

KURZKOMMENTAR

Paul Oberhammer
Tanja Domej
Ulrich Haas
Hrsg.

ZPO

Schweizerische Zivilprozessordnung

3. Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag

ZPO

KURZKOMMENTAR

ZPO

Herausgeber

Paul Oberhammer

Tanja Domej

Ulrich Haas

3. Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Zitervorschlag: KUKO ZPO-BEARBEITER/IN, Art. 29 N 4

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2021 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

ISBN 978-3-7190-4013-0

www.helbing.ch



Vorwort

Elf Jahre nach der ersten Auflage (2010) erscheint der Kommentar nun schon in der dritten Auflage. Während die Voraufgabe seinerzeit (2014) vergleichsweise schnell auf die erste Auflage folgte, um die Rezeption der ersten Judikatur zum neuen Recht sowie der seit Inkrafttreten der ZPO erschienenen Literatur zu ermöglichen, kommt die Neuauflage mit einem etwas grösseren zeitlichen Abstand daher. Dieser ist auch dem Umstand geschuldet, dass zwischenzeitlich der bundesrätliche Entwurf zur ZPO-Reform verabschiedet wurde, den die Herausgeber in der Neuauflage unbedingt berücksichtigt wissen wollten.

Die erste Auflage wurde noch von *Paul Oberhammer* allein herausgegeben, der wenige Wochen nach Erscheinen des Buches einem Ruf an die Universität Wien folgte, seine Tätigkeit in der Schweiz aber nach wie vor als ständiger Gastprofessor an der Universität St. Gallen fortsetzt. Seit der zweiten Auflage sind *Tanja Domej* und *Ulrich Haas* zum Herausgeberkreis gestossen. Das Ziel des erfolgreichen und in der Praxis beliebten Werks ist über alle Auflagen gleich geblieben: Fundierte Information für die Praxis in möglichst konziser Form.

Die Herausgeber freuen sich, dass sie *Samuel Baumgartner* (Art. 150–193), *Katrin Brunner* (Art. 142–149), *Lorenz Droese* (Art. 62–65), *Christian Kölz* (Art. 91–93), *Miguel Sogo* (Art. 227–234, Art. 236 N 1–19, Art. 237–240), *Christian Stalder* (Art. 271–307), *Martin Tanner* (Art. 328–334) und *Moritz Vischer* (Art. 315–327) für die Mitarbeit an der Neuauflage gewinnen konnten und bedanken sich bei allen Autorinnen und Autoren für die grosse Disziplin bei der Abgabe ihrer Manuskripte. Besonderer Dank gilt auch Frau *Anna Brassel* (Winterthur) für die wertvolle Unterstützung in der dritten Auflage

sowie dem Helbing Lichtenhahn Verlag, allen voran Frau *Joëlle Monney* für die ausgezeichnete Zusammenarbeit.

Zürich, im Frühjahr 2021

Paul Oberhammer
Tanja Domej
Ulrich Haas

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. iur. Samuel Baumgartner

Ordinarius an der Universität Zürich
Art. 150–193

Prof. em. Dr. iur. Alexander Brunner

Richter der Eidgenössischen
Schiedskommission (ESchK), Oberrichter
a.D. Handelsgericht des Kt. Zürich,
CEDR Accredited Mediator (London),
Konsulent
Art. 308–327, 328–334

Katrin Brunner, MLaw

Rechtsanwältin in Zürich
Art. 142–149

Prof. Dr. iur. Felix Dasser, LL.M.

Rechtsanwalt in Zürich, Titularprofessor
an der Universität Zürich
Art. 353–399

Prof. Dr. iur. Tanja Domej

Ordinaria an der Universität Zürich
Art. 59–61, 66–83, 327a, 400–408

Prof. Dr. iur. Lorenz Droese

Ordinarius an der Universität Luzern,
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 62–65

Dr. iur. Christian Fraefel

Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich
Art. 243–247

Dr. iur. Urs Gloor

Rechtsanwalt und Mediator SDM/SVM
in Zürich, ehem. Richter am
Bezirksgericht Zürich
Art. 197–218

Prof. Dr. iur. Ulrich Haas

Ordinarius an der Universität Zürich
Art. 4–46, 251a

Dr. iur. Urs H. Hoffmann-Nowotny

Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich
Art. 142–149

Prof. Dr. iur. Ingrid Jent-Sørensen

Rechtsanwältin, Titularprofessorin
an der Universität Zürich
Art. 95–123, 248–260

Prof. Dr. iur. Regina Kiener

Rechtsanwältin, Ordinaria an der
Universität Zürich
Art. 47–51

**Prof. Dr. iur. Sabine Kofmel
Ehrenzeller**

Rechtsanwältin und Notarin,
Titularprofessorin an der Universität Bern
Art. 194–196, 261–270, 335–352

Dr. iur. Christian Kölz, LL.M.

Rechtsanwalt, nebenamtlicher
Bundesrichter
Art. 91–94

Dr. iur. Georg Naegeli

Rechtsanwalt in Zürich
Art. 219–235, 236 N 1–19,
Art. 237–242

Prof. Dr. iur. Paul Oberhammer

Universitätsprofessor an der Universität
Wien, Rechtsanwalt in London, ständiger
Gastprofessor an der Universität St. Gallen
Art. 52–58, 84–88, 90, 236 N 20–66,
327a

lic. iur. Roman Richers, LL.M.

Rechtsanwalt in Zürich
Art. 219–226, 235, 241–242

Dr. iur. Michael Schlumpf

Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich
Art. 4–27

Prof. Dr. iur. Markus Schott, LL.M.

Rechtsanwalt in Zürich, Titularprofessor
an der Universität Zürich
Art. 1–3

PD Dr. iur. Miguel Sogo, LL.M.

Rechtsanwalt in Zürich, Privatdozent an
der Universität Zürich
Art. 227–234, 236 N 1–19,
Art. 237–240

lic. iur. Christian Stalder

Vizepräsident des Bezirksgerichts Bülach
Art. 271–307a

Dr. iur. Yael Strub

Rechtsanwältin, Oberassistentin
an der Universität Zürich
Art. 28–46

lic. iur. Martin Tanner

Rechtsanwalt, Ersatzrichter am
Bezirksgericht Zürich
Art. 328–334

lic. iur. Barbara Umbricht Lukas

Rechtsanwältin und Mediatorin SVM/SAV
in Zürich
Art. 197–218

Dr. iur. Moritz Vischer

Rechtsanwalt, Ersatzrichter am
Bezirksgericht Zürich
Art. 308–327

lic. iur. Philipp Weber

Rechtsanwalt, stv. Leiter Fachbereich
Zivilrecht und Zivilprozessrecht im
Bundesamt für Justiz, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich
Art. 52–58, 84–90, 236 N 20–66

Dr. iur. Roger Weber

Rechtsanwalt, Vizepräsident des
Bezirksgerichts Zürich
Art. 124–141

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXXV
Materialien	LVII

1. Teil: Allgemeine Bestimmungen 3

1. Titel: Gegenstand und Geltungsbereich 5

Art. 1–3 5

2. Titel: Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand 19

1. Kapitel: Sachliche und funktionelle Zuständigkeit 19

Art. 4–8 19

2. Kapitel: Örtliche Zuständigkeit 43

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen 43

Art. 9–19 43

2. Abschnitt: Personenrecht 109

Art. 20–22 109

3. Abschnitt: Familienrecht 115

Art. 23–27 115

4. Abschnitt: Erbrecht	124
Art. 28	124
5. Abschnitt: Sachenrecht	133
Art. 29–30	133
6. Abschnitt: Klagen aus Vertrag	145
Art. 31–35	145
7. Abschnitt: Klagen aus unerlaubter Handlung	178
Art. 36–39	178
8. Abschnitt: Handelsrecht	203
Art. 40–45	203
9. Abschnitt: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	220
Art. 46	220
3. Kapitel: Ausstand	225
Art. 47–51	225
3. Titel: Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen	249
1. Kapitel: Verfahrensgrundsätze	256
Art. 52–58	256
2. Kapitel: Prozessvoraussetzungen	329
Art. 59–61	329
4. Titel: Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs	361
Art. 62–65	361
5. Titel: Die Parteien und die Beteiligung Dritter	397
1. Kapitel: Partei- und Prozessfähigkeit	397
Art. 66–67	397
2. Kapitel: Parteivertretung	417
Art. 68–69	417
3. Kapitel: Streitgenossenschaft	433
Art. 70–72	433
4. Kapitel: Intervention	457
1. Abschnitt: Hauptintervention	457
Art. 73	457
2. Abschnitt: Nebenintervention	461
Art. 74–77	461
5. Kapitel: Streitverkündung	481
1. Abschnitt: Einfache Streitverkündung	481
Art. 78–80	481

2. Abschnitt: Streitverkündungsklage	492
Art. 81–82	492
6. Kapitel: Parteiwechsel	508
Art. 83	508
6. Titel: Klagen	521
Art. 84–90	532
7. Titel: Streitwert	605
Art. 91–94	610
8. Titel: Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege	629
1. Kapitel: Prozesskosten	629
Art. 95–103	629
2. Kapitel: Verteilung und Liquidation der Prozesskosten	677
Art. 104–112	677
3. Kapitel: Besondere Kostenregelungen	707
Art. 113–116	707
4. Kapitel: Unentgeltliche Rechtspflege	714
Art. 117–123	714
9. Titel: Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen	765
1. Kapitel: Prozessleitung	765
Art. 124–128	765
2. Kapitel: Formen des prozessualen Handelns	799
1. Abschnitt: Verfahrenssprache	799
Art. 129	799
2. Abschnitt: Eingaben der Parteien	802
Art. 130–132	802
3. Abschnitt: Gerichtliche Vorladung	820
Art. 133–135	820
4. Abschnitt: Gerichtliche Zustellung	830
Art. 136–141	830
3. Kapitel: Fristen, Säumnis und Wiederherstellung	858
1. Abschnitt: Fristen	863
Art. 142–146	863
2. Abschnitt: Säumnis und Wiederherstellung	894
Art. 147–149	894

10. Titel: Beweis	913
1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen	927
Art. 150–159	927
2. Kapitel: Mitwirkungspflicht und Verweigerungsrecht	1000
1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	1000
Art. 160–162	1000
2. Abschnitt: Verweigerungsrecht der Parteien	1007
Art. 163–164	1007
3. Abschnitt: Verweigerungsrecht Dritter	1016
Art. 165–167	1016
3. Kapitel: Beweismittel	1025
1. Abschnitt: Zulässige Beweismittel	1025
Art. 168	1025
2. Abschnitt: Zeugnis	1026
Art. 169–176	1026
Art. 176a E-ZPO	1041
3. Abschnitt: Urkunde	1043
Art. 177–180	1043
4. Abschnitt: Augenschein	1057
Art. 181–182	1057
5. Abschnitt: Gutachten	1060
Art. 183–189	1060
6. Abschnitt: Schriftliche Auskunft	1088
Art. 190	1088
7. Abschnitt: Parteibefragung und Beweisaussage	1091
Art. 191–193	1091
11. Titel: Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten	1099
Art. 194–196	1099
2. Teil: Besondere Bestimmungen	1107
1. Titel: Schlichtungsversuch	1109
1. Kapitel: Geltungsbereich und Schlichtungsbehörde	1109
Art. 197–201	1109
2. Kapitel: Schlichtungsverfahren	1133
Art. 202–207	1133
3. Kapitel: Einigung und Klagebewilligung	1156
Art. 208–209	1156

4. Kapitel: Urteilsvorschlag und Entscheid	1164
Art. 210–212	1164
2. Titel: Mediation	1177
Art. 213–218	1187
3. Titel: Ordentliches Verfahren	1219
1. Kapitel: Geltungsbereich	1219
Art. 219	1219
2. Kapitel: Schriftenwechsel und Vorbereitung der Hauptverhandlung	1223
Art. 220–227	1223
3. Kapitel: Hauptverhandlung	1267
Art. 228–234	1267
4. Kapitel: Protokoll	1300
Art. 235	1300
5. Kapitel: Entscheid	1306
Art. 236–240	1306
6. Kapitel: Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid	1357
Art. 241–242	1357
4. Titel: Vereinfachtes Verfahren	1373
Art. 243–247	1373
5. Titel: Summarisches Verfahren	1407
1. Kapitel: Geltungsbereich	1407
Art. 248–251a	1407
2. Kapitel: Verfahren und Entscheid	1452
Art. 252–256	1452
3. Kapitel: Rechtsschutz in klaren Fällen	1471
Art. 257	1471
4. Kapitel: Gerichtliches Verbot	1482
Art. 258–260	1482
5. Kapitel: Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift	1487
1. Abschnitt: Vorsorgliche Massnahmen	1487
Art. 261–266	1487
Art. 266 lit. a E-ZPO	1505

Art. 267–269	1508
2. Abschnitt: Schutzschrift	1514
Art. 270	1514
6. Titel: Besondere eherechtliche Verfahren	1519
1. Kapitel: Angelegenheiten des summarischen Verfahrens	1519
Art. 271–273	1519
2. Kapitel: Scheidungsverfahren	1542
1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	1543
Art. 274–284	1543
2. Abschnitt: Scheidung auf gemeinsames Begehren	1595
Art. 285–289	1595
3. Abschnitt: Scheidungsklage	1614
Art. 290–293	1614
4. Abschnitt: Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen	1627
Art. 294	1627
7. Titel: Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten	1629
1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen	1629
Art. 295–301a	1629
2. Kapitel: Summarisches Verfahren: Geltungsbereich	1664
Art. 302	1664
3. Kapitel: Unterhalts- und Vaterschaftsklage	1668
Art. 303–304	1668
8. Titel: Verfahren bei eingetragener Partnerschaft	1677
1. Kapitel: Angelegenheiten des summarischen Verfahrens	1677
Art. 305–306	1677
2. Kapitel: Auflösung und Ungültigkeit der eingetragenen Partnerschaft	1680
Art. 307	1680
3. Kapitel: Kinderbelange in Verfahren bei eingetragener Partnerschaft	1681
Art. 307a	1681
9. Titel: Rechtsmittel	1683
1. Kapitel: Berufung	1683
1. Abschnitt: Anfechtbare Entscheide und Berufungsgründe	1686
Art. 308–310	1686

2. Abschnitt: Berufung, Berufungsantwort und Anschluss- berufung	1694
Art. 311–314	1694
3. Abschnitt: Wirkungen und Verfahren der Berufung	1703
Art. 315–318	1703
2. Kapitel: Beschwerde	1715
Art. 319–327a	1715
3. Kapitel: Revision	1741
Art. 328–333	1741
4. Kapitel: Erläuterung und Berichtigung	1752
Art. 334	1752
10. Titel: Vollstreckung	1755
1. Kapitel: Vollstreckung von Entscheiden	1755
Art. 335–336	1755
Art. 336 Abs. 3 E-ZPO	1758
Art. 337–343	1761
Art. 343 E-ZPO	1779
Art. 344–346	1788
2. Kapitel: Vollstreckung öffentlicher Urkunden	1795
Art. 347.352	1795
3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit	1815
1. Titel: Allgemeine Bestimmungen	1817
Art. 353–356	1830
2. Titel: Schiedsvereinbarung und Schiedsklausel	1851
Art. 357–359	1851
3. Titel: Bestellung des Schiedsgerichts	1875
Art. 360–366	1875
4. Titel: Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts	1901
Art. 367–371	1901
5. Titel: Das Schiedsverfahren	1919
Art. 372–380	1919

6. Titel: Schiedsspruch	1963
Art. 381–388	1963
7. Titel: Rechtsmittel	1991
1. Kapitel: Beschwerde	1991
Art. 389–395	1991
2. Kapitel: Revision	2014
Art. 396–399	2014
4. Teil: Schlussbestimmungen	2025
1. Titel: Vollzug	2027
Art. 400–401	2027
2. Titel: Anpassung von Gesetzen	2029
Art. 402–403	2029
3. Titel: Übergangsbestimmungen	2031
1. Kapitel: Übergangsbestimmungen vom 19. Dezember 2008	2031
Art. 404–407	2031
2. Kapitel: Übergangsbestimmung zur Änderung vom 28. September 2012	2045
Art. 407a	2045
3. Kapitel: Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. März 2015	2046
Art. 407b	2046
4. Kapitel: Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2015	2047
Art. 407c	2047
5. Kapitel: Übergangsbestimmung zur Änderung vom 14. Dezember 2018	2047
Art. 407d	2047
4. Titel: Referendum und Inkrafttreten	2049
Art. 408	2049
Stichwortverzeichnis	2051

Gegenstand und Geltungsbereich

Art. 1

Gegenstand

Dieses Gesetz regelt das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für:

- a. streitige Zivilsachen;
- b. gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit;
- c. gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts;
- d. die Schiedsgerichtsbarkeit.

