn der Streitwert wenigstens CHF 8'000.- beträgt; gegen kantonale Endentscheide; gegen letztinstanzliche Endentscheide.

##### **a. Zivilsache**

Gegenstand des angefochtenen Urteils muss ein durch das Bundesprivatrecht geregeltes Rechtsverhältnis sein.

##### **b. Streitsache**

Ausnahmen: Die Berufung ist in den in **OG 44 und 45 lit. b** genannten nichtstreitigen Zivilsachen zulässig.

##### **c. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeit oder vermögensrechtliche Streitigkeit mit Streitwert ab CHF 8'000.-**

Als nicht vermögensrechtliche sind Streitigkeiten über Rechte zu betrachten, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können. Es muss sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden sind. Massgeblich ist, ob mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Ausnahme: **OG 45**.

##### **d. Endentscheid**

Ein Endentscheid liegt bei Sachurteilen vor, d.h. wenn der kantonale Richter über den streitigen Anspruch materiell entschieden hat. Endentscheide sind aber auch die negativen Prozessentscheide, d.h. die Nichteintretensentscheide, und zwar auch dann, wenn sie nicht zu einem materiellen Rechtsverlust führen.

#### e. Letztinstanzlicher kantonaler Entscheid

Die Berufung ist nur zulässig gegen Endentscheide der oberen kantonalen Gerichte, die nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden können (OG 48 I). Beim Begriff des ordentlichen kantonalen Rechtsmittels ist wesentlich, dass es sich um ein vollkommenes Rechtsmittel handeln muss, das volle Sachprüfung erlaubt.

### 3. Prüfungsbefugnis

Das Bundesgericht kann im Berufungsverfahren nur prüfen Rechtsfragen, nicht dagegen Tatfragen; es ist an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden (OG 63 II). Nur Verletzungen des Bundesrechts können geprüft werden (OG 43 I).

#### a. Rechtsfragen

#### b. Verletzungen von Bundesrecht

Das Bundesgericht kann im Berufungsverfahren kantonale Entscheide nur auf Verletzung von Bundesrecht mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge prüfen.

### 4. Das Verfahren der bundesrechtlichen Berufung

Die Berufung ist innert 30 Tagen ab schriftlicher Mitteilung des kantonalen Entscheids beim iudex a quo einzulegen (OG 54). Das Verfahren ist schriftlich (OG 55, 59). Die Anschlussberufung ist zulässig (OG 59). Legitimiert sind die Parteien und Nebenparteien (OG 53 I). Streitverkündung und Nebenintervention sind im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig (OG 53 II).

## III. Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde

OG 68 ff. Die Bedeutung der bundesrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde ist gering.

### 1. Begriff

Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde ist ein unvollkommenes Rechtsmittel, weil die Prüfungsbefugnis auf eng umschriebene Rechtsrügen beschränkt ist; ein ausserordentliches und nicht suspensives Rechtsmittel (OG 70); ein grundsätzlich kassatorisches Rechtsmittel (OG 68 I lit. e; OG 73 II); ein Rechtsmittel ohne Novenrecht.

### 2. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Im Vergleich mit der bundesrechtlichen Berufung ist die Nichtigkeitsbeschwerde an geringere Zulässigkeitsvoraussetzungen gebunden. Nicht erforderlich ist insbesondere, dass es sich um eine Streitsache handelt; dass in vermögensrechtlichen Zivilsachen ein Mindeststreitwert gegeben sei; dass ein Endentscheid vorliege. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher zulässig:

- a. in Zivilsachen
- b. gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide
- c. subsidiär zur bundesrechtlichen Berufung

### **3. Prüfungsbefugnis**

Das Bundesgericht kann auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur prüfen:

- a. Rechtsfragen
- b. Verletzung von Bundesrecht

### **4. Verfahren**

Einlegung innert 30 Tagen nach Eröffnung des Entscheides beim iudex a quo (OG 69); schriftliches Verfahren (OG 71 – 73); ergänzend sind die Vorschriften über die Berufung sinngemäss anwendbar (OG 74).

