

# Zivilprozessrecht

Professor Dr. iur. Thomas Sutter-Somm  
Vorlesungsnotizen von Jonas Achermann

---

8. November 2005

## § 1 Einleitung

### I. Ziel der Lehrveranstaltung

Bestehen der Prüfung.

Der Referent weist darauf hin, die Terminologie und die verschiedenen Rechtsinstitutionen vorab gut zu lernen

### II. Arbeitsmateriale für die Vorlesung Zivilprozessrecht

Der Reader steckt das unabdingbare Grundwissen ab.

Daneben ist eine Zivilprozessordnung notwendig

Ein Buch hingegen ist nicht notwendig.

### III. Zum Aufbau der Vorlesung

Die Vorlesung ist nicht wie ein Lehrbuch aufgebaut. Gewisse Abschnitte werden zum Selbststudium aufgegeben.

### IV. Die Ausgangslage für einen konkreten Zivilprozess

Streitige zivilrechtliche Rechte und Rechtsverhältnisse

**Ausgangspunkt** eines zivilrechtlichen Prozesses ist immer **ein zivilrechtliches Recht oder ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis**, weil die Selbstjustiz und -durchsetzung ja nicht erlaubt ist. Im Zivilprozess ist oftmals die Kernsache die genaue Feststellung des Sachverhaltes, da der Sachverhalt meist umstritten ist.

#### Freiwillige Gerichtsbarkeit

Im Zivilprozessrecht gibt es auch Vorgänge, wo nur ein Einzeler Partei ist. Ein Einzeler wendet sich an das Gericht, damit das Gericht gewisse Schritte einleitet. Das Zivilgericht hat somit auch gewisse Administrativaufgaben. Z.B. Verschollenerklärung.

#### Abgrenzung öffentliches Recht - Privatrecht

Zivilprozessrecht ist eigentlich **öffentliches Recht**, das aber dazu dient, Privatrecht durchzusetzen. Deswegen kann es einige Schnittstellen geben.

#### Abgrenzungen

##### *Schiedsgerichtsbarkeit*

Schiedsgerichte sind Instanzen, die eingesetzt werden, wenn die Parteien eine öffentliche Verhandlung vermeiden wollen und sich auf ein Schiedsgericht einigen können. Schiedsgerichte sind eine teure Angelegenheit. Das Schiedsgericht kann nur über Dinge verfügen, über welche die Parteien auch selbst verfügen könnten.

## *Strafprozess (Adhäsionsprozess)*

Ausnahmsweise werden zivilrechtliche Forderungen direkt in einem Strafprozess geltend gemacht (z.B. Schadenersatzklage).

## *Verwaltungsgerichtliches Verfahren*

Bei öffentlich-rechtlichen Verfügungen kommt ein verwaltungsgerichtliches Verfahren zum Zug. Dies hat mit dem Zivilprozessrecht nichts mehr zu tun

## Wieso kommt es zu einem Zivilprozess? Beispiele:

- Schuldner zahlt nicht (provisorische Rechtsöffnung gescheitert oder zum vornherein aussichtslos)
- Schuldner hat sich zu einer **persönlichen Leistung/ zu einer Sachleistung/ zu einem Unterlassen** verpflichtet (Vorgehen mittels SchKG nicht möglich, vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG)
- Schuldner hat sich zu einer Sachleistung verpflichtet und bestreitet diese Verpflichtung

Es gibt bestimmte Bereiche, wo der Zivilprozess nicht die günstigste Durchsetzungsmöglichkeit darstellt. z.B. bei Geldforderungen. Ein SchKG-Verfahren wird viel rascher und kostengünstiger abgewickelt.