Literatur

BIAGGINI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017; FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), VwVG: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. VwVG-FLÜCKIGER); RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014.

I. Geltungsbereich der ZPO

Art. 1 umschreibt in positiver Weise den **Geltungsbereich** der ZPO. Dieser umfasst das Verfahren vor *kantonalen Instanzen* in den Bereichen, welche die lit. a–d abschliessend bezeichnen (vgl. dazu im Einzelnen N 8 ff.). Verfahr-

ren vor *Gerichten des Bundes* richten sich demnach grundsätzlich nicht nach der ZPO, sondern nach den weiteren einschlägigen Prozessrechtserlassen des Bundes (vgl. BGer 5A_768/2011 E. 1.5). Für Zivilprozesse vor dem BGer enthalten das BGG und die BZP die relevanten Normen. Gemäss Art. 27 PatGG gilt die ZPO allerdings auch für Verfahren vor dem *Bundespatentgericht*, soweit das PatGG oder das PatG nichts anderes bestimmen.

- 2 Im Gegensatz zum Verfahren fällt die **Organisation** der Gerichte gem. Art. 122 Abs. 2 BV prinzipiell nach wie vor in die Regelungskompetenz der *Kantone*. Diese Regel wird in Art. 3 nochmals ausdrücklich wiederholt (vgl. zur Abgrenzung von Verfahren und Organisation Art. 3 N 2).
- 3 Mit **kantonalen** Verfahren sind Prozesse vor allen Gerichten eines Kantons unabhängig von ihrem territorialen Einzugsbereich, ihrer Bezeichnung und ihrer Stellung im Instanzenzug gemeint, solange sie in den Bereichen der lit. a–d Rechtsprechungsfunktionen ausüben. Auch die Verfahren vor *kommunalen* Gerichtsinstanzen oder vor Gerichten auf *Bezirksebene* sind als kantonale Verfahren im Sinne von Art. 1 zu verstehen. Dasselbe würde gelten, wenn mehrere Kantone dereinst gemeinsame Gerichte schaffen sollten.

II. Bezüge zu anderen Erlassen

- 4 Die ZPO hat das Ziel einer einheitlichen und umfassenden **Kodifikation** des Zivilprozessrechts für die Kantone (vgl. Botschaft, 7236f.) weitgehend erreicht. Dennoch bestehen zivilprozessual relevante Regelungen auch ausserhalb der ZPO. Zu nennen sind (neben den gem. Art. 2 explizit vorbehaltenen Normen des Staatsvertragsrechts und des IPRG) insb. die einschlägigen Vorgaben der *Bundesverfassung* sowie die (wenigen) verbliebenen Regelungsbefugnisse der *Kantone*. Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie hat der Bundesrat sodann 2020 gestützt auf seine Notrechtskompetenz gem. Art. 185 Abs. 3 BV verschiedene befristete Verordnungen erlassen, welche den Zivilprozess betreffen.

1. Bundesverfassung

- 5 Der Zivilprozess ist als Ausführung einer staatlichen Aufgabe **grundrechtsgebunden** (vgl. Art. 35 BV). Im Zentrum stehen die *allgemeinen Verfahrensgarantien* gem. Art. 29 BV, welche die Verbote der formellen Rechtsverweigerung und der Rechtsverzögerung (Abs. 1), den Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2; vgl. Art. 53) sowie den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Abs. 3; vgl. Art. 117 ff.) enthalten. Die *Rechtsweggarantie* von Art. 29a BV statuiert einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung für alle Arten von zivilrechtlichen (sowie straf- und öffentlich-rechtlichen) Rechtsstreitigkeiten. Für solche gerichtliche Verfahren bestimmt Art. 30 BV zudem die Anforde-

rungen, denen ein Gericht genügen muss (Abs. 1: gesetzliche Grundlage, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Verbot der Ausnahmegerichte), den Grundsatz des Gerichtsstands des Beklagtenwohnsitzes (Abs. 2; vgl. Art. 10) sowie das Prinzip der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen (Abs. 3; vgl. Art. 54). In materieller Hinsicht hat die Zivilrechtsprechung namentlich das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV und das Willkürverbot von Art. 9 BV, aber auch weitere Grundrechtsgarantien (z.B. Art. 13, 14, 23 und 28 BV) zu beachten.

Die Grundrechte sind im Bereich des Zivilprozessrechts in erster Linie durch den **Gesetzgeber** bei Erlass der ZPO zu verwirklichen. Daneben sind aber auch die rechtsanwendenden Instanzen dazu verpflichtet, bei der Gesetzesauslegung und der Ermessensausübung die einschlägigen Grundrechte zu beachten. Der Verstoss gegen Grundrechte kann im Zivilprozess als *Verletzung von Bundesrecht* gerügt werden (vgl. Art. 310 und 320 sowie Art. 95 lit. a BGG). Verfassungswidrige Bestimmungen der ZPO sind – anders als die früheren kantonalen Verfahrensnormen (vgl. dazu z.B. BGE 133 I 286) – aufgrund von Art. 190 BV allerdings prinzipiell von allen Instanzen anzuwenden (vgl. dazu im Einzelnen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz 2086 ff.).

2. Kantonales Recht

Die ZPO regelt das kantonale Verfahren (unter Vorbehalt des Staatsvertragsrechts und des IPRG; vgl. Art. 2) prinzipiell *abschliessend*. Nur zu ausgewählten Fragen räumt die ZPO den Kantonen ausdrücklich beschränkte Regelungskompetenzen ein. Dies betrifft die Öffentlichkeit der Urteilsberatung (Art. 54 Abs. 2), die Parteivertretung in gewissen Verfahren (Art. 68 Abs. 2 lit. b und d), die Kostentarife (Art. 96), die Kostenbefreiung (Art. 116), die Verfahrenssprache (Art. 129), die Feiertage (Art. 142 Abs. 3) sowie Kosten erleichterungen bei der Mediation (Art. 218 Abs. 3).

3. Notrecht

Gemäss Art. 185 Abs. 3 BV ist der Bundesrat befugt, Verordnungen zu erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Notverordnungen sind zwingend zu befristen, und sie müssen den Rahmen der Bundesverfassung, insb. die Grundrechte, respektieren. Umstritten ist in der Lehre, inwieweit der Bundesrat zudem durch das bestehende Bundesgesetzesrecht eingeschränkt ist, d.h. ob notrechtliche Verordnungen nur *praeter legem* oder auch *contra legem* zulässig sind (vgl. dazu BIAGGINI, Rz 10c zu Art. 185 m.w.H.).

Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie hat der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV bzw. das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertrag-

6

7

7a

7b

barer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101) im Frühling 2020 eine Reihe von Notverordnungen erlassen, worunter auch solche, die unmittelbar den Zivilprozess betrafen. Dazu zählen etwa die Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 16.4.2020 (AS 2020 1229) oder die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20.3.2020 (AS 2020 849).

III. Die einzelnen Regelungsgegenstände

1. Streitige Zivilsachen (lit. a)

- 8 Der hauptsächliche Regelungsbereich der ZPO ist das kantonale Verfahren betr. **streitige Zivilsachen**. Darunter versteht man Streitigkeiten:
- zwischen zwei gleichberechtigten Rechtssubjekten, d.h. zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen in ihrer Eigenschaft als Träger privater Rechte;
 - deren Gegenstand zivilrechtlich geregelt ist; und
 - die in einem kontradiktorischen Verfahren durch ein Gericht einer endgültigen Regelung zugeführt werden sollen.
- (Vgl. BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 1 N 5; BGE 136 III 178 E. 5.2; BGE 107 II 499 E. 2b.)
- 9 Streitige Zivilsachen sind insb. von **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten** abzugrenzen. Diese unterliegen nicht der ZPO, sondern werden nach dem anwendbaren Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsgerichtsrecht der Kantone und des Bundes (VwVG, VGG, BGG) entschieden (vgl. BGE 137 III 531 E. 3.3). Die Qualifikation als zivil- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist durch die angerufene Instanz mit Bezug auf das konkret zu beurteilende Rechtsverhältnis vorzunehmen und hat als Zuständigkeitsvoraussetzung von Amtes wegen zu erfolgen (vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, 8 ff.). Auf die Qualifikation des Rechtsverhältnisses durch die Parteien kommt es demnach nicht an.
- 10 Zur Abgrenzung haben Lehre und Rechtsprechung verschiedene Theorien und Kriterien entwickelt. Gemäss der *Subordinationstheorie* ist auf das Verhältnis der Rechtssubjekte untereinander abzustellen. Ob es sich um eine zivilrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, beurteilt sich aufgrund der Gleich- oder Unterordnung der Rechtssubjekte im konkreten Fall. Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis der Parteien wird immer dann angenommen, wenn der Staat gegenüber dem Privaten hoheitlich auftritt. Im Zentrum der *Interessen-* und der *Funktionstheorie* steht der Regelungszweck der fraglichen Bestimmung, d.h. ob private oder öffentliche Interessen verfolgt

2. Kapitel: Prozessvoraussetzungen

Art. 59*

Grundsatz

- ¹ Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.**
- ² Prozessvoraussetzungen sind insbesondere:
 - a. die klagende oder gesuchstellende Partei hat ein schutzwürdiges Interesse;**
 - b. das Gericht ist sachlich und örtlich zuständig;**
 - c. die Parteien sind partei- und prozessfähig;**
 - d. die Sache ist nicht anderweitig rechtshängig;**
 - e. die Sache ist noch nicht rechtskräftig entschieden;**
 - f. der Vorschuss und die Sicherheit für die Prozesskosten sind geleistet worden.****

Literatur

BERGER/GÜNGERICH, Die Prozessführungsbefugnis des Lizenznehmers, recht 2003, 136 ff. (zit. Prozessführungsbefugnis); BERTI, Zur Rechtskraft der negativen Prozessurteile, in: FS Poudret, 3 ff. (zit. Rechtskraft); DERS., Prozessentstehungs- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen – Gedanken zu Art. 54 ff. des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: FS Kellerhals, 253 ff. (zit. Prozessentstehungs- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen); BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, ZSR 2009 II, 185 ff. (zit. défenses); DERS., L'intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 lit. a CPC): retour sur l'ATF 141 III 68, SZZP 2017, 181 ff. (zit. SZZP 2017); DAETWYLER/STALDER, Schlichtungsverhandlung bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten, SJZ 2019, 99 ff.; DUBS, Die Prozessüberweisung im zürcherischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung der Regelungen anderer Kantone und des Auslands, Diss. Zürich 1981; FRAEFEL, Die Betreibung einer Nichtschuld, Diss. Zürich 2011; GROLIMUND/BACHOFNER, Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung – Zum Obligatorium des Schlichtungsverfahrens und zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, in: FS Sutter-Somm, 137 ff.; JÉQUIER, La délégation de la conduite du procès civil à une autre autorité, spécialement en matière de capacité de postuler de l'avocat, SZZP 2019, 203 ff.; KOBEL, Sanction des accords de médiation par le juge civil, SZZP 2018, 425 ff.;

* Die Autorin dankt Karin Scharding, Andrea Futter und Blerina Ahmeti für die Unterstützung bei der Aktualisierung.

KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Bern 1998; LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016; LÖTSCHER-STEIGER, Prüfungs- und Entscheidbefugnisse der Schlichtungsbehörde, in: FS Sutter-Somm, 409 ff.; B. MÜLLER, Prüfung der Prozessvoraussetzungen durch die Schlichtungsbehörde, AJP 2013, 69 ff.; PÜNTENER, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, mp 2011, 243; C.P. SCHMIDT, Die Durchsetzbarkeit vertraglich vereinbarter vorprozessualer Streitbeilegungsabreden, in: Loacker/Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, 81 ff.; M. SCHMID, Prüfung der Prozessvoraussetzungen durch die Schlichtungsbehörde, ZZZ 2011, 182 ff.; SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2015 (zit. Schlichtungsverfahren); DERS., Grundsatzfragen zum Schlichtungsverfahren, in: Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), Das Schlichtungsverfahren nach der ZPO, Bern 2016, 1 ff. (zit. Grundsatzfragen); SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008/09, 195 ff. (zit. Prozessvoraussetzungen); STACHER, Das Rechtsschutzinteresse im internationalen Verhältnis, AJP 2007, 1124 ff.; STOLL/ALEKSIC, Schlichtungsverfahren vor örtlich unzuständiger Schlichtungsbehörde – Folgen und Folgerungen, ZZZ 2013, 15 ff.; SUTTER-SOMM, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007, 301 ff. (zit. Verfahrensgrundsätze); VOGEL, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1993, ZBJV 1995, 443 ff.; WALDER, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966 (zit. Prozesserledigung); WALTHER, Die Prozessüberweisung im nationalen und internationalen Verhältnis, in: FS Kellerhals, 405 ff.; WEINGART/PENON, Prüfung der Prozessvoraussetzungen durch die Schlichtungsbehörde, ZBJV 2015, 465 ff.; WULLSCHLEGER, Schlichtung vor einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde, in: FS Sutter-Somm, 765 ff.