## ***IV. Die staatsrechtliche Beschwerde in Zivilsachen***

### **1. Anwendungsbereich**

Stehen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Verfügung, so kommt subsidiär die StaBe gegen kantonale Zivilgerichtsurteile in Betracht. Die Beschwerdearten sind (BV 189 I lit. a, c): Verfassungsbeschwerde, Konkordatsbeschwerde, Staatsvertragsbeschwerde (OG 84 I lit. a – c).

### **2. Beschwerdegründe**

#### a. Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist gegeben bei Verletzung von BV 9, 30 I, II.

#### b. Konkordatsbeschwerde

Diese Beschwerde steht jedem Bürger zu, sofern er dadurch in seinen persönlichen, rechtlich geschützten Interessen verletzt zu sein behauptet. Das Bundesgericht prüft die Auslegung und Anwendung der Konkordate frei.

#### c. Staatsvertragsbeschwerde

Die Staatsvertragsbeschwerde kommt im Bereich des Prozessrechts vorab die Fragen der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen zur Anwendung. Das Bundesgericht prüft hier Tat- und Rechtsfragen frei; neue tatsächliche Vorbringen sind zulässig.

### **3. Anfechtbare Entscheide**

a. Gerichtliche Entscheide

Die StaBe ist nur gegen Entscheide der staatlichen Gerichte zulässig.

b. Letztinstanzlicher Entscheid

Die StaBe ist nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig (OG 86).

c. Zwischenentscheid oder Endentscheid

Die StaBe ist im Allgemeinen auch gegen Zwischenentscheide zulässig.

#### **4. Verhältnis zu anderen bundesrechtlichen Rechtsmitteln**

Die StaBe ist im Verhältnis zur bundesrechtlichen Berufung und zur Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich subsidiär (OG 84 II).

### ***V. Die bundesrechtliche Revision***

#### **1. Ersatz der nicht gegebenen Nichtigkeitsbeschwerde**

In OG 136 werden Nichtigkeitsrechtsmittel zur Geltendmachung besonders schwerer Verfahrensmängel aufgezählt.

#### **2. Klassische Revision**

Die Revision ist ein Rechtsmittel zur Berücksichtigung wesentlicher neuer Tatsachen (OG 137 lit. a, b).

#### **3. Revision wegen Verletzung der EMRK, OG 139a**

#### **4. Revision von internationalen Schiedssprüchen**

Im Wege der Lückenfüllung lässt das Bundesgericht auch die Revision von internationalen Schiedssprüchen nach Massgabe von OG 137 und im Verfahren nach OG 140 – 143 zu. Revisionsinstanz ist das Bundesgericht.

### ***VI. Die Erläuterung***

OG 145.

### **§65A E. EXKURS: DAS BUNDESGESETZ ÜBER DAS BUNDESGERICHT**

## **14. Kapitel: Die Schiedsgerichte**

## ***I. Begriff, Bedeutung***

### **1. Begriff**

Schiedsgerichte sind Privatgerichte. Als Gerichte verbindlich entscheiden können sie nur auf Grund der ihnen vom Staat (Kanton) verliehenen Entscheidungsgewalt. Dadurch bilden sie Teil der staatlichen Gerichtsorganisation.

### **2. Bedeutung**

Der Schiedsgerichtsbarkeit kommt erhebliche Bedeutung zu. Insbesondere zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbänden untereinander und ihren Mitgliedern (Verbandsschiedsgerichtsbarkeit) und solchen im internationalen Handel (internationale Schiedsgerichtsbarkeit) ist sie verbreitet.

## ***II. Anwendbares Recht***

### **1. Bundesrecht – kantonales Recht**

Die Ordnung des Schiedsgerichtswesens fiel früher in die ausschliessliche Kompetenz der Kantone. Seit Inkrafttreten des IPRG ist zwischen Binnenschiedsgerichtsbarkeit und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden.

#### **a. Binnenschiedsgerichtsbarkeit**

Für innerschweizerische Schiedsgerichte gilt weiterhin die kantonale Regelung der Schiedsgerichte.

#### **b. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit**

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist durch das IPRG bundesrechtlich geregelt.

#### **c. Intertemporales Recht**

Für die internationalen Schiedsgerichte ergibt sich aus **IPRG 196 II**, dass sie nach neuem Recht weiterzuführen sind.