## V. Sinn und Zweck des Zivilprozesses

- Durchsetzung eines behaupteten Rechtes im weitesten Sinn
- Wahrung der objektiven Rechtsordnung und Verwirklichung des materiellen Rechts (Generalprävention: das Bewusstsein, dass man schlussendlich trotzdem leisten muss, da die Gegenpartei ansonsten einen teureren Zivilprozess anstrengen wird)
- Wahrung des Rechtsfriedens (Eine Streitsache wird beigelegt)

## VI. Risiken des Zivilprozesses

- Geld
  - Gerichtskosten (Kosten, welche das Gericht auferlegt)
  - Parteikosten (Anwaltskosten)

Das Risiko trägt primär derjenige, welcher den Prozess verliert.

- Zeit
  - Verfahrensdauer
  - Faktische Benachteiligung desjenigen, der "etwas will"
  - Ärger (Zivilprozess und Gerechtigkeit?)

Es lohnt sich also nicht, einen Zivilprozess zu führen wegen irgendeiner Bagatelle. Im Ausnahmefall wird der Zivilprozess aber der raschen Vollstreckbarkeit willen auch erleichtert, z.B. "sozialer Prozess" zur Einforderung des Arbeitslohnes (vgl. OR 343). Spezialbestimmungen in Bundesgesetzen (z.B. OR/ZGB), welche das Verfahren beschleunigen sollen.

## VII. Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren

In der Regel geht es im Zivilprozess um **Erkenntnis des Sachverhaltes**, ausnahmsweise um **Vollstreckung von Realforderungen**

## VIII. die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts, die Rechtsquellen im Einzelnen, Rechtsvergleich

### 1. Die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts seit 1848 bis zur Gegenwart

Im Rahmen der Verfassungsrevision (Justizreform) ist es gelungen, eine Verfassungskompetenz für eine einheitliche Zivilprozessordnung als Bundesgesetz zu schaffen. Fraglich ist jetzt allerdings noch, was Inhalt dieser Zivilprozessordnung sein soll. Bis eine solche nationale Zivilprozessordnung bestehen wird, wird es somit noch ein Zeitchen dauern.

### 2. Die Rechtsquellen des Schweizerischen Zivilprozessrechts im Einzelnen

#### a) Ausgangslage

**Die ZPOs werden nach wie vor von den Kantonen erlassen**, sie sind **primäre Rechtsquelle**. Es gibt jedoch höherwertige Normen, welche sich direkt auf das kantonale Zivilprozessrecht auswirken. Dies sind:

#### b) Verfassungsrecht, inkl. EMRK ("Verfassungszivilprozessrecht")

- *Art. 122 BV* (Künftig wird das Zivilprozessrecht eine **Bundeskompetenz** sein)
- *Art. 6 EMRK* (vgl. dazu BGE 118 Ia 473 ff.: Es muss ein Gericht in jeder Angelegenheit urteilen, dass in **Rechts- und Sachfragen** (Sachverhalt) frei überprüfen kann.)
- *Art. 29 BV* (Umsetzung von Art. 6 EMRK in der BV)
- *Art. 30 BV* (Umsetzung von Art. 6 EMRK in der BV)

#### c) Bundesgesetze (wichtige Anwendungsfälle, nicht abschliessend)

Gewisse materielle Bundesgesetze enthalten auch wichtige formelle verfahrensrechtliche Vorgaben

- *ZGB*
  - Art. 135-149 ZGB (Scheidungsrecht, der Referent legt dieses Artikel ans Herz)
  - weitere...
- *OR*
  - Art. 343 Abs. 2-4 OR (sozialer Prozess)
  - weitere...
- *GestG (Gerichtsstandsgesetz)*

Bundesgesetz, das eigentlich nichts anderes regelt als die behördliche Zuständigkeit, den Ort des Prozesses. Das Gerichtsstandsgesetz gilt nur national, für internationale Zivilprozesse kommen andere Rechtsnormen zur Geltung.

#### d) Ungeschriebenes Bundeszivilprozessrecht (durch Bundesgerichtspraxis entwickelt).

Darüber hinaus gibt es einige ungeschriebene Rechtsinstitute, welche das Bundesgericht zu Bundesrecht erhoben hat.