I. Begriff und Bedeutung

- 1 Art. 59 macht deutlich, dass auf eine Klage bzw. auf ein Gesuch nur einzutreten ist, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Weil diese nicht Voraussetzung dafür sind, dass überhaupt ein «Prozess» durchzuführen ist (vgl. aber mit Blick auf die Gerichtsbarkeit N 16; mit Blick auf die gehörige Klageeinleitung N 29 f.), sondern (lediglich) dafür, dass ein **Sachentscheid ergehen darf** (vgl. nur GULDENER, ZPR, 220; KUMMER, ZPR, 86 f.), wird in der Lit. z. T. vorgeschlagen, anstelle von «Prozessvoraussetzungen» von «Sachentscheidungs-» bzw. «Sachbeurteilungsvoraussetzungen» oder «Eintretensvoraussetzungen» zu sprechen (BERTI, Prozessentstehungs- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen, 258 ff.; DERS., Einführung, 107 ff.; A. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz 1; SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen,

195). Dies mag terminologisch präziser sein; ein Unterschied in der Sache ergibt sich daraus allerdings nicht, weshalb nichts gegen ein Festhalten an der eingeführten Terminologie spricht – die auch dadurch gerechtfertigt erscheint, dass es sich bei *Prozessvoraussetzungen* eben um prozessuale Voraussetzungen für den Erlass eines Sachentscheids handelt. Fraglich ist, ob das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen auch Voraussetzung für eine **rechtskräftige Prozess erledigung kraft Parteidisposition** (d.h. durch Klageanerkennung, Klagerückzug mit Abstandswirkung oder Vergleich) ist. Meines Erachtens ist dies für jede Prozessvoraussetzung gesondert und unter Rücksicht auf den Sinn und Zweck der berührten Normen zu klären; im Zweifel wird aber davon auszugehen sein, dass die Prozessvoraussetzungen, soweit sie nicht zur Parteidisposition stehen (vgl. dazu Art. 60 N 3) Voraussetzungen jeder rechtskräftigen Sacherledigung sind. Anderes kann allenfalls für die Klageanerkennung und den Klagerückzug gelten, wenn die fehlende Prozessvoraussetzung dem Schutz der Gegenpartei dient (d.h. insb. dann, wenn der Prozessgegner prozessunfähig ist).

Die Lehre unterscheidet zwischen **Prozessvoraussetzungen**, deren Fehlen von Amtes wegen wahrzunehmen ist, und **Prozesshindernissen**, die nur auf Parteieinrede zu berücksichtigen sind; letzterer Begriff entspricht den prozesshindernden Einreden der gemeinrechtlichen Tradition (vgl. GULDENER, ZPR, 224 f.; A. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz 2; andere Terminologie etwa bei HABSCHIED, Zivilprozessrecht, Rz 363; MEIER, ZPR, 229). Die ZPO verzichtet auf eine solche Kategorisierung und sieht grundsätzlich die amtswegige Wahrnehmung sämtlicher Prozessvoraussetzungen vor (vgl. in diesem Zusammenhang näher Art. 60 N 1 ff.). Auch die einigen kantonalen Prozessordnungen noch bekannte Unterscheidung von peremptorischen und dilatorischen Prozesseinreden (vgl. GULDENER, ZPR, 225 f.) hat keinen Eingang in die schweizerische ZPO gefunden (vgl. zum Ganzen auch Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 4).

II. Massgeblicher Zeitpunkt

Grundsätzlich müssen die Prozessvoraussetzungen im **entscheidmassgeblichen Zeitpunkt** gegeben sein (BGE 127 III 41, 43; BGer 5A_15/2009, SZPZ 2009, 367; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 60 N 10 m.w.Nw.; GULDENER, ZPR, 229); dies ist der Beginn der Urteilsberatung (vgl. A. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz 7; BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 17; auf die Urteilsfällung abstellend BGE 140 III 159 E. 4.2.4; CR CPC-COPT/CHABLOZ Art. 60 N 6). Das anfängliche Fehlen einer Prozessvoraussetzung kann bis zu diesem Zeitpunkt saniert werden (BGE 140 III 159 E. 4.2.4; vgl. auch SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen, 204).

Handelt es sich um einen behebbaren Mangel (dazu im Einzelnen Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 60 N 17 ff.), so ist die betreffende Partei darauf hinzuweisen und ihr Frist zur Verbesserung anzusetzen (OGer ZH, 7.10.2011, PF110040 E. 3; SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen, 204); für formelle Mängel schriftlicher Eingaben sieht die ZPO eine Nachfristansetzung ausdrücklich vor (Art. 131 f.); im Übrigen ergibt sich die Hinweispflicht aus Art. 56 bzw. Art. 247 Abs. 1. Solange noch nicht endgültig feststeht, dass eine Prozessvoraussetzung (dauerhaft) fehlt, darf das Verfahren (auch) in der Sache fortgesetzt werden; es besteht keine Verpflichtung, das Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen abzuklären, bevor zur Verhandlung in der Sache geschritten wird. Namentlich muss das Gericht nicht die Entrichtung des Kostenvorschusses abwarten, bevor es der Gegenpartei Frist zur Klageantwort ansetzt; allfällige frustrierte Kosten der Klageantwort hat die klagende Partei zu tragen, wenn in der Folge ein Nichteintretensentscheid wegen Nichtzahlung des Kostenvorschusses ergeht (BGE 140 III 159).

- 4 Heilungswirkung kommt grundsätzlich auch dem **nachträglichen Eintritt zuständigkeitsbegründender Tatsachen** zu (so auch BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 20; Müller/Wirth-DASSER, Art. 3 GestG N 20; SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen, 205; a.A. wohl OGer ZH, 15.12.2011, PP110016 E. 3.5; A. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz 7; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 60 N 11). Jedenfalls genügt es m.E., wenn die Voraussetzungen der internationalen und örtlichen Zuständigkeit bis zur Urteilsberatung hergestellt werden (z.B. Wohnsitzbegründung im Gerichtsbezirk, Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung). Jene Rspr., die eine nachträgliche Zuständigkeitsbegründung durch Wohnsitzwechsel für den Klägergerichtsstand des Art. 144 aZGB mit Blick auf sonst mögliches manipulatives Verhalten der klagenden Partei ablehnte (BGE 90 II 213 E. 2; 91 II 321 m.w.Nw.; zur entsprechenden Situation unter Art. 59 lit. b IPRG vgl. BGE 5A_663/2009 E. 2.2.2), kann m.E. zumindest nicht verallgemeinert werden (in diesem Sinn wohl auch BGE 116 II 9 E. 5). Auch in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit ist eine Heilung u.U. möglich (z.B. im Fall einer nachträglichen Eintragung in das Handelsregister oder bei deren nachträglicher Löschung; vgl. BGer 4A_595/2019 E. 2.5); zu nachträglichen Änderungen des Streitwerts vgl. aber N 5.
- 5 Auch ein **nachträglicher Wegfall** einer Prozessvoraussetzung ist grundsätzlich zu berücksichtigen und führt i.d.R. zur Abschreibung des Prozesses als gegenstandslos (vgl. Art. 242 N 2; AppGer BS, 3.4.2014, ZB.2012.4 E. 1; BK ZPO-ZINGG Art. 60 N 53; a.A. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 60 N 28; BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 4: Nichteintretensentscheid). Für die **örtliche Zuständigkeit** sieht allerdings Art. 64 Abs. 1 lit. b die **perpetuatio fori** vor; eine bei Rechtshängigkeit begründete örtliche Zuständigkeit bleibt folglich erhalten, auch wenn ihre Voraussetzungen nachträglich

wegfallen (vgl. auch A. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz 7; GASSER/RICKLI, Art. 60 N 4). Mit Blick auf die **sachliche Zuständigkeit** ist zu differenzieren: Für die streitwertabhängige Zuständigkeit sind grundsätzlich die Verhältnisse bei Rechtshängigkeit massgeblich (GASSER/RICKLI, Art. 91 N 2); insb. ändert sich die Zuständigkeit bei einer Klageeinschränkung nicht (Art. 227 Abs. 3). Eine perpetuatio fori ist ferner für den Fall vorgesehen, dass eine unbezifferte Forderungsklage erhoben wurde und der Streitwert nach Bezifferung den (zuständigkeitsbestimmenden) Mindeststreitwert übersteigt (Art. 85 Abs. 2). Erhöht sich der Streitwert hingegen infolge einer Widerklage (Art. 224 Abs. 2) oder Klageänderung (Art. 227 Abs. 2), so wechselt ggf. auch die sachliche Zuständigkeit. Unklar ist, ob i.Ü. für die sachliche Zuständigkeit aus Art. 64 Abs. 1 lit. b der Umkehrschluss zu ziehen (und die perpetuatio fori daher abzulehnen) ist, ob diese Frage kraft Art. 4 Abs. 1 dem kantonalen Recht zur Regelung überlassen bleibt oder ob sie für jede einzelne Voraussetzung gesondert nach bundesrechtlichen Massstäben zu beurteilen ist. Meines Erachtens ist letzterer Lösung zumindest dort der Vorzug zu geben, wo auch die Voraussetzungen selbst (wie in den Art. 5 ff.) bundesrechtlich vorgegeben sind. Auch das Bundesgericht scheint zu dieser Sichtweise zu neigen (BGer 4A_595/2019 E. 2.4.2).

III. Verfahren und Entscheid

Für das Verfahren der Prüfung der Prozessvoraussetzungen enthält die ZPO nur rudimentäre Vorgaben; wengleich im Vernehmlassungsverfahren mehrfach moniert, wurden detailliertere Regelungen nicht für erforderlich gehalten (vgl. Botschaft, 7276). Hält das Gericht die Prozessvoraussetzungen für gegeben und ist die Frage auch unter den Parteien nicht streitig, so hat **kein förmlicher Entscheid über das Eintreten** zu ergehen, auch wenn der Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 Ingress auf den ersten Blick anderes suggerieren mag; vielmehr ist in diesem Fall ohne weiteres zum Sachentscheid voranzuschreiten. Ist dagegen das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung zweifelhaft oder bestritten, so kann das Gericht nach seinem Ermessen (vgl. näher HOFFMANN-NOWOTNY, Rz 60 ff.) das **Verfahren** zunächst auf diese Frage **beschränken** (Art. 125 lit. a, Art. 222 Abs. 3; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, 317) und darüber einen **Zwischenentscheid** erlassen (Art. 237 Abs. 1), sofern es ihr Vorliegen bejaht. Es kann den Entscheid über die Prozessvoraussetzungen aber auch in diesem Fall dem **Endentscheid** vorbehalten (vgl. allerdings zur Nebenintervention Art. 75 N 8, zur Streitverkündungsklage Art. 82 N 2, 5 ff.). Ein Anspruch der Parteien auf Beschränkung auf die Vorabprüfung aller oder einzelner bestrittener Prozessvoraussetzungen und damit ein Recht auf Einlassungsverweigerung besteht dagegen nicht, weil der Gesetzgeber die Ausgestaltung des Verfahrens bewusst in das gerichtliche Ermessen stellte (BGE 140 III 159 E. 4; BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 7; nach KGer

GR 28.10.2013, ZK1 13 89 soll aber das Gericht, das die Prozessvoraussetzungen nicht vorab klärt, u.U. für die dadurch entstandenen frustrierten Kosten verantwortlich sein). Anderes gilt allenfalls mit Blick auf die Immunität (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 60 N 21a m.w.Nw. zum Meinungsstand; zum Ganzen auch HOFFMANN-NOWOTNY, Rz 63 ff.).

- 6a** Erlässt das Gericht über das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung einen **Zwischenentscheid**, so kann nach Art. 237 Abs. 2 ZPO (nur) dieser **selbständig angefochten** werden. Bei unterbliebener oder erfolgloser Anfechtung ist die erlassende Instanz an den Zwischenentscheid gebunden (Art. 237 N 11; a.A. offenbar BGer 5A_427/2014 E. 1.3). Vor Bundesgericht soll eine Anfechtung eines Zwischenentscheids, mit dem eine Prozessvoraussetzung bejaht wird, ausscheiden, weil kein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohe (BGer 5A_427/2014 E. 1.3). Allerdings kann der Zwischenentscheid nach Art. 93 Abs. 3 BGG im Rahmen der Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden.
- 7** Kommt das Gericht zum Schluss, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt (und ist eine Heilung nicht möglich oder gescheitert) so ergeht grundsätzlich ein **Nichteintretensentscheid** (vgl. aber auch zur Abschreibung als gegenstandslos bei nachträglichem Wegfall einer Prozessvoraussetzung N 5 sowie Art. 242 N 2; im Detail zum Vorgehen mit Blick auf einzelne Prozessvoraussetzungen WALDER, Prozesserledigung, 7 ff.), d.h. ein (prozessualer) **Endentscheid**. Die klagende Partei kann dem allerdings durch den Rückzug des Begehrens unter Vorbehalt der Wiedereinbringung («angebrachtermassen») zuvorkommen (vgl. dazu etwa A. STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 23 Rz 22; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 7.38; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 25 Rz 6; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 9. Kap. Rz 112); Art. 63 Abs. 1 und 2 und Art. 65 sehen dies zwar nur für den Fall der Klage beim unzuständigen Gericht oder in der falschen Verfahrensart ausdrücklich vor, doch wird man daraus nicht auf einen Ausschluss in anderen Fällen zu schliessen haben. Ein solcher Rückzug hat keine Abstandswirkung (N 27); allerdings soll das nach OGer BE, 23. 3. 2016, ZK 15 614 E. 15 nur gelten, wenn es wirklich an einer Prozessvoraussetzung gefehlt habe, was (erst) zu prüfen sei, wenn in der Folge eine neue Klage erhoben werde.
- 8** Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob das Gericht vor dem Entscheid über das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen in jedem Fall **beide Parteien anzuhören** hat – oder ob auch ein Nichteintreten ohne vorherige Anhörung der beklagten Partei, ggf. auch a limine litis (d.h. vor der Zustellung der Klage an die beklagte Partei bzw. vor ihrer Vorladung im vereinfachten Verfahren) in Betracht kommt, wenn eine Prozessvoraussetzung nach Überzeugung des Gerichts offensichtlich fehlt und auch keine Heilung durch Einlassung in Betracht kommt (dafür etwa GULDENER, ZPR, 175). Zumindest dann, wenn eine

Klagen

Vorbemerkungen zu Art. 84–90

Literatur

ALTHAMMER, Streitgegenstand und Interesse, Habil. Regensburg 2009; BERTI, Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, SZP 2008, 193 ff.; BRÖNNIMANN, Rechtshängigkeit national – Struktur und Grundsätze, in: Markus/Rodriguez (Hrsg.), CIVPRO – Rechtshängigkeit – national und international, Bern 2019, 1 ff.; CASTELBERG, Die identischen und die in Zusammenhang stehenden Klagen im Gerichtsstandsgesetz, Diss. Bern 2005; DROESE, Res iudicata ius facit, Habil. Luzern 2015; GROBÉTY, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, Diss. Fribourg 2018; GRÜTTER, Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante, Jusletter v. 14.11.2011; GUT, Neue Zivilprozessordnung, Jusletter v. 14.11.2011; HABSCHIED, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956; HAAS/SCHLUMPF, Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO, SJZ 2011, 302 ff.; HAUS, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1981; HEINZMANN, Gedanken zur Kombination von Streitgegenständen, ZSR 2012, 471 ff.; KLETT, Das Rechtsbegehren bestimmt den Takt eines Prozesses, Anwaltsrevue 2012, 457 ff.; MEIER, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) – Konzept des neuen Rechts und erste Antworten auf offene Fragen, Anwaltsrevue 2001, 23 ff.; OBERHAMMER, Das schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation, ZEuP 2013, 751 ff.; ROHNER, Klageänderung, AJP 2001, 7 ff.; SCHWANDER, Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme, Diss. Zürich 2002; Sogo, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der glei-

chen sachlichen Zuständigkeit, ZBJV 2011, 937 ff.; VOGEL, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, Urteilsanmerkung Zivilprozessrecht, recht 1992, 58 ff.; VON ARX, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2007; WALTER, Der Streitgegenstand, recht 1990, 33; WALTHER, Anmerkung zum Entscheid des Schweizer Bundesgerichts vom 8.5.2002 (4C.385/2001), ZZPInt 2002, 401 ff.