### **2. Die kantonale Gesetzgebung**

Mehrere Kantone gewährleisteten die Schiedsgerichtsbarkeit in ihren Verfassungen.

### **3. Unterstellung unter das Recht des Sitzkantons**

Die kantonale Schiedsgerichtsordnung ist für Binnenschiedsgerichte mit Sitz im Kantonsgebiet anwendbar. Nachdem alle Kantone beigetreten sind, ist in der ganzen Schweiz das Schiedsgerichtskonkordat massgeblich. Das Recht des IPRG kommt für internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz zur Anwendung (**IPRG 176 I**).

## **4. Wirkungen der Unterstellung**

Das Recht des Sitzkantones ist massgeblich in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit: für die Zulässigkeit und Gültigkeit der Schiedsabrede; dafür, welche zwingenden Bestimmungen gelten; für das Verfahren, wenn die Parteien die Verfahrensordnung des Sitzkantons vereinbaren.

Der staatliche Richter des Sitzkantons ist zuständig: für die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung von Schiedsrichtern; für die Verlängerung der Amtsdauer der Schiedsrichter; für vorsorgliche Massnahmen; für die Behandlung von Rechtsmitteln; für die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit.

## **III. Schiedsabrede**

### **1. Schiedsvertrag – Schiedsklausel**

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes wird durch eine Schiedsabrede der Parteien begründet. Mit dem Schiedsvertrag wird eine bestehende Streitigkeit einem Schiedsgericht zur Beurteilung übertragen. Mit der Schiedsklausel in einem Vertrag oder einem Statut werden mögliche künftige Streitigkeiten einem Schiedsgericht unterstellt.

### **2. Zulässigkeit der Schiedsabrede**

#### a. Schiedsfähigkeit des Streites

Schiedsfähig sind nur Rechte und Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien frei verfügen können. Nach **IPRG 177 I** kann dagegen jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein.

#### b. Kein Verbot der Schiedsabrede

Schiedsabreden dürfen nicht durch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone für die bestimmte Streitigkeit ausgeschlossen sein.

#### c. Wahrung der Unabhängigkeit und Parität

### **3. Form der Schiedsabrede**

Die Schiedsabrede bedarf der Schriftform (vgl. **OR 13** für Binnensachverhalte; **IPRG 178 I**).

### **4. Natur der Schiedsabrede**

Die Schiedsabrede ist nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ein Vertrag des Prozessrechts, auch wenn sie in einem privatrechtlichen Vertrag oder Statut enthalten ist.

### **5. Schiedsabrede als Prozesshindernis**

Die gültige Schiedsabrede bildet in dem vor dem staatlichen Gericht angehobenen Prozess ein Prozesshindernis.

## **6. Schiedsabrede und Rechtsnachfolger**

Die Schiedsabrede ist regelmässig für die Rechtsnachfolger der Vertragsparteien verbindlich.

## ***IV. Unabhängigkeit und Bestellung des Schiedsgerichtes***

### **1. Unabhängigkeit und Parität**

Das Schiedsgericht muss, soll sein Urteil in der ganzen Schweiz vollstreckt werden, hinreichende Gewähr für eine unparteiische und unabhängige Rechtsprechung bieten. Bei der Bestellung des Schiedsgerichts darf keiner Partei ein überwiegender Einfluss zukommen.

### **2. Bestellung des Schiedsgerichtes**

Ein Einzelschiedsrichter muss von den Parteien gemeinsam bestellt werden. Beim üblichen Dreierschiedsgericht ernennt jede Partei einen Schiedsrichter, und diese wählen den Obmann. Ernennet eine Partei ihren Schiedsrichter nicht oder kommt eine Einigung der Parteien oder der Parteischiedsrichter nicht zustande, so obliegt die Ernennung der richterlichen Behörde des Sitzkantons.

### **3. Der Schiedsrichtervertrag (receptum arbitri)**

Das Rechtsverhältnis, in welchem der Schiedsrichter zu den Parteien steht, wird als mandatsähnlicher, teils dem Privatrecht, teils dem Prozessrecht unterstehender Vertrag zwischen jedem einzelnen Schiedsrichter und beiden Parteien betrachtet. Anwendbar ist das Recht des Sitzes des Schiedsgerichts.