- **Einrede der abgeurteilten Sache (BGE 118 II 481)**: Eine bestimmte Angelegenheit ist gerichtlich bereits definitiv abgeschlossen worden und kann nicht mehr weitergezogen werden. Möglichkeit in der gleichen Angelegenheit erneut einen Prozess aufzurollen? Frage der Identität des Streitgegenstandes. Ob eine Rechtsfrage schon mal definitiv abgeurteilt worden ist, ist Sache des Bundesrechts
- **Sperrwirkung der Rechtshängigkeit (BGE 114 II 186, vgl. jetzt Art. 35 GestG)**: Beantwortung der Frage, ob ein Prozess geführt wird in der gleichen Sache. Ab einem bestimmten definierten Zeitpunkt gibt es eine Sperrwirkung der Rechtshängigkeit; ein Fall kann nicht mehr gleichzeitig von einem anderen Gericht beurteilt werden, weil es sinnlos ist, über die gleiche Sache zweimal einen Prozess zu führen. Jetzt überführt worden in geltendes Gesetz. Eigentlich gleiche Problematik wie oben, einfach gleichzeitig
- **Feststellungsklage (BGE 110 II 335)**: Es geht um die spezielle Klageart der Feststellungsklage. Die Frage ist, wann die Feststellungsklage zulässig ist oder nicht. Das Verhältnis zu anderen Klagen wird hier erörtert. Das Institut der Feststellungsklage hat das Bundesgericht auf eine bundesrechtlichen Ebene gehoben.

- **Unbezifferte Forderungsklage (BGE 114 II 256):** Gewisse Zivilprozessordnungen erfordern ganz genau bezifferte Forderungsklagen. Jedoch gibt es bestimmte Bereiche, wo dies Kläger nicht zuzumuten ist (z.B. die Schadensbeeinträchtigung ist noch nicht bezifferbar/dauert noch an). Das Bundesrecht garantiert hier das Institut der unbezifferten Forderungsklage, wenn ein rechtliches Interesse dazu besteht. die Kantone müssen diese unbezifferte Forderungsklage zulassen.
- **Stufenklage (BGE 123 III 142, 116 II 219)** Eine Partei ist gar nicht in der Lage, ihren Anspruch zu beziffern, weil man dazu auf besondere Information der anderen Partei angewiesen wäre, auf welche man ein Anrecht hätte. Auch das Institut der Stufenklage wird vom Bundesgericht garantiert.

15. November 2005

- **Keine Verwirkung des Klagerechts mangels Prosequierung des Akzessscheins:** In gewissen Kantonen muss man gewisse Streitigkeiten obligatorisch vor einem Friedensrichter austragen, der keine Entscheidungskompetenz hat. Kommt es in diesem Schlichtungsverfahren zu keiner Einigung, stellt der Zivilrichter ein Akzessschein aus, der sozusagen "Ticket" für den Zivilprozess darstellt. Wenn dieser Akzessschein nicht innert Frist bei der nächsten Instanz eingereicht wurde, dürfen die kantonalen Zivilprozessordnungen eine erneute Klageeinreichung nicht verbieten.

Das Bundesgericht tritt in gewissen Bereichen somit sozusagen als Gesetzgeber auf. Das Bundesgericht hat relativ ungehemmt ungeschriebenes Bundeszivilrecht geschaffen, somit eigentlich streng genommen, die Kantonskompetenz verletzt.

#### e) Interkantonales Recht

Es gibt auch interkantonale Regelungen über den Zivilprozess. z.B:

- Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit.
- Konkordat über die Vollstreckung von Zivilurteilen.
- Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen.

Problematisch ist die Tatsache, dass gleiche Rechtsinstitute in den Kantonen andere Namen tragen.