I. Gegenstand der Art. 84–90

- 1 Die Art. 84–90 regeln verschiedene Aspekte in Zusammenhang mit der **Klage**. Die Regelungen dieses Titels sind mitnichten alles, was das Gesetz diesbezüglich anordnet (vgl. auch BK ZPO-MARKUS, Vor Art. 84–90 N 3). Zu beachten sind insb. auch Art. 130–132 (Eingaben der Parteien), Art. 220 und 221 (Einleitung des ordentlichen Verfahrens durch Klage; Klageinhalt), Art. 244 (vereinfachte Klage), Art. 252 (Verfahrenseinleitung durch Gesuch im summarischen Verfahren), Art. 290 (Scheidungsklage) sowie verschiedene Sonderbestimmungen wie etwa Art. 81 und 82 (Streitverkündungsklage) oder Art. 224 (Widerklage). Zugleich enthält dieser Titel Bestimmungen mit bloss beherrschendem Charakter, welche insofern entbehrlich sind. Dies gilt für Art. 84 Abs. 1 (Definition der Leistungsklage) und Art. 87 (Definition der Gestaltungsklage). Entweder wollte der Gesetzgeber hier entgegen dem bewährten Prinzip «lex moneat, nec doceat» lehrhafte Inhalte in die Zivilprozessordnung einfügen (was angesichts des sonst doch überaus geringen Regulierungsgrades dieses Gesetzes doch einigermaßen erstaunlich wäre), oder es wurde schlicht missverstanden, dass Existenz und Definition der Leistungsklage dermassen selbstverständlich sind, dass sie gewiss keiner Regelung in einer Zivilprozessordnung bedarf, während die Definition der Gestaltungsklage – welche ja durchaus nicht deren Rechtsgrundlage ist (vgl. Art. 87 N 1) – schlicht überflüssig ist (vgl. nur SOGO, 39 und Baker & McKenzie-COURVOISIER, Art. 84 N 1, der die Definition der Klagearten ebenso für überflüssig hält; demgegenüber BK ZPO-MARKUS, Vor Art. 84–90 N 4 und 6, wonach die Aufzählung der Klagearten der der ZPO zugrundeliegenden Kodifikationsidee entspreche und durchaus eigenständige Bedeutung zukomme).

II. Klage

1. Essentialien

- 2 Die Klage ist der verfahrenseinleitende Dispositionsakt des Klägers. Der zivilprozessuale Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1) verwirklicht sich hier insofern, als der Kläger mit der Klage den **Streitgegenstand des Prozesses** festlegt (BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 7. Kap. Rz 63; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, ZPR, Rz 6.1). Die *Essentialien* der Klage kommen aus diesem Blickwinkel gesehen in der eher auf die technische Ausgestaltung der Klage

in der Form der *Klageschrift* (diese Ausführungen offenbar missverstehend CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N10) ausgerichteten Bestimmung des Art. 221 über den Inhalt der Klage nicht deutlich zum Ausdruck: Der rechtliche Kern dieser Parteiprozesshandlung liegt in der **Behauptung eines Sachverhalts** und der **Stellung eines Rechtsbegehrens**. Die begehrte Rechtsfolge muss sich aus den substantiierten Tatsachenbehauptungen der Klage ableiten lassen; ist dies nicht der Fall, so ist die Klage unschlüssig und muss daher – allenfalls nach richterlichen Hinweisen auf die bestehende Unschlüssigkeit (Art. 56) – ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abgewiesen werden (HABSCHIED, Zivilprozessrecht, Rz 368; vgl. auch Art. 55 N 2).

2. Insbesondere: Rechtsbegehren

Das Vorliegen eines ausreichend *bestimmten Rechtsbegehrens* ist als **Prozessvoraussetzung** anzusehen (vgl. BGE 142 III 102 E. 5.3.1; 140 III 409 E. 4.4; BGer 4A_462/2017 E. 3.1; 4A_460/2011 E. 2.2, sic! 2012, 480; VOGEL, 58, 64; vgl. auch S. RÜETSCHI, Rz 72; Brunner/Gasser/Schwander-PAHUD, Art. 221 N 9; Baker & McKenzie-COURVOISIER, Art. 84 N 3; COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC], Lugano 2011, 320; Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach-MOHS, Art. 84 N 2 f.; FHB Zivilprozessrecht-SOGO, Rz 10.202). Die **Formulierung des Rechtsbegehrens** variiert in der kantonalen Praxis seit jeher. Zu Recht regelt die ZPO diese Frage des Kurialstils nicht. Zum Teil wird ja der Urteilsantrag im Konjunktiv formuliert («Der Beklagte sei zu verpflichten, [...]»), zum Teil wird das Rechtsbegehren in Frageform formuliert. (Nicht nur) diese beiden Wege stehen durchaus im Einklang mit den Vorgaben der ZPO (vgl. auch CR CPC-TAPPY, Art. 221 N 11, wonach die früheren Praktiken weiterhin befolgt werden können). Wesentlich ist lediglich, dass das Rechtsbegehren einen **klaren Urteilsantrag** enthält – *das Rechtsbegehren stellt die Frage, das Urteilsdispositiv gibt die Antwort*. Das Erfordernis eines bestimmten Rechtsbegehrens kommt in Art. 84 Abs. 1 (Bezifferung einer Klage auf Geldleistung) zum Ausdruck (sog. *Bestimmtheitsgebot*; vgl. auch BGE 137 III 617 E. 4.3), gilt aber für alle Klagearten; vgl. die Sonderregelung des Art. 85 (unbezifferte Forderungsklage). Weil das Urteil nach Art. 58 Abs. 1 nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf als der Kläger verlangt hat (Art. 58 N 2 ff.), muss dem Rechtsbegehren unmittelbar das **beantragte Urteilsdispositiv** zu entnehmen sein und bei Gutheissung der Klage dazu erhoben werden können (BGE 142 III 102 E. 5.3.1; vgl. auch Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 84 N 4; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 7. Kap. Rz 64; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 6.5; KLETT, 458; FHB Zivilprozessrecht-SOGO, Rz 10.195 f.). Umgekehrt besteht das Urteilsdispositiv dann im Falle eines Sachurteils notwendig nur aus einer gänzlichen oder teilweisen Gutheissung oder Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens und

darf unter Vorbehalt von Art. 58 Abs. 2 insb. nicht mehr oder etwas anderes enthalten.

- 4 Das Rechtsbegehren darf unter **keiner ausserprozessualen Bedingung** stehen, zulässig sind jedoch insb. **Eventualbegehren**, d.h. die hilfsweise Stellung eines Rechtsbegehrens für den Fall der Nichtstattgebung des Hauptbegehrens (GULDENER, ZPR, 262; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-LEUENBERGER, Art. 221 N 36 f.; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 14 Rz 8 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 7. Kap. Rz 76 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 6.6; BERGER/GÜNGERICH, Rz 649; vgl. auch Art. 221 N 6, 14). Mit der Eventualmaxime hat dies jedoch nichts zu tun (so jedoch Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-LEUENBERGER, Art. 221 N 37; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 14 Rz 9), weil Eventualbegehren ja notwendig einen vom Hauptbegehren unterschiedlichen, hilfsweise formulierten Streitgegenstand betreffen und daher von der *Präklusionswirkung* der materiellen Rechtskraft nicht erfasst werden; sie können daher im Wege der Klageänderung oder parallel oder später im Wege einer neuen Klage geltend gemacht werden. Der Begriff «Eventualmaxime» bezieht sich vielmehr auf die Notwendigkeit, ggf. Eventualvorbringen *zum selben Streitgegenstand* zu erstatten.

3. Ausnahmefall vereinfachte Klage?

- 5 Im vereinfachten Verfahren ist nach Art. 244 Abs. 2 eine «Begründung der Klage [...] nicht erforderlich». Allerdings muss die Klage auch in diesem Fall ein Rechtsbegehren (Art. 244. Abs. 1 lit. b) und «die Bezeichnung des Streitgegenstandes» (Art. 244. Abs. 1 lit. c) enthalten. Im Unterschied dazu verlangt Art. 221 für die Klage im ordentlichen Verfahren neben der Bezeichnung der einzelnen Beweismittel auch die Tatsachenbehauptungen. Die Ausführungen der Botschaft zeigen, dass man sich dabei wohl nicht allzu viel gedacht hat (Botschaft, 7347 f.): Treffend wird hier auf die textliche Parallele zu Art. 202 (Einleitung des Schlichtungsverfahrens) hingewiesen; in der Tat wird in Art. 202 Abs. 2 angeordnet, im Schlichtungsgesuch seien die Gegenpartei, «das **Rechtsbegehren** und der **Streitgegenstand**» zu bezeichnen. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, die vereinfachte Klage sei «keine Rechtsschrift im eigentlichen Sinne». Es genüge, dass «der Streit definiert werden kann». Zur mangelnden Begründungspflicht wird angeführt, nicht erforderlich sei «eine Substanziierung der Klage», denn die Klage brauche weder tatsächliche noch rechtliche Ausführungen zu enthalten. Freilich muss eine Klage niemals rechtliche Ausführungen enthalten (vgl. auch N 2 sowie Art. 57 N 2 f.). Allerdings ist eine Klage – auch im vereinfachten Verfahren! – gewiss unschlüssig, wenn sie überhaupt gar keine tatsächlichen Behauptungen enthält. Auf Grundlage einer solchen Klage könnte auch der Umfang der Rechtshängigkeit überhaupt nicht ermittelt werden.

Neben der Angabe des Rechtsbegehrens die Bezeichnung des «Streitgegenstands» zu verlangen, ist zweifellos widersprüchlich; es kann hier nur um eine schlagwortartige Angabe von Sachverhalt bzw. Anspruchsgrundlage gehen, weil sich der Streitgegenstand aus dem (Lebens-)Sachverhalt und dem Rechtsbegehren zusammen (vgl. N 9 ff.) setzt, so dass zur Angabe des «Streitgegenstandes» zusätzlich ja nur ein Tatsachenvorbringen in Betracht kommt. Tatsächlich hat der Gesetzgeber in sehr unbeholfener Weise zum Ausdruck gebracht, dass noch keine volle Substanziierung der Klage erforderlich sei; und in der Tat kann ja im vereinfachten Verfahren die Klagebegründung noch in der Verhandlung nachgetragen werden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Kläger wegen einer **mangelnden Substanziierung** der Klage schon in der Klageschrift **keinen Rechtsnachteil** erleidet. Gewiss ist aber bei der Angabe des «Streitgegenstandes» eine ganz knappe Angabe des Tatsachenvorbringens zu fordern, weil ansonsten ja völlig unklar bleibt, was Streitgegenstand des Verfahrens ist – würde nur ein Rechtsbegehren gestellt, so wüsste man ja z.B. gar nicht, wie die objektiven Grenzen der Rechtshängigkeit zu bestimmen sind (vgl. CR CPC-TAPPY, Art. 244 N 12; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-HAUCK, Art. 244 N 6; offenbar a.A. Baker & McKenzie-GIGER, Art. 244 N 4). Der Unterschied zum ordentlichen Verfahren ist damit aber letztlich nur graduell: Auch dort kann der Kläger ja eine zunächst nicht ausreichend substanziierte Klage im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels (Art. 225), einer Instruktionsverhandlung (Art. 226) oder – wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat – zu Beginn der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2) noch genauer substanziiieren. Fraglich ist bei all dem, wann der Fall vorliegt, dass eine Klage i.S.v. Art. 245 eine Begründung enthält (dann Fristsetzung zur schriftlichen Stellungnahme) oder nicht (dann sofortige Vorladung zur Verhandlung; teilweise wird in diesem Fall von der «Klageanmeldung» gesprochen, vgl. z.B. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 11. Kap. Rz 138). Da der Übergang von einer vereinfachten Klage, die bloss eine knappe Angabe von Rechtsbegehren und «Streitgegenstand» enthält, zu einer Klagebegründung (die in einfachen Fällen ja auch knapp ausfallen kann) fließend ist, liegt hier letztlich ein Ermessensentscheid des Gerichts vor (vgl. auch Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-HAUCK, Art. 244 N 9f.), welches zu erwägen hat, ob der Inhalt der Klageschrift schon so detailliert ist, dass ein Auftrag zur schriftlichen Stellungnahme an den Beklagten prozessökonomisch sinnvoll ist (vgl. auch BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N 11; GUT, Rz 12; GRÜTTER, Rz 24).

III. Klage und Streitgegenstand

1. Allgemeines

- 7 Tatsachenvorbringen und Klage- bzw. Rechtsbegehren in der Klage konstituieren den **Streitgegenstand** des Prozesses (vgl. auch SUTTER-SOMM/Hasenböhler/Leuenberger-LEUENBERGER, Art. 221 N 25; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 7. Kap. Rz 1; BERTI, Einführung, Rz 41 sowie sogleich N 9 ff.). Dieser ändert sich insb. nicht durch die vom Beklagten geltend gemachten *Verteidigungsmittel*, sofern keine *Widerklage* erhoben wird. Letztere muss ja einen notwendig vom Gegenstand der Hauptklage unterschiedlichen Streitgegenstand aufweisen (ansonsten stünde der Widerklage ja das Prozesshindernis der Rechtshängigkeit entgegen; vgl. dazu Art. 14 N 7 und Art. 224 N 5); die Bestimmungen über die Klage sind daher *mutatis mutandis* und vorbehaltlich von Sondervorschriften für die Widerklage (vgl. Art. 94, 198 lit. g und insb. Art. 224) auch auf diese anwendbar.
- 8 Die ZPO bedient sich mit Blick auf den Streitgegenstand keiner einheitlichen **Terminologie** (vgl. auch BERTI, Einführung, Rz 42; SUTTER-SOMM, ZPR, Rz 463): In Art. 64 und 65 wird vom «Streitgegenstand» gesprochen, während in Art. 90 und 227 vom «Anspruch» die Rede ist. Dieser Begriff des «Anspruchs» entspricht jedoch in der sonstigen deutschsprachigen Gesetzesterminologie i.S. eines «prozessualen Anspruchs» dem Streitgegenstandsbegriff (vgl. nur § 322 der deutschen und § 411 der österreichischen Zivilprozessordnung). In der Tat ist in allen genannten Fällen dasselbe gemeint; zu beachten ist jedoch die Besonderheit im Hinblick auf die Zuständigkeitskonzentration durch Rechtshängigkeitssperre nach der Rspr. des BGer (s. N 15). Während auch die italienische Textfassung hier zwei Begriffe für dasselbe enthält (in Art. 64 und 65 ist vom «oggetto litigioso» die Rede, während in Art. 90 und 227 von der «pretesa» die Rede ist); bringt es die französische Fassung sogar auf drei verschiedene Begriffe: «la même cause» (Art. 64 Abs. 1 lit. a), «le même objet» (Art. 65) sowie «prétention» (Art. 90 bzw. 227 Abs. 1; vgl. auch CR CPC-BOHNET, Art. 59 N 47). Umgekehrt macht der Gesetzgeber dagegen vom Begriff «Streitgegenstand» Gebrauch, wo er offenbar etwas anderes zum Ausdruck bringen möchte (vgl. Art. 202 Abs. 2, Art. 244 Abs. 1 lit. c; vgl. dazu N 6). Man kommt kaum umhin, der ZPO hier insgesamt ein heilloses begriffliches Durcheinander zu attestieren (vgl. auch OBERHAMMER, ZEuP 2013, 762 f.).