## ***V. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes***

### **1. Zuständigkeitsgrund ist die Schiedsabrede**

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes wird durch die Schiedsabrede begründet. Diese bestimmt zugleich den Sachumfang der Kognition des Schiedsgerichtes.

### **2. Klage, Widerklage, Verrechnung, Dritte**

Die Tragweite der Schiedsabrede bestimmt die Zuständigkeit für Klage und Widerklage. Erhebt der Beklagte die Einrede der Verrechnung mit einer nicht unter die Schiedsabrede fallenden Forderung, so sind zwei Lösungen möglich: Aussetzung des Schiedsverfahrens und Fristansetzung an den Beklagten zur Einklagung der Verrechnungsforderung vor dem dafür zuständigen Gericht; Beurteilung der Verrechnungseinrede durch das Schiedsgericht als materiellrechtliche Vorfrage des Entscheides über die Klage. Die Beteiligung Dritter am Schiedsgerichtsprozess setzt voraus, dass der Dritte unter die Schiedsabrede fällt.

### **3. Entscheid über die Zuständigkeit**

Ist das Schiedsgericht angerufen, entscheidet es über seine Zuständigkeit selbst. Gegen den Zuständigkeitsentscheid als Vorentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben. Wird beim

staatlichen Richter die Einrede der Schiedsabrede erhoben, so entscheidet dieser über seine Zuständigkeit und dabei über Gültigkeit und Tragweite der Schiedsabrede.

## ***VI. Das Verfahren vor Schiedsgericht***

### **1. Bestimmung der Verfahrens**

Das Verfahren wird in erster Linie durch die Parteien bestimmt, in zweiter Linie durch das Schiedsgericht. Dabei wird häufig ein bestimmtes Prozessgesetz für anwendbar erklärt.

### **2. Klageanhebung und Rechtshängigkeit**

Zur Wahrung von Verwirkungsfristen hat der Kläger innert derselben die von seiner Seite für die Bestellung des Schiedsgerichtes notwendigen Schritte zu unternehmen und nach Bestellung des Schiedsgerichtes die Klage wiederum innert zehn Tagen einzuleiten. Die Rechtshängigkeit tritt denn auch schon mit Einleitung der Bildung des Schiedsgerichtes ein, wenn die Schiedsabrede die Schiedsrichter nicht nennt.

### **3. Kostensicherstellung**

Das Schiedsgericht kann von den Parteien Sicherstellung der Kosten verlangen. Leistet eine Partei den Vorschuss nicht, so kann die Gegenpartei auch diesen leisten oder auf das Verfahren verzichten. Damit entfällt die Bindung an die Schiedsabrede.

### **4. Beweisverfahren**

Das Schiedsgericht führt das Beweisverfahren selbst durch. Die Rechtshilfe des staatlichen Gerichts benötigt es nur für Zwangsmassnahmen.

### **5. Vorsorgliche Massnahmen**

Zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sind die staatlichen Gerichte zuständig. Örtlich zuständig ist im Allgemeinen der Richter, der ohne Schiedsabrede zuständig wäre.

### **6. Entscheid nach Recht oder nach Billigkeit**

Grundsätzlich hat das Schiedsgericht nach dem anwendbaren Recht zu entscheiden. Die Parteien können aber das Schiedsgericht aber ermächtigen, nach Billigkeit zu urteilen.

## ***VII. Rechtsmittel gegen Entscheide des Schiedsgerichtes***

### **1. Verzicht auf Rechtsmittel?**

Zulässig ist trotz des Zwecks der Schiedsgerichtsabrede nur der Verzicht auf Rechtsmittel nach Vorliegen des Schiedsspruches. Zu beachten ist jedoch die abweichende Regel in **IPRG 192 I**.

## 2. Binnenschiedsgerichtsbarkeit

### a. Keine bundesrechtlichen Rechtsmittel gegen Schiedsentscheide

Da es sich bei Schiedsgerichten weder um obere kantonale Gerichte (**OG 48 I**) noch um kantonale Behörden handelt (**OG 68 I**), sind Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entschiede des Schiedsgerichtes nicht zulässig. Das Bundesgericht verneint auch das Vorliegen kantonaler Entschiede nach **OG 84** und lässt deshalb die StaBe nicht zu.