#### f) Kantonales Recht

Die wichtigste kantonalen Normen zum Zivilprozessrecht stellt eindeutig die **kantonale ZPO** dar, daneben finden sich aber auch relevante Bestimmungen und Normen:

- Kantonsverfassung
- Gerichtsverfassungsgesetz/Gerichtsorganisationsgesetz (GVG, GOG)
- Einführungsgesetz zum ZGB (EG ZGB)
- Kantonale Verordnungen

Schlussendlich ist die Frage umstritten, wo Zivilprozessrecht einzuordnen ist. Zwar gibt es noch eine kantonale Kompetenz, doch viele Fragen werden vom Bundesrecht vorgegeben. Insofern ist das Zivilprozessrecht momentan eine **Mischform zwischen Bundes- und Kantonsrecht**. Bundesrechtliche Regelungen hat es im Bundesrecht schon immer gegeben (z.B. Normen in materiellen Bundesgesetzen wie ZGB 9). Der Umfang von bundesrechtlichen Normen für den Zivilprozess hat aber im Laufe der Zeit stetig zugenommen.

#### Die strukturellen Unterschiede der bundesrechtlichen Normen

Bundesrechtliche Normen kann man in zwei Kategorien einteilen:

**Abschliessende bundesrechtliche Normen**, bei deren Regelungsbereich die Kantone in der Folge **keinen Spielraum** mehr haben. Ein klares Beispiel für eine abschliessende bundesrechtliche Norm, ist die *Regelung der Parteifähigkeit*. Die Parteifähigkeit ist prozessrechtliches Abbild der Rechtsfähigkeit. An dieser Definition gibt es vom kantonalen Gesetzgeber nicht mehr zu rütteln.

**Bundesrechtliche Rahmenvorschriften/Mindeststandards:** z.B. OR 343 (Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes zu ermitteln); ZGB 138 I (In einem Scheidungsprozess kann man in oberen Instanzen erneut Sachverhaltsfragen einbringen). Die Kantone haben über deren Regelungsinhalt hinaus einen **Spielraum** und dadurch entstehen unterschiedliche Regelungen von Kanton zu Kanton. Ein klares Beispiel für eine bundesrechtliche Rahmenvorschrift wäre ZGB 10, die besagt "Wo das Bundesrecht für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts keine besondere Form vorsieht, darf das kantonale Recht auch für die Beweisbarkeit des Rechtsgeschäfts eine solche nicht vorschreiben". Dies ist eine Rahmenvorschrift, darüber hinaus, ist der kantonale Gesetzgeber für das übrige Beweisrecht zuständig.

### *Das Problem der "Rechtszersplitterung" im "Schweizerischen Zivilprozessrecht"*

Die Situation in der Schweiz ist einzigartig in der Welt. Prozessieren in der Schweiz kann eine heikle Angelegenheit darstellen, weil je nach Kanton unterschiedliche Zivilprozessregelungen gelten können.

Die Lösung dieser Rechtszersplitterung ist eine **Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechtes** durch ein Bundesgesetz (Die Bundeskompetenz dazu wurde im Rahmen der **Justizreform** geschaffen). *Das Bundesgesetz für Zivilverfahren*, welches aus dieser Kompetenz entstehen soll ist aber **nur vor kantonalen Instanzen anwendbar**. Bei Prozessen auf Bundesebenen gelten andere Prozessordnungen (vor Bundesgericht z.B. das OG).

## 3. Die Rechtsquellen de lege ferenda

### *a) Der Vorentwurf zu einer Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Juni 2003 mit Begleitbericht und das Konzept*

Eine gesamtschweizerische Zivilprozessordnung (Bundesgesetz für Zivilverfahren) ist in Vorbereitung. Mit der Entstehung dieses neuen Gesetzes, mussten auch viele politische Fragen geklärt werden (z.B., wieviel Sachverhaltsfragen vor späteren Instanzen noch eingebracht werden dürfen). Wichtig ist, dass man unterscheidet zwischen Verfahren auf Bundesebene (OG) und auf Kantonsebene (ZPO), weil dafür andere Gesetze gelten (siehe oben.). Die neue Zivilprozessordnung soll gemäss Fahrplan im Jahre 2010 in Kraft treten.

### *b) Ein einheitliches Europäisches Zivilprozessrecht?*

Der Vorentwurf für ein einheitliches Zivilprozessrecht ist nach Meinung des Referenten gestorben, da läuft nichts mehr.