2. Bestimmung des Streitgegenstands

- 9 Nach der heute zu Recht herrschenden **zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie** wird der Streitgegenstand durch das **Rechtsbegehren** und den vom Kläger behaupteten **Lebenssachverhalt** bestimmt (GULDENER, ZPR, 199;

1. Kapitel:

Allgemeine Bestimmungen

Art. 150

- Beweisgegenstand**
- ¹ **Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen.**
 - ² **Beweisgegenstand können auch Übung, Ortsgebrauch und, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, ausländisches Recht sein.**

Literatur

OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914; vgl. ausserdem die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 150–193.

I. Rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Abs. 1)

1. Tatsachen

Gegenstand des Beweises können zunächst nur Tatsachen sein. Für Rechtsätze gilt grundsätzlich *iura novit curia* (Art. 57) (zum ausländischen Recht s. N 9). Zu den Tatsachen gehören sowohl **äussere**, von der Aussenwelt wahrnehmbare, als auch **innere Tatsachen** der menschlichen Gedankenwelt, wie Kenntnis, Absicht und Irrtum. Letztere können nur durch Parteibefragung und durch Indizien, etwa aufgrund des äusseren Verhaltens der Person und der Umstände, erschlossen werden (BGE 145 III 1 E. 3.3; 140 III 193 E 2.2.1; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 95 f.). Zu den beweisbaren Tatsachen gehören sodann **hypothetische** (etwa der Geschehensablauf ohne die behauptete unerlaubte Handlung) und **künftige Tatsachen** (Prognose über die berufliche Entwicklung des Geschädigten oder den Unterhaltsbedarf eines Kindes) (BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 90). In diesem Fall handelt es sich allerdings um Tatsachen, die (noch) nicht eingetreten sind. Die gerichtliche Überzeugung des hypothetischen oder künftigen Eintritts dieser Tatsachen kann durch Beweis von in der Vergangenheit liegenden Tatsachen (zur Berechnung des mutmasslichen zukünftigen Schadens oder als Grundlage für eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR), durch Indizien, oder durch die Anwendung von Erfahrungssätzen erreicht werden (BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 94). Das Beweissmass ist dann regelmässig auf die hohe Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (Vor Art. 150–193 N 10 f.).

- 2 Hin und wieder ist auch eine **negative Tatsache** (genauer: das Fehlen einer Tatsache) zu beweisen. *Bestimmte Negativa* lassen sich durch den Beweis «positiver Sachumstände so eng einkreisen, dass auf sie mit rechtsgenügender Sicherheit zu schliessen ist» (BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 194). So kann etwa der nach Art. 97 OR in Anspruch genommene Vertragspartner beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft, indem er positiv beweist, dass er alles nach den Umständen Erwartbare vorgekehrt hat (BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 194). Bei *unbestimmten Negativa* ist das hingegen nicht möglich. Die Anzahl möglicher zu beweisender positiver Sachumstände wäre in zeitlicher und räumlicher Hinsicht schlicht zu umfangreich. In diesem Fall trifft den Beweisgegner aufgrund des Gebots des Handels nach Treu und Glauben eine Mitwirkungslast. Er hat die Behauptungen der beweisbelasteten Partei substantiiert zu bestreiten und den Beweis des Gegenteils anzutreten. Tut er das nicht, kann darin eine Beweisvereitelung (Vor Art. 150–193 N 18) liegen (BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 353). Jedenfalls kann das Gericht dies bei der Beweiswürdigung als Indiz für das Nichtbestehen des Negativums werten (BGER 5A_763/2018 E. 6.3.4; BGE 102 III 165 E. II.2.c).

2. Rechtlich erhebliche Tatsachen

- 3 Beweis kann nur über rechtserhebliche Tatsachen abgenommen werden. Welches die **direkt rechtserheblichen Tatsachen** sind, ergibt sich aus dem Tatbestand der anwendbaren Anspruchs- und Einredenormen (vgl. BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 12). **Indirekt rechtlich erheblich** sind Behauptungen zu *Indizien*, aufgrund welcher auf das Vorhandensein eines rechtlich relevanten Tatbestandsmerkmals geschlossen werden kann (BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 93). Indirekt rechtserheblich sind auch jene Tatsachenbehauptungen, welche die Basis einer *gesetzlichen Vermutung* bilden (dazu Vor Art. 150–193 N 18). Welche Anspruchs- und Einredenormen anwendbar sind, ergibt sich via Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57) aus dem Streitgegenstand (Vor Art. 84–90 N 7 ff.).

3. Streitige Tatsachen

- 4 Im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime sind (vorbehältlich Art. 153 Abs. 2) **nur Streitige Tatsachen(behauptungen)** beweisbedürftig. Nicht bestrittene rechtsrelevante Tatsachenbehauptungen gelten als zugestanden und sind dem Urteil ohne Weiteres zugrunde zu legen (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 150 N 1; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Kap. 7 Rz 120). Im Falle einer ausdrücklichen Anerkennung liegt ein *Geständnis* vor, welches als *qualifiziertes* bezeichnet wird, wenn es Zusätze oder Einschränkungen enthält (BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 33a).

Das sich aus der Verhandlungsmaxime ergebende Erfordernis, dass nur über *streitige* rechtserhebliche Tatsachen Beweis zu führen ist, hat im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime, zusammen mit der objektiven Beweislast, eine **Behauptungs- und Bestreitungslast** zur Folge, die ihrerseits – wiederum aufgrund der Verhandlungsmaxime – eine **Substantiierungslast** zur Folge haben kann. Vgl. dazu im Einzelnen Art. 152 N 7 ff. Vgl. zu den weiteren Voraussetzungen der Beweisabnahme Art. 152 N 3 ff. 5

II. Übung und Ortsgebrauch

Übung und Ortsgebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 2 ZGB stellen auf einzelne Geschäftszweige oder bestimmte Orte beschränkte **Erscheinungen der Verkehrssitte** dar (BK-WOLF, Art. 5 ZGB N 100), d.h. «die den Geschäftsverkehr beherrschende tatsächliche Übung» (OERTMANN, 31 f.). Die Verkehrssitte kommt in Betracht zur Auslegung von Rechtsgeschäften, als ausdrücklicher oder stillschweigender Bestandteil eines Rechtsgeschäfts, zur Bestimmung von Art und Weise, Mass und Zeit der Erfüllung von Verpflichtungen sowie von Handlungen und Erklärungen. Statt aufgrund rechtsgeschäftlichen Willens kann die Verkehrssitte aber auch kraft gesetzlicher Verweisung zur Anwendung gelangen (zu alledem BK-LIVER, Art. 5 ZGB N 69 ff.). 6

Übung und Ortsgebrauch sind als Erscheinungen der Verkehrssitte nicht rechtliche, sondern soziale Normen, damit **Tatsachen** (BK-WOLF, Art. 5 ZGB N 102), und – wenn rechtserheblich und bestritten – Gegenstand des Beweises (BERGER-STEINER, Rz 02.12; ZK-MARTI, Art. 5 ZGB N 211 ff.; BSK ZGBI-LARDELLI/VETTER, Art. 5 N 31). Soweit aber das *Gesetz* auf Übung und Ortsgebrauch verweist, kommt ihnen rechtliche Bedeutung als *subsidiäre, mittelbare Bundesrechtsquelle* zu (BK-WOLF, Art. 5 ZGB N 103). In diesem Fall ist die Sacheigenschaft von Übung und Ortsgebrauch keineswegs offenkundig (vgl. BSK ZPO-GUYAN, N 7: «stehen zwischen Tatsache und Recht»; a.A. BGE 94 II 157 E. 4.b; BK-LIVER, Art. 5 ZGB N 103; BERGER-STEINER, Rz 02.12: Rechtsfrage). Daher stellt Art. 150 Abs. 2 klar, dass Übung und Ortsgebrauch auch dann Gegenstand des Beweises sein können (Botschaft, 7311). 7

Sodann stellt Art. 5 Abs. 2 ZGB bei Verweis des Gesetzes auf Übung und Ortsgebrauch die Vermutung auf, das bisherige kantonale Recht sei deren Ausdruck. Dieses kantonale **Recht** ist von Amtes wegen festzustellen (Art. 57). Wie bei ausländischem Recht (N 9 f.) kann aber das Gericht in diesem Fall auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen sein, dieses kantonale Recht nachzuweisen (vgl. BK-LIVER, Art. 5 ZGB N 104). Der Beweis des Gegenteils, der vom kantonalen Recht abweichenden Verkehrssitte – einer Tatsache wiederum – obliegt dann dem Vermutungsgegner (BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 111). 8

III. Ausländisches Recht

- 9 Auch ausländisches Recht ist Recht und muss, wo es Anwendung findet, durch das Gericht von Amtes wegen abgeklärt und angewendet werden (Art. 57). Weil aber die Abklärung ausländischen Rechts für das Gericht schwierig sein kann (z.B. wegen unbekannter Sprache, anderer Rechtsquellenlehre, anderen oder unzugänglichen Rechtsquellen), erlaubt ihm Art. 16 Abs. 1 IPRG, dazu die Mitwirkung der Parteien zu verlangen. Bei **vermögensrechtlichen Ansprüchen** kann das Gericht sogar den **Nachweis des ausländischen Rechts den Parteien überbinden** (Art. 16 Abs. 1 3. Satz IPRG). Damit ist aber nicht ein Beweis i.S.v. Art. 150 ff. ZPO gemeint (Art. 57 N 7; ähnlich BGE 145 III 213 E. 6.1.2; 138 III 238 E. 4.2.3f.: kein Beweis von Tatsachen, sondern Nachweis des Rechts). Insofern ist Art. 150 Abs. 2 missverständlich. Denn auch wenn das Gericht den Nachweis ausländischen Rechts gem. Art. 16 Abs. 1 IPRG den Parteien überbindet, gilt der Grundsatz *iura novit curia* (BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 16 N 16; ZK-GIRSBERGER/FURRER Art. 16 IPRG N 43). Zwar kann ausländisches Recht mit den Beweismitteln der ZPO, allen voran mit Urkunden und Gutachten, nachgewiesen werden. Verschiedene andere Regeln des Beweisrechts finden aber keine oder nur auf die Abklärung von Rechtsfragen zugeschnittene Anwendung (a.A. Botschaft, 7311, wonach der Nachweis ausländischen Rechts «nach den Regeln und in den Formen des Beweisverfahrens zu erfolgen» habe). So gilt etwa der *numerus clausus* der Beweismittel nicht (Art. 57 N 7). Auch findet die objektive Beweislast keine Anwendung (BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 16 N 16; ZK-GIRSBERGER/FURRER Art. 16 IPRG N 37 f.): Bleibt der Inhalt des ausländischen Rechts nach dem Nachweis durch die Parteien unklar, trifft das Gericht eine Pflicht, selber zumutbare Nachforschungen anzustellen (BGE 140 III 456 E. 2.3; 121 III 436 E. 5a). Bleibt dann der Inhalt des ausländischen Rechts immer noch unklar, kommt es zur Anwendung schweizerischen Rechts als Ersatzrecht (Art. 16 Abs. 2 IPRG; BGE 140 III 456 E. 2.3). Schliesslich brauchen die Parteien den Nachweis ausländischen Rechts auch nicht innerhalb der Novenschranke der Art. 229, 317 und 326 zu erbringen (BGE 138 III 238 E. 4.2.4; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 112).
- 10 Das Gericht hat den Parteien zum Resultat der Abklärungen zum anwendbaren Recht spätestens vor der Anwendung dieses Rechts **Gehör** zu gewähren und zwar unabhängig davon, ob das Gericht das ausländische Recht selber abgeklärt, die Parteimitwirkung verlangt, oder gar den Parteien den Nachweis des ausländischen Rechts überbürdet hat (BGE 140 III 456 E. 2.3; 121 III 436 E. 5a; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 114).

Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten

Art. 194

Grundsatz

- ¹ Die Gerichte sind gegenseitig zur Rechtshilfe verpflichtet.
- ² Sie verkehren direkt miteinander.

Literatur

FRANK, Die Bedeutung des Rechtshilfekonkordats in Zivilsachen, SJZ 1989, 114 ff.; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Bern 2013; LÖTSCHER-STEIGER/LÖTSCHER/MEYER LÓPEZ, Rechtshilfe in Zivilsachen, in: Tschudi/Schindler/Ruch/Jakob/Friesecke (Hrsg.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zürich 2014, 535 ff.; MARKUS, Rechtshilfe in Zivilsachen, in: Leuenberger/Guy (Hrsg.), Rechtshilfe und Vollstreckung: Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs, Bern 2004, 11 ff.; MARKUS/RODRIGUEZ, Neuerungen in der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen – neue internationale Gesetzgebung und die Schweiz, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2009, 101 ff.; NIQUILLE, Praxis der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen – ausgewählte Fragen, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2009, 163 ff.