### b. Nichtigkeitsbeschwerde

Gegen den Zwischenentscheid über die Zuständigkeit ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Gegen den Schiedsspruch ist innert 30 Tagen seit der Zustellung die Nichtigkeitsbeschwerde an das obere ordentliche Zivilgericht des Sitzkantons gegeben.

### c. Revision

Die Revision ist zulässig wegen der klassischen Revisionsgründe. Bei Gutheissung des Revisionsgesuches wird die Streitsache zur Neuurteilung an das Schiedsgericht zurückgewiesen.

### d. Keine Erläuterung

### e. Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Rechtsmittelentscheid

Gegen den Rechtsmittelentscheid des kantonalen Gerichtes ist die StaBe gegeben. Auch in diesem Zusammenhang prüft das Bundesgericht den Schiedsspruch nicht.

## 3. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Gegenüber der Vielfalt der Rechtsmittel im Rahmen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit schränkt das IPRG für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit die Weiterzugsmöglichkeit auf ein einziges Rechtsmittel ein.

### a. Beschwerde

Zur Verfügung steht nur die Beschwerde an eine einzige Instanz. Diese ist im Regelfalle das Bundesgericht, wenn die Parteien dafür nicht den Richter am Sitz des Schiedsgerichtes vereinbaren (**IPRG 191**). Das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht richtet sich nach den Bestimmungen des OG über die StaBe.

### b. Revision, Erläuterung und Berichtigung

Lückenfüllend hat das Bundesgericht erkannt, dass gegen Schiedssprüche auch die Revision gegeben ist. Analog lässt das Bundesgericht nunmehr im internationalen Schiedsgerichtsverfahren Erläuterung und Berichtigung zu.

## 4. Anfechtungsgründe

# 15. Kapitel: Urteilsanerkennung und Urteilsvollstreckung

## I. Begriff

Mit dem rechtskräftigen Urteil endet das Erkenntnisverfahren. Wird das Urteil nicht erfüllt, so muss es vollstreckt werden.

## **II. Bundesrecht – kantonales Recht**

### **1. Innerkantonale Urteile – ausserkantonale Urteile – ausländische Urteile – Schiedssprüche**

Die Regelung der Vollstreckung von Urteilen seiner eigenen Gerichte fällt grundsätzlich in die Kompetenz des Kantons. Der Bund gewährleistet die Vollstreckung von Urteilen anderer Kantone. Für die Vollstreckung ausländischer Urteile im Allgemeinen vereinheitlicht das IPRG die Voraussetzungen der Anerkennung (**IPRG 25 ff.**). Dieser Regelung gehen aber staatsvertragliche Regelungen vor. Die Vollstreckung schweizerischer Schiedssprüche erfolgt nach den Regeln über schweizerische Urteile.

### **2. Urteile auf Geldzahlung – Urteile auf andere Leistungen**

Urteile, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung in Geld gerichtet sind, sind dem Bund vorbehalten (SchKG). Den Kantonen verbleibt die Regelung und Durchführung der Zwangsvollstreckung von Urteilen, die auf andere Leistungen gerichtet sind.

## **III. Gegenstand der Vollstreckung**

### **1. Sachurteile**

Sowohl die auf Grund eigener Rechtsfindung des Gerichts als auch die auf Grund von Parteierklärungen ergehenden Sachurteile sind Zivilurteile. Nach Bundesrecht zu vollstrecken sind auch die Entscheide über die Bezahlung der Gerichts- und Parteikosten.

### **2. Klageanerkennung und Vergleich**

Soweit Klageanerkennung und Vergleich den Prozess unmittelbar beenden, sind sie in gleicher Weise vollstreckbar.

### **3. Schiedssprüche**

### **4. Vorsorgliche Massnahmen**

Im Binnenverhältnis sind Massnahmenentscheide ungeachtet ihrer Abänderbarkeit vollstreckbar. Das IPRG nennt ausländische Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nicht ausdrücklich. Sie fallen aber auch unter den Begriff der ausländischen Entscheidung.