## 4. Rechtsvergleich und historischer Hintergrund

In allen Ländern gab es andere Rechtsentwicklungen.

## 5. Das Internationale Zivilprozessrecht (Hinweis)

Das internationale Zivilprozessrecht ist ein eigenständiger Rechtsbereich

Bei der Behandlung von Sachverhalten mit ausländischem Bezug, stellen sich grundsätzlich drei Fragen:

1. **Wo ist der Gerichtsstand?** (Die Antwort findet sich primär im Staatsvertrag mit dem betreffenden Land, sekundär im IPRG)
2. **Welches ist das anwendbare Verfahrensrecht/materielle Recht?** (Welche materielle/formelle Rechtsordnung ist anwendbar? primär findet sich hier die Antwort ebenfalls im Staatsvertrag mit dem betreffenden Land, sekundär IPRG. Faustregel: *lex fori*: Für das Verfahrensrecht gilt das Recht am Ort des Gerichtes.)
3. **Unter welchen Voraussetzungen wird dieser Entscheid vom Ausland anerkannt und vollstreckt?**

## § 2 Die Gerichte und ihre Zuständigkeit

### I. Organisationsautonomie der Kantone: Organisation der Gerichte

#### 1. Grundsatz

Grundsätzlich sind **die Kantone zuständig für die Organisation der Gerichte**, von diesem Grundsatz gibt es jedoch einige Ausnahmen und Relativierungen.

## 2. Ausnahmen/Relativierung des Grundsatzes

Um Kosten zu sparen werden in vielen Kantonen auch Verwaltungsbehörden als Gerichtsinstanzen bezeichnet. Aufgrund dieser Vorgehensweise hat sich eine bundesrechtliche Vorgabe für die Organisation der Gerichte entwickelt:

Ab 1992 kam es im Kontext mit den Vormundschaftsverfahren zur Auffassung, dass ein freies Gericht die Sachverhaltsfeststellungen einer Behörde zu überprüfen hat, um den **internationalen Grundrechtsanforderungen (EMRK 6)** zu genügen. Weil die Feststellung von Sachverhalt nicht in erster Linie die Aufgabe des Bundesgerichtes ist, genügt *eine* kantonale Rechtsinstanz nicht, wenn sie als Behörde ausgestaltet ist. **Kantone müssen also einen doppelten Instanzenzug vorsehen, sofern sie Behörden als Instanz bezeichnen.**

Es sind also gewisse bundesrechtliche Vorgaben vorhanden, die Kantone haben nicht volle Kompetenz bei der Organisation ihrer Gerichte.

### *Bundesrechtliche Beschränkung auf eine einzige kantonale Instanz*

Es gibt gewisse Bereiche, wo das Bundesgericht wieder vorsieht, dass die Kantone nur eine Instanz haben dürfen. In Teilbereichen, wie z.B. Gebiete des immateriellen Eigentumsrechts. Dies hat der Grund darin, dass es sehr wenige solche Streitfälle gibt und deren Bearbeitung Fachwissen voraussetzt. Das spezielle Verfahrenswissen soll mit dieser bundesrechtlichen Vorschrift an einer Stelle konzentriert werden (vorwiegend sind die oberen Instanzenstellen von Kantonen mit diesen Teilbereichen betraut).

### *Beispiele für Instanzenzüge (Skript Folien 33/34)*

*Luzern:*

Der Friedensrichter wurde eingerichtet, für die Vermeidung von Prozessaufwand und hohen Prozesskosten. Amtsgericht als erste Instanz in Zivilsachen. Obergericht als zweite Instanz.

*Zürich:*

In Zürich gibt es nach dem Obergericht als dritte Instanz noch das Kassationsgericht, welches eigentlich keine andere Aufgabe hat, als zu kontrollieren, ob das Obergericht Verfahrensrecht richtig eingehalten hat (also nur Verfahrensfragen, keine Sachverhaltsfragen). Dieses Kassationsgericht dient eindeutig zur Entlastung des Bundesgerichtes. Daneben gibt es neben dem üblichen Instanzenweg auch noch das Handelsgericht, welches sich mit speziellen Rechtsfragen im Handelsrecht befasst.