I. Normzweck

- 1 Jedes *Gericht* hat einen bestimmten **territorialen Zuständigkeitsbereich** (*Gerichtssprengel*), der je nach kantonaler Organisation z.B. einen bestimmten Gerichtsbezirk oder das gesamte Kantonsgebiet umfasst. Die *Hoheitsbefugnisse* eines Gerichts sind räumlich auf den Gerichtssprengel begrenzt. Ein Gericht kann folglich *Prozesshandlungen als hoheitliche Akte* (z.B. Zustellungen, Beweiserhebungen, Hilfe bei der Vollstreckung; s. VOLKEN, Kap. 1 Rz 2 und FN 3; Art. 195 N 3) nur innerhalb dieses Gebiets vornehmen. Sind in einem Verfahren Prozesshandlungen ausserhalb des eigenen Gerichtssprengels vorzunehmen, weil z.B. am Verfahren beteiligte Personen ausserhalb des Gerichtssprengels wohnen oder sich dort Beweismittel befinden, benötigt das mit dem Verfahren befasste Gericht (Prozessgericht) die *aktive Unterstützung* durch ein anderes Gericht (Rechtshilfegericht) oder aber eine *Ermächtigung* für die selbständige Vornahme der betreffenden Prozesshandlungen. Ohne eine entsprechende Ermächtigung verletzt das Prozessgericht mit seinem Handeln fremde Hoheits- bzw. Souveränitätsrechte (zum Ganzen GROLI-MUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 19 Rz 1 f.; Botschaft, 7327; VOLKEN, Kap. 1 Rz 1 f.). Die aktive Unterstützung des Prozessgerichts durch ein anderes Gericht bildet die klassische Rechtshilfe (Rechtshilfe i.e.S.; vgl. VOLKEN, Kap. 1 Rz 3). Unter einen weiter gefassten Begriff der **Rechtshilfe** (Rechtshilfe i.w.S.) fällt gem. der Systematik des 11. Titels auch die Ermächtigung zur selbständigen Vornahme von Prozesshandlungen ausserhalb des eigenen Gerichtssprengels, d.h. die Ermächtigung zur Selbsthilfe (s. GROLI-MUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 19 Rz 2. Ob hier die gesetzliche Systematik gelungen ist, ist in Frage zu stellen. Nach BK ZPO-MARKUS, Art. 194 N 3, Brunner/Gasser/Schwander-RODRIGUEZ, Art. 194 Rz 3, sowie Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 6 f., 26, Art. 195 N 1, 15 fällt denn auch nur die Rechtshilfe i.e.S. und nicht auch die Ermächtigung zur Selbsthilfe in Art. 195 unter den Begriff der Rechtshilfe, vgl. aber auch VOLKEN, Kap. 1 Rz 28).
- 2 Art. 194–196 regeln die Rechtshilfe bez. einer Prozesshandlung in einem *anderen Gerichtssprengel desselben Kantons* (**innerkantonale Rechtshilfe**) sowie bez. einer Prozesshandlung in einem *anderen Kanton* (**interkantonale Rechtshilfe**; das Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen vom 26.4., 8./9.11.1974 [AS 1976, 1 ff.; dazu FRANK, passim], das die interkantonale Rechtshilfe regelt, wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO gegenstandslos) und damit die *innerkantonale bzw. interkantonale Kooperation*. Für die Vornahme von Prozesshandlungen ausserhalb des eigenen Gerichtssprengels werden dem Gericht einerseits die «*Selbsthilfe*» (Art. 195), andererseits der *klassische Rechtshilfeweg* (Art. 196) zur Verfügung gestellt. Das Gericht kann zwischen diesen beiden Wegen, die eine unkomplizierte Vornahme

von Prozesshandlungen ausserhalb des Sprengels des Prozessgerichts erlauben, frei wählen (zum Ganzen Botschaft, 7327; Bericht zum Vorentwurf, 92; vgl. VOLKEN, Kap. 1 Rz 27 ff.). Nicht geregelt wird in Art. 194–196 die Rechtshilfe in Bezug auf Prozesshandlungen in einem anderen Staat (internationale Rechtshilfe; dazu Brunner/Gasser/Schwander-RODRIGUEZ, Art. 194 Rz 26 ff.; MARKUS/RODRIGUEZ, 101 ff.; BK ZPO-MARKUS, Art. 194 N 6; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, passim; LÖTSCHER-STEIGER/LÖTSCHER/MEYER LÓPEZ, passim; zur Anwendbarkeit der ZPO im Verfahren für die Erledigung des internationalen Rechtshilfesuchs BGE 142 III 116 E. 3.3 = Pra 82/2016; s. Art. 335 Rz 6).

Art. 194 verankert den Grundsatz der **gegenseitigen Pflicht zur Rechtshilfe** (Abs. 1; Rechtshilfe i.e.S., vgl. N 1; s. BGer 5A_384/2014 E. 4.1). Die gegenseitige Rechtshilfepflicht dient – wie die Selbsthilfe (vgl. N 1) – einer wirkungsvollen Ausübung der Zivilrechtspflege (z.B. soll eine Beweisabnahme nicht daran scheitern, dass der einzuvernehmende Zeuge ausserhalb des Gerichtsprengels des Prozessgerichts wohnt) und damit der Gewährleistung eines *effektiven Rechtsschutzes* (zum Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz ausführlich KOFMEL EHRENZELLER, 348 ff.) sowie letztlich der *Gerechtigkeit* (vgl. VOLKEN, Kap. 1 Rz 3). Geht es um die Rechtshilfe zugunsten eines Gerichts eines *anderen Kantons*, bedeutet die in Abs. 1 verankerte Pflicht zur gegenseitigen Rechtshilfe eine *Konkretisierung von Art. 44 Abs. 2 BV*, der die Kantone verpflichtet, einander unter anderem Rechtshilfe zu leisten (dazu Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender-SCHWEIZER, Art. 44 N 36, 6; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 10, 20). Die Kooperation im Bereich der *Vollstreckung* (s. Art. 195 N 3) wurde im inzwischen aufgehobenen Art. 122 Abs. 3 BV («Rechtskräftige Zivilurteile sind in der ganzen Schweiz vollstreckbar») geregelt und ergibt sich nun aus Art. 335 ff., insb. Art. 339.

II. Gegenseitige Rechtshilfepflicht (Abs. 1)

Die **gegenseitige Rechtshilfepflicht** nach Abs. 1 bedeutet, dass das ersuchte Gericht (Art. 196 N 4) verpflichtet ist, die im Rechtshilfesuch (Art. 196) genannte Prozesshandlung (Art. 195 N 3) stellvertretend (requisitorisch) für das ersuchende Gericht (Art. 196 N 4) vorzunehmen (s. GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 19 Rz 4; zur Pflicht, das Ergebnis der Prozesshandlung mitzuteilen, Art. 196 N 6). Das ersuchte Gericht kann nicht unter Hinweis auf die Möglichkeit des ersuchenden Gerichts, die Prozesshandlung selber vornehmen zu können (Art. 195), die Rechtshilfe verweigern (zur generellen Ermächtigung zur Selbsthilfe Art. 195 N 1). Die Gerichte (vgl. N 5) leisten einander **gegenseitig** Rechtshilfe.

- 5 Zur Rechtshilfe verpflichtet sind sämtliche *erst- und zweitinstanzlichen Gerichte eines Kantons* als **schweizerische Gerichte** (s. Überschrift des 11. Titels; das BGer ist nicht Gegenstand der ZPO, Art. 1). Die Rechtshilfpflicht kann **gegenüber einem Gericht desselben Kantons oder eines anderen Kantons** bestehen (zur Rechtshilfpflicht gegenüber einem *Schiedsgericht* s. Art. 375).

III. Direkte Korrespondenz zwischen den Gerichten (Abs. 2)

- 6 Die mit einer Rechtshilfe befassten Gerichte **verkehren direkt miteinander** (Abs. 2), d.h. sie können *ohne Mitwirkung einer weiteren Behörde* miteinander korrespondieren (direkter Geschäftsverkehr; Bericht zum Vorentwurf, 93; BK ZPO-MARKUS, Art. 194 N 9). Für die Ermittlung der örtlich zuständigen schweizerischen Gerichte s. <www.elorge.admin.ch> (dazu Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 45).

Art. 195

Direkte Prozesshandlungen in einem andern Kanton

Jedes Gericht kann die erforderlichen Prozesshandlungen auch in einem anderen Kanton direkt und selber vornehmen; es kann insbesondere Sitzungen abhalten und Beweis erheben.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 194.

I. Normzweck

- 1 In Art. 195 wird die **Selbsthilfe** als ein Weg für die Vornahme von Prozesshandlungen ausserhalb des eigenen Gerichtssprengels verankert (Art. 194 N 2). Die Ermächtigung zur Selbsthilfe fällt unter die Rechtshilfe i.w.S. (Art. 194 N 1). Mit Art. 195 **ermächtigt** der Bundesgesetzgeber die Gerichte eines Kantons **generell**, *Prozesshandlungen in einem anderen Kanton sowie – a maiore ad minus – in einem anderen Gerichtssprengel desselben Kantons vorzunehmen* (s. Botschaft, 7327; zur Notwendigkeit einer Ermächtigung Art. 194 N 1). Eine entsprechende Ermächtigung im Einzelfall ist nicht erforderlich. Die **Schweiz** ist insofern ein **einheitlicher Gerichtsraum** (Botschaft, 7327).

II. Begriff der Selbsthilfe

- 2 Die in Art. 195 geregelte **Selbsthilfe** bedeutet, dass ein mit einem Verfahren befasstes Gericht (Prozessgericht) die erforderlichen Prozesshandlungen (vgl.

änderung vor Aktenschluss einzig mit den **gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritten** erfolgen könne (HGer ZH, ZR 2017 Nr. 52). Nach Einreichung der Klage bei Gericht kann demgemäss deren Änderung je nach Ausgestaltung des Verfahrens nur mit dem zweiten Schriftenwechsel (Art. 225), an der Instruktionsverhandlung (Art. 226) oder zu Beginn der Hauptverhandlung (Art. 228 Abs. 1) vorgenommen werden (vgl. hierzu Art. 229 N 3). Eine vorgängige Klageänderung durch separate Eingabe ist dagegen gemäss dem Handelsgericht Zürich mit einem geordneten Verfahrensablauf nicht vereinbar. Im Weiteren hielt das Handelsgericht Zürich fest, dass es sich bei der Neueinreichung der Klage nach Art. 63 nicht um einen gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritt handle. Eine Klageänderung zusammen mit der nach Art. 63 neu eingereichten Klage sei nicht möglich (HGer ZH, ZR 2017 Nr. 52 unter Verweis auf BGE 141 III 481; krit. hierzu Sogo, Rechtshängigkeit, 31 f.).

Die geänderte Klage wird nach Eingang der Gegenpartei zur Äusserung zugestellt. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt dabei eine blosser Zustellung zur Kenntnisnahme den Anforderungen an das rechtliche Gehör nicht. Das Gericht hat der Gegenpartei vielmehr eine **Frist zur Stellungnahme** zu setzen (BGE 142 III 48 E. 4.1.2 = Pra 2017, Nr. 4, 34, 39).

36

3. Kapitel: Hauptverhandlung

Art. 228

- Erste Parteivorträge**
- ¹ **Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung stellen die Parteien ihre Anträge und begründen sie.**
 - ² **Das Gericht gibt ihnen Gelegenheit zu Replik und Duplik.**

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 219 und 227.

Das ordentliche Verfahren kennt grundsätzlich einen einfachen Schriftenwechsel (Klage und Klageantwort, Art. 220 und 222). Ein zweiter Schriftenwechsel wird nur angeordnet, wenn die Verhältnisse es erfordern (Art. 225); er soll die Ausnahme bleiben (Botschaft, 7340). Nach dem ersten – oder einem allfälligen zweiten – Schriftenwechsel kann zur Vorbereitung und Verein-

1

fachung der Hauptverhandlung, zur Durchführung von Vergleichsverhandlungen usw. eine Instruktionsverhandlung stattfinden (s. Art. 226 N 4).

- 2 Nach der Durchführung des einfachen oder doppelten Schriftenwechsels und einer allfälligen Instruktionsverhandlung lädt das Gericht zur **Hauptverhandlung** vor (Botschaft, 7340). Vor allem bei einfachen oder bei nicht besonders komplexen, aber dringlichen Fällen, bietet sich an, die Hauptverhandlung bereits nach dem einfachen Schriftenwechsel durchzuführen.
- 3 Die Parteien können auf die Durchführung der Hauptverhandlung **verzichten** (Art. 233). Dies mag einerseits vor allem bei komplexen Verfahren angezeigt sein, in denen sich die Sache mündlich nicht gut darstellen lässt bzw. die Parteien zum Schluss kommen, in den Rechtsschriften den Fall vollständig dargelegt zu haben. Allerdings böte die Hauptverhandlung den Parteien bzw. ihren Vertretern die Möglichkeit, vor dem Gericht nochmals ihre Hauptstandpunkte hervorzuheben. Andererseits wird regelmässig auf die Hauptverhandlung verzichtet, falls der Aktenschluss zuvor bereits eingetreten ist (vgl. Art. 229 N 3). In den Parteivorträgen an der Hauptverhandlung lässt sich dann grundsätzlich nur wiederholen, was in den bisherigen Eingaben bereits vorgetragen wurde. Sachverhaltsergänzende Vorbringen sind nur sehr beschränkt unter den Voraussetzungen von Art. 229 möglich (vgl. Art. 229 N 7 ff.).
- 4 Die Hauptverhandlung umfasst nach der Vorstellung des Gesetzes **mündliche Parteivorträge** der Parteien (Art. 228), die **Beweisabnahme** (Art. 231) und die **Schlussvorträge** der Parteien (Art. 232). Sofern der Aktenschluss noch nicht eingetreten ist und die Parteien den Sachverhalt oder Beweismittel ergänzen wollen, haben sie dies gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts in **Tatsachenvorträgen** vor den mündlichen Parteivorträgen anzubringen (vgl. Art. 229 N 17). In komplexen Fällen wird die Hauptverhandlung daher mehrere Tage beanspruchen, wobei diese Tage über Wochen oder Monate verteilt sein können, wenn zahlreiche Beweise abzunehmen sind. Wird die Beweisabnahme an eines oder mehrere Mitglieder des Gerichtes delegiert (Art. 155 Abs. 1), so findet sie technisch wohl in einer Instruktionsverhandlung statt (so die Praxis des HGer ZH; vgl. auch CR CPC-TAPPY, Art. 228 N 7, der alternativ die Qualifikation als Verhandlung *sui generis* in Erwägung zieht). Verzichten die Parteien auf die Hauptverhandlung, sollte dies i.d.R. nicht auch als Verzicht auf die Beweisabnahme und Schlussvorträge interpretiert werden, sondern nur als Verzicht auf die Parteivorträge gem. Art. 228 (vgl. Art. 233 N 4).
- 5 An der Hauptverhandlung haben die Parteien **je zwei Parteivorträge** sowie einen allfällig vorgelagerten Tatsachenvortrag. Grundsätzlich kann die klagende Partei im ordentlichen Verfahren somit davon ausgehen, dass sie sich nach vorausgegangenen Schriftenwechseln und Instruktionsverhandlung im

nachfolgenden Hauptverfahren nochmals zur Sache äussern kann, wenn auch der Umfang der zulässigen Vorbringen stark davon abhängt, ob der Aktenschluss bereits eingetreten ist. Doch kann sich die klagende Partei nicht darauf verlassen. Bei versäumter Klageantwort und ungenutzt abgelaufener Nachfrist zu deren Einreichung trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern es die Angelegenheit als spruchreif erachtet (Art. 223). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der klagenden Partei vorgängig nicht nochmals Gelegenheit zur Äusserung gegeben werden, selbst wenn das Gericht zu ihren Ungunsten entscheidet (s. Art. 229 N 5).