### **5. Öffentliche Urkunden**

**IPRG 31** lässt auch die Anerkennung und Vollstreckung von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu.

## ***IV. Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung***

Die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung sind nach Landesrecht teils von Amtes wegen, teils auf Einrede hin zu prüfen.

### **1. Innerkantonale Urteile und Bundesgerichtsurteile**

Ob Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gegeben sind, beurteilt sich nach dem Recht des Urteilskantons. Der Nachweis wird durch eine Rechtskraftbescheinigung des dafür zuständigen Gerichts erbracht.

### **2. Urteile anderer Kantone**

### **3. Ausländische Urteile**

### **4. Ausländische Schiedssprüche**

## ***V. Mittel der kantonalrechtlichen Vollstreckung***

### **1. Indirekter (psychischer) Zwang**

Soweit der Belange zu einem persönlichen Tun, das nicht auch von einem Dritten erfüllt werden kann, oder zu einer Unterlassung verpflichtet ist, steht lediglich der indirekte Zwang als Vollstreckungsmittel zur Verfügung. Erste Stufe ist dabei die Aufforderung zur Erfüllung des Urteils unter Androhung von Nachteilen. Wird dem nicht nachgekommen, bestehen folgende Möglichkeiten: Befehl oder Verbot unter Androhung gemäss **StGB 292**; Befehl oder Verbot unter Androhung einer Ordnungsbusse.

### **2. Direkter Zwang**

Fruchtet die Aufforderung zur Erfüllung unter Nachteilsandrohung nichts, so sind jene Verpflichtungen, die sich dazu eignen, mit Staatsgewalt zu vollstrecken.

### **3. Ersatzvornahme**

Pflichten, die auf ein Tun gerichtet sind, das auch von einem Dritten erbracht werden kann, können durch Ersatzvornahme vollstreckt werden.

### **4. Umwandlung in Schadenersatz (Taxation)**

Sind direkter Zwang und Ersatzvornahme ausgeschlossen, führen sie nicht zum Erfolg oder kann der Berechtigte auf Ersatzvornahme verzichten, so kann er Schadenersatz im Werte der

urteilsmässig zugesprochenen Leistung verlangen und diese Geldforderung nach den Regeln des SchKG vollstrecken.

## **5. Besondere Fälle**

### **a. Grundbucheintragungen**

Werden Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken durch Gestaltungsurteil zugesprochen, so bedarf der Berechtigte zur Eintragung seines Rechts im Grundbuch nur der Rechtskraftbescheinigung. Verpflichtet das Urteil den Beklagten nur obligatorisch zur Übertragung des Rechts, so kann die Vollstreckung auf dem Wege des Befehls zur Abgabe einer Willenserklärung erfolgen. In diesem Fall erteilt der Vollstreckungsrichter die Ermächtigung zum Eintrag.

### **b. Willenserklärungen**

Verpflichtet das Urteil den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung, so kann entweder das Sachurteil selbst die Abgabe der Erklärung ersetzen oder die Abgabe der Erklärung durch den Vollstreckungsrichter ersetzt werden.

### **c. Realteilung und Grenzscheidung**

Einzelne Kantone sehen für die Vollstreckung von Urteilen über Realteilung oder Grenzstreitigkeiten einen besonderen Realvollzug vor.

## **VI. Verfahren**

### **1. Zuständigkeit**

#### **a. Örtliche Zuständigkeit**

Im Binnenverhältnis ist die Behörde des Ortes zuständig, wo die zum Vollzug des Urteils nötigen Vorkehren zu treffen sind, bzw. für dingliche Ansprüche die Behörde des Ortes der gelegenen Sache.

#### **b. Sachliche Zuständigkeit**

Sachlich zuständig ist nach kantonalem Recht oft der Befehlsrichter oder eine Verwaltungsbehörde.

### **2. Feststellung der Vollstreckbarkeit, Exequaturverfahren**

### **3. Sicherungsmassnahmen**

### **4. Rechtliches Gehör**

### **5. Vollstreckung in Stufen**

## **6. Rechtsmittel**

### ***VII. Unmöglichkeit der Vollstreckung***