### *Wahl der Richter und Richterinnen*

Es gibt unterschiedliche Verfahrenswege zur Wahl der Richterinnen und Richter. **Volks-** oder **Parlamentswahl**. Die Voraussetzung sind zur Wählbarkeit zum Richteramt auf kantonaler Ebene teilweise qualifizierter als auf Bundesebene (Wo die einzige Voraussetzung ist, dass man in den Nationalrat wählbar ist).

## II. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit

### 1. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit **bestimmt, welches Verfahren vor welchem Gericht ausgetragen wird.**

#### *a) Rechtsquellen*

Ausschlaggebend für die sachliche Zuständigkeit ist **kantonales Recht**, ausnahmsweise Bundesrecht, wenn es zum Beispiel nur eine Instanz vorsieht (siehe oben).

#### *b) Ordentliche Zivilgerichte der ersten und zweiten Instanz (Gerichtspräsident als Einzelrichter, Kollegialgerichte)*

Die Anzahl der Richter, welche einen Fall beurteilen, hängt regelmässig vom **Streitwert** ab. Bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren geht die Tendenz dahin, einzelne Richter zu entscheiden zu lassen, um das Verfahren zu beschleunigen.

Ob einzelne oder mehrere Richter eine Sache beurteilen, hängt vom Vertrauen des kantonalen Gesetzgebers ab, das von Kanton zu Kanton durchaus variiert.

### c) Besondere Zivilgerichte

Besondere Zivilgerichte sind keine Ausnahmegerichte (welche in der BV verboten werden). Die Idee von besonderen Arbeitsgerichten besteht darin, dass Experten miturteilen können. Häufig sind Miet- und Arbeitsgerichte. Familiengerichte dagegen sind Zukunftsmusik und erst in St.Gallen vorhanden.

### d) Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit durch Parteivereinbarung (Kompromiss)

Nach Massgabe der kantonalen Rechtsordnung ist es möglich, **im Rahmen eines Kompromisses die sachliche Zuständigkeit abzuändern** (z.B. einen statt drei Richter mit der Sache zu beschäftigen). Eine solche Abänderung der sachlichen Zuständigkeit setzt aber das Einverständnis beider Parteien voraus.

## 2. Funktionelle Zuständigkeit

Bei der funktionellen Zuständigkeit geht es um die **Aufteilung von bestimmten Verantwortlichkeiten auf bestimmte Personen in der gleichen Sache**.

*Prozessinstruktion:* Richter welcher den Prozess instruiert, sozusagen der Regisseur. Verantwortlich dafür, dass das Verfahren vorwärts geht. Das Instrument ist die prozessleitende Verfügung, z.B. Verfügungen zur Fristansetzung bei Beweisführungen. Der Instruktionsrichter ist zuständig für die Fortführung/Abschliessung des Prozesses. In der Regel wird der Gerichtspräsident als Instruktionsrichter bezeichnet (ZPO/LU 16)

## 3. Schiedsgerichtsbarkeit

Es gibt ein Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit.

Schiedsgerichte sind Gerichte wie andere auch, aber **privat**. Schiedsgerichtsurteile können vollstreckt werden, wie staatliche Urteile, wenn sie nicht angefochten werden. Das Verfahren läuft nach der betreffenden Schiedsgerichtsordnung (was im wesentlichen nicht zwingendes Recht ist. Die Parteien können die Regeln selber abändern).

**Grundvoraussetzung** für ein Schiedsgericht ist die **Schiedsfähigkeit**, d.h. die **Verfügbarkeit des streitigen Rechts** von den Parteien. Es ist nicht möglich durch Vereinbarung oder Statuten ein Schiedsgericht einzusetzen, wenn die Streitsache nicht schiedsfähig ist. Scheidungen und streitige Kindesverhältnisse z.B., sind nicht schiedsfähig, weil die Parteien nicht selbstständig über Scheidungen, resp. Kindesverhältnisse verfügen können. Auch die die güterrechtliche Auseinandersetzung ist nach Meinung des Referenten keine schiedsfähige Sache.