Das Gesetz bezeichnet die zweiten Vorträge an der Hauptverhandlung unglücklich als Replik und Duplik. In Wahrheit handelt es sich dabei um die dritte oder vierte Äusserungsmöglichkeit der Parteien, die stets nach dem Aktenschluss stattfindet. In der Praxis werden regelmässig die Eingaben im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels (Art. 225) Replik und Duplik genannt.

Es stellt sich die Frage, ob die zweiten Vorträge an der Hauptverhandlung **entfallen**, wenn eine Partei auf ihren ersten Parteivortrag **verzichtet**. Dies gilt sicher nicht für den ersten Parteivortrag der beklagten Partei, wenn die klagende Partei auf ihren ersten Parteivortrag verzichtet; die beklagte Partei hat auch in diesem Fall Anspruch darauf, sich nochmals zu äussern. Hingegen besteht eigentlich kein Anlass für eine mündliche Replik, wenn die beklagte Partei auf ihren ersten mündlichen Vortrag verzichtet, zumal sich die klagende Partei schon mindestens zweimal umfassend äussern konnte. Dasselbe gilt hinsichtlich der Duplik, wenn die klagende Partei von der Replik keinen Gebrauch macht (ebenso BK ZPO-KILLIAS, Art. 228 N 12; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-LEUENBERGER, Art. 228 N 9).

Replik und Duplik in der Hauptverhandlung sind *per definitionem* Stellungnahmen zu den Vorbringen in den vorausgegangenen Parteivorträgen und setzen demnach solche voraus. Anders als in Art. 232 Abs. 1 gewährt der Wortlaut von Art. 228 einer Partei nicht ein unbedingtes Recht zu zwei mündlichen Parteivorträgen, unabhängig davon, ob sich die Gegenpartei an der Hauptverhandlung zweimal, einmal oder gar nicht äussert, sondern eben nur das Recht zu replizieren bzw. duplizieren, also auf einen vorangegangenen mündlichen Vortrag zu reagieren (vgl. auch CR CPC-TAPPY, Art. 228 N 17). Allerdings ist nicht recht einzusehen, weshalb die Parteien nur bei den Schlussvorträgen ein Recht auf zwei mündliche Vorträge haben sollen, unabhängig davon, ob die Gegenpartei von ihrem entsprechenden Recht Gebrauch macht. Dies spricht dafür, auch Art. 228 Abs. 2 grosszügig auszulegen. Zur Abgabe von Plädoyernotizen vgl. Art. 232 N 2 f.

Nach den Parteivorträgen nimmt das Gericht die **Beweise** ab (Art. 231). Dies setzt gem. Art. 154 den Erlass einer Beweisverfügung voraus, welche *«insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet»* und bestimmt, *«wel-*

6

6a

7

8

cher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt». Wie MEIER zu Recht festhält, ist das Erstellen einer solchen Beweisverfügung zeitaufwändig (MEIER, ZPR, 342); in komplexen Fällen kann sie Wochen oder Monate beanspruchen. Eine direkte Beweisabnahme im Anschluss an die Parteivorträge (also am selben Termin) ist daher i.d.R. nur möglich, wenn die Beweisverfügung bereits vor der Hauptverhandlung erlassen (oder zumindest vorbereitet) wurde. Andernfalls muss die Hauptverhandlung unterbrochen werden.

- 9 Nach der Beweisabnahme äussern sich die Parteien zum Beweisergebnis und zur Sache, wobei erneut je zwei mündliche Vorträge (dort entsprechend der Chronologie der Hauptverhandlung «**Schlussvorträge**» genannt) zugelassen sind (Art. 232 Abs. 1). Es steht den Parteien frei, auf die mündlichen Schlussvorträge zu verzichten und stattdessen dem Gericht zu beantragen, Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Beweisergebnis anzusetzen (Art. 232 Abs. 2). Auch dies wird sich vor allem bei umfangreichen oder technisch komplizierten Verfahren aufdrängen, insb. dann, wenn zu Expertisen Stellung zu nehmen ist.
- 10 Ist eine Partei an der Hauptverhandlung **säumig**, so entscheidet das Gericht – sofern es die Beweise nicht von Amtes wegen zu erheben hat (Art. 153) – aufgrund der nach Massgabe des Gesetzes eingereichten Eingaben sowie den Ausführungen der erschienenen Partei (Art. 234 Abs. 1).
- 11 Vgl. zum **Novenrecht** und zur **Klageänderung** in der Hauptverhandlung die Kommentare zu Art. 229 und 230. Zum grundsätzlichen Recht einer Partei, sich **zu jeder** dem Gericht eingereichten **Stellungnahme zu äussern**, falls sie ihre Äusserungen umgehend einreicht, vgl. Art. 232 N 8 f.

Art. 229

**Neue Tatsachen
und Beweismittel**

- ¹ **In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und:**
- a. **erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven); oder**
 - b. **bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).**

Allgemeine Bestimmungen

Vorbemerkungen zu Art. 353–399*

Literatur

AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten, Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, Diss. Luzern, Zürich 2016; ARROYO (Hrsg.), Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2018; BERTI, Zur Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs von Art. 176 Abs. 2 IPRG – Bemerkungen zu BGE 115 II 390 ff., ASA Bull 1990, 105 ff.; BESSON, Arbitration and Human Rights, ASA Bull 2006, 395 ff.; BETZ, Economic crime in international arbitration, ASA Bull 2017, 281 ff.; BLESSING, Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit, in: Kellerhals (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1997, 1 ff.; BORN, International Commercial Arbitration, 2. Aufl. Kluwer 2014; CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, 217 ff.; DASSER, «Soft Law» in International Commercial Arbitration, Recueil des cours, Vol. 402, 2019, 385 ff. (zit. «Soft Law»); DASSER/GAUTHEY, La bonne foi dans l'arbitrage, ASA Bull 2015, 239 ff.; DASSER/WÓJTOWICZ, Swiss International Arbitral Awards Before the Federal Supreme Court. Statistical Data 1989–2019, ASA Bull 1/2021, 145 ff. (zit. Statistical Data 1989–2019); FURRER, Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit für die Schweiz, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), St. Gallen 2007, 625 ff.; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration: Comparative

* Der Bearbeiter dankt RA Benjamin Clément, LL.M., für die wertvolle Unterstützung bei Recherche und Überarbeitung.

and Swiss Perspectives, 3. Aufl., Zürich 2016; GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014; GROSELJ, Stay of arbitration proceedings – Some examples from arbitral practice, ASA Bull 2018, 560 ff.; HAAS/HOSSFELD, Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA Bull 2012, 312 ff.; HAAS/METTLER, Schiedsgerichtliche Streitigkeiten an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Vereinsrecht, in: Müller et al. (Hrsg.), FS Portmann, Zürich 2020, 237 ff.; HENCHOZ, Le projet de procédure civile suisse, in: Fellmann et al. (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2003, Bern 2003, 663 ff.; HENRIQUES, The role of good faith in arbitration: are arbitrators and arbitral institutions bound to act in good faith, ASA Bull 2015, 514 ff.; HUBER, Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Perspektiven und Herausforderungen, Basel 2002; HABEGGER/MASSER, Die revidierte Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules), Anwaltsrevue 2012, 175 ff.; KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, Den Haag 2004; KELLERHALS, Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in neuem Kleid – der 3. Teil des Vorentwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung, Anwaltsrevue 2003, 391 ff.; LEUENBERGER, Die neue schweizerische Zivilprozessordnung, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), St. Gallen 2007, 601 ff.; MÖHLER, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Diss Luzern, Zürich 2014; MÜLLER, Neues aus der schweizerischen Gesetzgebung zur internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ASA Bull 2006, 657 ff. (zit. Gesetzgebung); MÜLLER/PEARSON, Swiss Case Law in International Arbitration, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. International Arbitration); OETIKER/HOSTANSKY, Die neue Binnenschiedsgerichtsbarkeit – Gerichtspraxis zu Art. 353–399 ZPO, AJP 2013, 203 ff.; OETIKER/WALZ, Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland, ASA Bull 2017, 872 ff.; PETER, Gerichtsnaher Wirtschaftsmediation: ein Erfahrungsbericht, Anwaltsrevue 2012, 464 ff.; POUURET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2007; PERRET, Le projet d'une loi de procédure civile fédérale, in: FS Hirsch, Genf 2004, 435 ff. (zit. Projet); DERS., Arbitrage interne, in: Trigo Trindade/Jeandin (Hrsg.), Unification de la procédure civile. Présentation et critique de l'Avant projet de la Loi fédérale de procédure civile suisse, Zürich 2004, 133 ff. (zit. Arbitrage interne); DERS., Arbitrage interne et international: y a-t-il lieu de conserver cette distinction?, in: Jametti Greiner/Berger/Güngerich (Hrsg.), FS Kellerhals, Bern 2005, 55 ff. (zit. Arbitrage); POUURET, Présentation critique du projet de réglementation de l'arbitrage interne, in: Lukic (Hrsg.), Lausanne 2008, 235 ff.; DERS., Arbitrage interne, in: Trigo Trindade/Jeandin (Hrsg.), Unification de la procédure civile. Présentation et critique de l'Avant projet de la Loi fédérale de procédure civile suisse, Zürich 2004, 153 ff. (zit. Arbitrage interne); SALGER/TRITTMANN (Hrsg.), Internationale Schiedsverfahren. Praxishandbuch, München 2019; SCHILLIG, Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz, Zürich 2000; SCHÜTZ, Mediation und Schiedsgerichts-

barkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2009; SCHÜTZE, Institutional Arbitration, München 2013; STUTZER, Settlement Facilitation: Does the Arbitrator have a Role? The «Referentenaudienz» – the «Zürich-Way» of settling the Case, ASA Bull 2017, 589 ff.; SUTTER-SOMM, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Berti (Hrsg.), Helvetisches Zivilprozessrecht, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Basel 1999, 32 ff.; THORENS-ALADJEM, Le juge d'appui en matière d'arbitrage interne et international, ASA Bull 2017, 530 ff.; VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014; WALTER, Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit, Basel 2004; DERS., Rechtsmittel gegen Entscheide des TAS nach dem neuen Bundesgesetz über das Bundesgericht und dem Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Rigozzi/Bernasconi (Hrsg.), The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport, Zürich 2007, 155 ff.; VOGEL, Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht, ZBl 2010, 670 ff.; VOSER, New Rules on Domestic Arbitration in Switzerland, ASA Bull 2010, 753 ff. (zit. New Rules); WEHRLI, Rechtsprechung zum Schweizerischen Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1985 (zit. Rechtsprechung); DERS., Die Schiedsgerichtsbarkeit, in: Sutter-Somm/Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung: Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich 2003, 107 ff. (zit. Schiedsgerichtsbarkeit); WEIGAND/BAUMANN (Hrsg.), Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, 3. Aufl., Oxford 2019; WENGER, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2007, 401 ff. (zit. Entwurf); DERS., The new Swiss Law on Domestic Arbitration: How International is it?, in: Müller/Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2010, 55 ff. (zit. International); WIGET, Vergleich, Klageanerkennung und Klagerückzug vor Schiedsgerichten, Diss. Zürich 2008.

Materialien

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), 24.10.2018, BBl 2018, 7163 (zit. Botschaft IPRG Schiedsgerichtsbarkeit).

I. Stellenwert der Schiedsgerichtsbarkeit

Private Schiedsgerichtsbarkeit hat in der Schweiz eine lange *Tradition*. Sie wird heute als Selbstverständlichkeit wahrgenommen. Allerdings ist es bei genauerer Betrachtung überraschend, dass einem Papier mit der Unterschrift einer oder mehrerer Privatpersonen (die nicht einmal unbedingt handlungsfähig sein müssen, s. Art. 367 N 5) die gleiche Wirkung zukommen soll wie einem Urteil eines staatlichen Gerichts (Art. 387). Zusätzlich mag erstau-

nen, dass diese Privatpersonen einem bloss sehr lose gestrickten Regime unterstellt sind, das lediglich 47 Artikel umfasst und damit erheblich weniger als das Regime, dem sich staatliche Gerichte zu unterziehen haben.

- 2 Schiedsverfahren sind also Sonderfälle, die innerhalb der ZPO aus dem Rahmen fallen und deshalb zu Recht in einem eigenen 3. Teil geregelt sind. Dieser 3. Teil ist insofern neu, als es (analog zum grössten Teil der ZPO) die erste bundesrechtliche Regelung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit darstellt. Er beruht inhaltlich aber auf den bewährten Regeln des bisherigen *Konkordats vom 27.3.1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (Konkordat, KSG)* sowie des 12. Kap. des IPRG über die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und nicht zuletzt einer Fülle von Lehre und Rspr., namentlich zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, von denen der letzteren in der Schweiz ein besonderer Stellenwert zukommt.

II. Zur Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen

1. Der Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit

- 3 Schiedsgerichte sind auf einer Willenserklärung der Parteien beruhende, von privaten oder öffentlichen Rechtssubjekten eingesetzte **Privatgerichte**, welche der Erledigung von Zivilrechtsstreitigkeiten dienen. Als Schiedsgericht gilt somit ein «Spruchkörper, der durch die Parteien anstelle der normalerweise zuständigen staatlichen Gerichte zur verbindlichen Streitscheidung eingesetzt wurde» (BGer 4P.114/2006 E. 4.1; BGE 125 I 389 E. 4a). Ihre Autorität und Kompetenzen verdanken sie der *lex loci arbitri*, also dem staatlichen Recht am Sitz des Schiedsgerichts, welches unter gewissen Voraussetzungen Schiedsurteile staatlichen Urteilen gleichstellt und somit vollstreckbar werden lässt. Die *Schiedsrichter* übernehmen dabei die Aufgabe, die ihnen die Parteien übertragen haben, nicht als Vertreter des Staats, sondern als Privatpersonen (BERGER/KELLERHALS, Rz 7).
- 4 Die Autorität der Schiedsrichter beruht auf einer *Schiedsvereinbarung* der Parteien. «Unter einer Schiedsvereinbarung ist eine Übereinkunft zu verstehen, mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder künftige Streitigkeiten verbindlich unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen» (BGE 140 III 367 E. 2.2.2 m.w.N.).

2. Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit

- 5 Schiedsgerichte haben sowohl *Vor-* als auch *Nachteile*. Die Parteien müssen sich deshalb bereits bei Vertragsschluss Gedanken machen, ob das Beiziehen

Wird ein Ablehnungsgrund nach Abs. 1 lit. c erst nach Erlass des Schlusschiedsspruches entdeckt, steht künftig das Rechtsmittel der Revision zu Verfügung (Art. 396 Abs. 1 lit. d revZPO; vgl. auch BGer 4A_318/2020 E. 4.2 [zur Publ. vorgesehen]). 12

Art. 370

Abberufung

- ¹ Jedes Mitglied des Schiedsgerichts kann durch schriftliche Vereinbarung der Parteien abberufen werden.**
- ² Ist ein Mitglied des Schiedsgerichts ausser Stande, seine Aufgaben innert nützlicher Frist oder mit gehöriger Sorgfalt zu erfüllen und haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann auf Antrag einer Partei die von den Parteien bezeichnete Stelle oder, wenn keine solche bezeichnet wurde, das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht dieses Mitglied absetzen.**
- ³ Für die Anfechtung eines solchen Entscheides gilt Artikel 369 Absatz 5.**

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 353–399.

I. Abberufung durch Parteivereinbarung (Abs. 1)

Abs. 1 entspricht Art. 22 Abs. 1 KSG. Entsprechend dem Primat der Parteiautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit können die Parteien durch *gemeinsame Vereinbarung* einen oder auch alle Schiedsrichter jederzeit und voraussetzungslos abberufen. Dies gilt auch dann, wenn der betreffende Schiedsrichter nicht von einer Partei, sondern von einer dritten Stelle oder dem staatlichen Gericht als *juge d'appui* ernannt worden ist (GASSER/RICKLI, Art. 371 N 1). 1

Die Vereinbarung der Parteien zur gemeinsamen Abberufung hat in **Schriftform** zu erfolgen, soweit die Parteien in der Schiedsvereinbarung nichts Anderes vorgesehen haben. Anders als bei der Schiedsvereinbarung (Art. 358) sind also die Unterschriften beider Parteien erforderlich (Art. 13 OR; relativierend, wonach die Parteien auch eine andere Form, die Nachweis durch Text i.S.v. Art. 358 ermöglicht, vereinbaren können: BK ZPO-GABRIEL/BUHR, Art. 370 N 11 m.w.H.). 2

- 3 Allfällige Ansprüche des Schiedsrichters auf **Entschädigung** wegen Kündigung zur Unzeit (analog Art. 404 Abs. 2 OR) bleiben vorbehalten.
- 4 Die Parteien können die Abberufungsbefugnis auch einer *dritten Stelle*, insb. – über die Wahl einer Schiedsordnung – einer Schiedsinstitution, übertragen.

II. Abberufung (Absetzung) durch Gericht (Abs. 2)

- 5 Abs. 2 fasst die Abberufung nach Art. 22 Abs. 2 KSG und die *Rechtsverzögerungsbeschwerde* nach Art. 17 KSG in einer Bestimmung zusammen (Botschaft, 7397). Das Antragsrecht war unter dem alten Recht wohl zwingend (BSK ZPO-HABEGGER, Art. 370 N9). Mit der Revision des 12. Kap. IPRG von 2020 wurde Abs. 2 um einen Hinweis auf eine abweichende Vereinbarung der Parteien ergänzt («... und haben die Parteien nichts anderes vereinbart, ...»).
- 6 Die *Terminologie* ist in der deutschen und der franz. Fassung nicht ganz konsequent. Art. 370 regelt gemäss Marginale die Abberufung (*révocation*). Im Falle von Abs. 2 verwendet das Gesetz demgegenüber den traditionellen Begriff der **Absetzung** (*destitution*) im Unterschied zur Abberufung durch die Parteien gemäss Abs. 1 (ähnlich schon Art. 22 Abs. 2 KSG, wo unter dem Marginal «Abberufung» auch der «Amtsentzug» geregelt war; die ital. Fassung verwendet demgegenüber einheitlich den Begriff *destituzione*). Zur Vermeidung von Verwechslungen wird im Folgenden der Begriff der Absetzung verwendet.
- 7 *Voraussetzung* für eine Absetzung ist die **Unfähigkeit** eines Mitglieds des Schiedsgerichts, entweder «innert nützlicher Frist» seinem Amt nachzukommen oder dies mit der «gehörigen Sorgfalt» zu tun. An Letzterem fehlt es v.a. bei gravierenden Pflichtverletzungen (Brunner/Gasser/Schwander-SCHWANDER, Art. 370 N6). Die Parteien können weitere Absetzungsgründe vereinbaren (BERGER/KELLERHALS, Rz 927). Auffallend ist, dass nur von Unfähigkeit, nicht aber von *Unwillen* die Rede ist. In der Praxis sind Fälle von Unwillen häufiger. Zeit hat man immer; die Frage ist, wie sie alloziert wird. Hier helfen Abmahnungen manchmal, die Prioritäten neu zu ordnen. Es kommt auch immer wieder vor, dass ein Schiedsrichter die weitere Teilnahme am Verfahren konsequent verweigert, sobald er merkt, dass sich die anderen Schiedsrichter gegen die Partei wenden, die ihn ernannt hat. Auch in solchen Fällen der Boykottierung von Beratungen und Abstimmungen muss *in extremis* eine Absetzung möglich sein (gl.M. BSK ZPO-HABEGGER, Art. 370 N 16a m.w.Nw.). Es handelt sich dabei zumindest um Fälle *psychologischer Unfähigkeit*. Allerdings kann das Schiedsverfahren notfalls auch ohne aktive Teilnahme eines solchen Mitglieds weitergeführt werden (Art. 382 Abs. 2–4).

Antragsberechtigt sind nur die Parteien (je einzeln). Die übrigen Mitglieder des Schiedsgerichts können somit nicht gegen ein säumiges Mitglied, namentlich gegen einen überlasteten Präsidenten, vorgehen. Das betroffene Mitglied ist vor dem Entscheid anzuhören. 8

Eine Absetzung setzt weder eine Abmahnung noch ein Verschulden voraus (s. aber BSK ZPO-HABEGGER, Art. 370 N 10: vorgängige Abmahnung durch Parteien oder die anderen Schiedsrichter erforderlich). Wegen der dadurch verursachten Verzögerungen und damit auch Kosten muss eine Absetzung aber eine extreme Ausnahme bleiben. In der Regel erfolgt zunächst eine Abmahnung (TPI GE, 8. 2. 2016, bei THORENS-ALADJEM, 540 ff., 541). 9

Abs. 2 setzt keine **Frist** zur Stellung des Absetzungsbegehrens. Die Einführung einer Frist ist im Rahmen der Revision des 12. Kap. erwogen, vom Parlament aber angesichts der Unklarheit des Beginns des Fristenlaufs verworfen worden (Botschaft IPRG Schiedsgerichtsbarkeit, 7196; Amtl. Bull. StR 11. 3. 2020, 44). Allerdings ist auch hier das Gebot von Treu und Glauben zu beachten, so dass ein übermässiges Zuwarten zu einer Verwirkung führen kann (s.a. BSK ZPO-HABEGGER, Art. 370 N 13 m.w.Nw.). Bei *Rechtsverzögerung* kann das Begehren so lange gestellt werden, als eine bestehende Rechtsverzögerung noch andauert, bzw. damit gerechnet werden muss, dass es zu Rechtsverzögerungen kommt. Es genügt, wenn aufgrund objektiver Hinweise eindeutig absehbar ist, dass der Schiedsrichter nicht in der Lage sein wird, rechtzeitig tätig zu werden, insb. innert einer vorgesehenen oder angemessenen Frist den Schiedsspruch zu erlassen; die Parteien müssen nicht warten, bis eine absehbare Verzögerung auch wirklich eingetreten ist. Bei *fehlender Sorgfalt* muss *unverzüglich* nach Feststellung der Unsorgfalt ein Begehren gestellt werden, ansonsten der Anspruch auf Absetzung grundsätzlich als verwirkt gilt (ähnlich BERGER/KELLERHALS, Rz 829). Dabei sollte die Frist von 30 Tagen gem. Art. 369 Abs. 2 auch hier analog angewendet werden (dazu Art. 367 N 18). 10

Die *Kosten* des Absetzungsverfahrens können dem Schiedsrichter auferlegt werden (RUEDE/HADENFELDT, 168). 11

III. Anfechtung eines Abberufungsentscheids (Abs. 3)

Abs. 3 verweist auf die Regelung für das Ablehnungsverfahren (Art. 369 Abs. 5). Ein direktes Rechtsmittel gegen den Abberufungsentscheid ist somit nicht gegeben. 12

IV. Wirkung der Abberufung

- 13** Ein abgesetzter Schiedsrichter ist nach Art. 371 zu ersetzen, ausser die Schiedsvereinbarung fällt (ausnahmsweise) mit der Absetzung dahin (Art. 357 N 29).
- 14** Wird ein Schiedsrichter abgesetzt, so kann er den Parteien für den dadurch verursachten Schaden haftbar werden (s. Art. 364 N 11 f.).

Art. 371

Ersetzung eines Mitglieds des Schiedsgerichts

- ¹ Ist ein Mitglied des Schiedsgerichts zu ersetzen, so gilt das gleiche Verfahren wie für seine Ernennung, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder vereinbaren.
- ² Kann es nicht auf diese Weise ersetzt werden, so wird das neue Mitglied durch das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht ernannt, es sei denn, die Schiedsvereinbarung schliesse diese Möglichkeit aus oder falle nach Ausscheiden eines Mitglieds des Schiedsgerichts dahin.
- ³ Können sich die Parteien nicht darüber einigen, welche Prozesshandlungen, an denen das ersetzte Mitglied mitgewirkt hat, zu wiederholen sind, so entscheidet das neu konstituierte Schiedsgericht.
- ⁴ Während der Dauer des Ersetzungsverfahrens steht die Frist, innert der das Schiedsgericht seinen Schiedsspruch zu fällen hat, nicht still.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 353–399.

I. Voraussetzungen einer Ersatzernennung

- 1** Auslösende Sachverhalte können insb. sein: Verzicht auf Annahme eines Schiedsrichtermandates, Tod, erfolgreiche Ablehnung, Abberufung, Absetzung oder Rücktritt eines Mitglieds (bzw. mehrerer Mitglieder) des Schiedsgerichts, bzw. Ablehnung des gesamten Schiedsgerichts (Art. 368). Strittig ist, ob eine Ersatzernennung eines Parteischiedsrichters auch bei einem Rücktritt ohne wichtigen Grund zu erfolgen hat oder ob die verbleibenden Schiedsrichter das Verfahren allein fortführen können (analog Art. 382 Abs. 2; s. dazu Art. 364 N 19 f.).

central/Collin, Slg. 1979, 3423 Rz 6) – zumindest für den Fall, dass die Gerichtsstandsvereinbarung bei ihrem Abschluss unwirksam war, nach dem LugÜ aber wirksam ist; ob auch umgekehrt dasselbe gilt, ist strittig (zum Meinungsstand vgl. Dasser/Oberhammer-DOMEJ, Art. 63 N 5 mit FN 16).

Art. 407

Schiedsgerichtsbarkeit

- ¹ Die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen wurden, beurteilt sich nach dem für sie günstigeren Recht.
- ² Für Schiedsverfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, gilt das bisherige Recht. Die Parteien können jedoch die Anwendung des neuen Rechts vereinbaren.
- ³ Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Schiedsspruches in Kraft ist.
- ⁴ Für Verfahren vor den nach Artikel 356 zuständigen staatlichen Gerichten, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, gilt das bisherige Recht.

Literatur

HAAS/HOSSFELD, Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA Bull 2012, 312 ff.

Für die Beurteilung der Gültigkeit von **Schiedsabreden** statuiert Art. 407 ausdrücklich ein **Günstigkeitsprinzip**: War eine Schiedsvereinbarung bei ihrem Abschluss gültig, so bleibt sie es gem. Abs. 1 auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts; im Abschlusszeitpunkt ungültige Schiedsvereinbarungen, die nach der ZPO gültig wären, werden saniert (so auch zum Übergangsregime des IPRG etwa BSK IPRG-GEISER/JAMETTI, Art. 196 N 69 m.w.Nw.; vgl. aber BGE 119 II 177 E. 3b). Insbesondere profitieren bisher formungültige Schiedsvereinbarungen damit unzweifelhaft (mit Blick auf Gerichtsstandsvereinbarungen vgl. Art. 406 N 1 f.) von den grosszügigeren Formvorschriften der ZPO (vgl. Botschaft, 7407; BGE 140 III 367 E. 2.1). Abs. 1 kommt auch dann zum Tragen, wenn das Schiedsverfahren gem. Abs. 2 noch altem Recht unterliegt (HAAS/HOSSFELD, 314 f.).

Das **Schiedsverfahren** unterliegt dem Recht, das bei seiner Rechtshängigkeit in Kraft steht (Abs. 2; zur mitunter schwierigen Abgrenzung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 vgl. HAAS/HOSSFELD, 316 ff.). Den Parteien wird es allerdings (an-

1

2

ders als bei Verfahren vor staatlichen Gerichten) freigestellt, die **Anwendung des neuen Rechts zu vereinbaren**. Zum massgeblichen Recht für gerichtliche Hilfsverfahren vgl. Abs. 4 und dazu N 4.

- 3** Mit Blick auf **Rechtsmittel gegen Schiedssprüche** trifft Abs. 3 eine analoge Regelung zu jener, die Art. 405 Abs. 1 für Rechtsmittel gegen Entscheide staatlicher Gerichte vorsieht. Auch in Art. 407 Abs. 3 wird dabei auf das Recht abgestellt, das bei «Eröffnung» des Schiedsspruchs in Kraft ist, womit sich die im Zusammenhang mit Art. 405 Abs. 1 geschilderten Probleme auch hier stellen (vgl. dazu Art. 405 N 2). Wird ein vor Inkrafttreten der ZPO ergangener Zwischenentscheid gemeinsam mit einem nach Inkrafttreten der ZPO ergangenen (und daher nach Abs. 2 dem Rechtsmittelrecht der ZPO unterliegenden) Endentscheid des Schiedsgerichts angefochten, so soll der Zwischenentscheid nach Auffassung des BGer gleichwohl der alten Rechtsmittelordnung unterliegen (4A_424/2011 E. 1.5.2). Für die **Revision** eines Schiedsspruchs trifft die ZPO keine ausdrückliche Übergangsregelung, was so verstanden werden könnte, dass es auch hier auf die Eröffnung des Schiedsspruchs ankommt; m.E. spricht die Ähnlichkeit der Interessenlage allerdings eher für eine analoge Anwendung von Art. 405 Abs. 2 und damit für die Anwendbarkeit von Art. 396 ff. in allen Fällen, in denen das Revisionsgesuch nach Inkrafttreten der ZPO gestellt wird (a.A. Brunner/Gasser/Schwander-STACHER, Art. 407 N 6).
- 4** Für **Hilfsverfahren vor staatlichen Gerichten**, die bei Inkrafttreten bereits hängig sind, gilt nach Abs. 4 das bisherige Recht, was sich an sich auch schon aus Art. 404 Abs. 1 ergäbe; insofern hat die Bestimmung wohl nur klarstellenden Charakter. Die Möglichkeit einer Vereinbarung der Geltung neuen Rechts besteht hier (anders als nach Abs. 2 im Schiedsverfahren selbst) nicht. Wird das Hilfsverfahren nach Inkrafttreten der ZPO rechtshängig gemacht, so unterliegt es neuem Recht, und zwar auch dann, wenn das Schiedsverfahren selbst noch nach altem Recht geführt wird.

KURZKOMMENTAR

ZPO

ISBN 978-3-7190-4013-0



9 783719 040130