Auf der anderen Seite ist eine Streitigkeit im Zusammenhang mit einer Erbschaft oder ein Baustreit schiedsfähig, weil man über die Erbschaft oder die Bausache selbstständig verfügen kann.

Die Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich unterscheiden zwischen **nationaler** (kaum von Bedeutung, Regelung nach Konkordat) und **internationaler** (sehr bedeutungsvoll, weil die Schweiz im Gegensatz zu anderen Ländern die Schiedsgerichtsbarkeit relativ liberal regelt, im IPRG geregelt) Schiedsgerichtsbarkeit.

---

22. November 2005

## III. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtstand, Forum)

### 1. Begriff des Gerichtsstandes (Forum)

Die örtliche Zuständigkeit ist eine **Prozessvoraussetzung**. Die Konsequenz einer falschen Zuständigkeit wäre ein **Nicht-eintretensentscheid** des fehlerhaft bezeichneten Gerichtes. Die Kenntnis des Gerichtsstandes kann viel Kosten, Zeit und Mühen ersparen. (Ausnahme vorbehaltlose Einlassung, siehe Punkt 5)

## 2. Rechtsquellen des Gerichtsstandsrecht

Grundsätzlich Art. 30 II BV: **Dort, wo der Beklagte Wohnsitz hat**. Das Gesetz kann jedoch ausnahmen vorsehen;

Hauptquelle: **Bundesgesetz über den Gerichtsstand von Zivilsachen** (Gerichtsstandsgesetz, GestG):

- Das Gerichtsstandsgesetz gilt nur für **Zivilsachen** und regelt **keine internationale Verhältnisse**.
- Das Gerichtsstandsgesetz wird in der künftigen Schweizerischen ZPO Bestandteil werden.

## 3. Aufbau des Gerichtsstandsgesetzes (GestG)

Beispiel vorsorgliche Massnahmen:

Die vorsorglichen Massnahmen sind in GestG 33 geregelt. Vorsorgliche Massnahmen sind Massnahmen, die aus Sicht des Klägers keinen Aufschub durch einen Prozess dulden können. Das Schlussurteil wird dabei nicht gesetzt, sondern lediglich aufgeschoben. z.B. ZGB 137, vorsorgliche Massnahmen während dem Scheidungsprozess

Das GestG regelt nicht die Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahme, sondern **lediglich der Gerichtsstand**.

## 4. Der allgemeine Gerichtsstand

Grundprinzip: **Der Kläger muss den Prozess am Wohnsitz des Beklagten führen**. (GestG 3 I)

Der Wohnsitz wird durch ZGB 23 und der Sitz der juristischen Person in ZGB 56 definiert. Achtung Ausnahme: Für Personen ohne Wohnsitz gilt nicht die Perpetuierung des Wohnsitzes nach ZGB 24 I sondern der gewöhnliche Aufenthaltsort (GestG 4 I) als Gerichtsstand.

## 5. Zwingende und nicht zwingende Gerichtsstände

Bei einem **“zwingenden Gerichtsstand”** ist der Ort des Prozesses unveränderlich festgelegt (GestG 2 II). Ein Gerichtsstand ist nur dann zwingend, wenn das Gesetz das Wort **“zwingend”** ausdrücklich erwähnt (GestG 2 I).

Bei **nicht zwingenden Gerichtsständen** (z.B. GestG 19/20) gilt folgende Regel: Wenn der Kläger am falschen Ort klagt, kommt die **vorbekhaltslose Einlassung** gemäss GestG 10 zum Zuge. Wenn der Beklagte nichts an der örtlichen Zuständigkeit auszusetzen hat, wird trotzdem eine Zuständigkeit begründet. Es wird also mangels Einrede des Beklagten ein zuständiges Gericht geschaffen. Bei nicht zwingenden Gerichtsständen können sich die Parteien gemeinsam auch auf einen anderen Gerichtsstand einigen (GestG 2 II et contrario).

Bei **relativ zwingenden Gerichtsständen** ist die vorbekhaltslose Einlassung nicht möglich, doch die Parteien können gemeinsam einen anderen Gerichtsstand vereinbaren (Vgl. GestG 21 I)

**Ausschliessliche** Gerichtsstände sind nur an *einem* bestimmten Ort definiert, bei **alternativen** Gerichtsständen gibt es mehrere Möglichkeiten. Ausschliesslicher Gerichtsstand muss nicht bedeuten, dass es sich um einen zwingenden Gerichtsstand handelt. Diese Unterscheidung orientiert sich ausschliesslich an der Erwähnung der Anzahl Gerichtsstände im Gesetz. So gibt es auch alternative Gerichtsstände die zwingend sind.

## 6. Vereinbarter Gerichtsstand (Forum prorogatum)

Nach GestG 9 können die Parteien sich auch auf einen beliebigen Gerichtsstand einigen.

Voraussetzung: Es darf kein zwingender Gerichtsstand vom Gesetz vorgesehen sein.

Dieser vereinbarte forum prorogatum ist ein **ausschliesslicher Gerichtsstandort**, sofern nichts anderes vereinbart ist (GestG 9 I)

Die Gerichte haben jedoch die Möglichkeit ihre Zuständigkeit zu ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist (GestG 9 III).

## 7. Besondere Gerichtsstände

Besondere Gerichtsstände sind **Art. 12 bis 32 Gerichtsstandsgesetz** geregelt.

Der Aufbau der besonderen Gerichtsstandsnormen 12-32 GestG geht genau nach der Abfolge des nationalen Privatrechtes (ZGB, OR). Das Gesetz sieht keinen Gerichtsstand des Erfüllungsortes für vertragsrechtliche Streitigkeiten vor.

## IV. Der Instanzenzug

Man kann unterscheiden zwischen dem innerkantonalen Instanzenzug und dem Instanzenzug an das Bundesgericht.

### 1. Der innerkantonale Instanzenzug (und kantonale Rechtsmittel)

Der innerkantonale Instanzenzug und deren Rechtsmittel regelt die kantonale ZPO. Z.B. im Kanton Luzern ist das wichtigste Rechtsmittel die *Berufung* (Apellation) neben der *Beschwerde*.

### 2. Der Instanzenzug an das Bundesgericht (und bundesrechtliche Rechtsmittel)

Der Instanzenzug an das Bundesgericht ist geregelt durch das OR (Art. 43 ff.), das in einigen Jahren durch das BGG (Bundesgerichtsgesetz) abgelöst wird. Das Rechtsmittel (für zivilrechtliche Sachen) ist in erster Linie die *staatsrechtliche Beschwerde*.

## V. Unabhängigkeit der Gerichte

### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Art. 30 Abs. 1 BV.

### 2. Ausstandsregeln für Richter und Richterinnen

Die Richter haben eine *Pflicht zur Offenlegung*. Sie müssen also von sich aus in den Ausstand treten, sollten sie der Gefahr einer Befangenheit nahe treten.

Sollten diese Ausstandsregeln nicht eingehalten werden, kann das Urteil durch *Revision* angefochten werden, und der Prozess neu aufgerollt werden.

## § 3 Die Parteien

### I. Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit ist eine **Prozessvoraussetzung**. Fehlt die Parteifähigkeit, wird das Gericht nicht auf die Klage eintreten. Die Parteifähigkeit ist somit eine formelle Prozessfrage.

### 1. Parteifähigkeit als Reflexwirkung des materiellen Rechts

Parteifähigkeit ist **prozessuales Abbild der Rechtsfähigkeit**: Siehe ZGB 11, 53. Sie bedeutet die **Fähigkeit, in einem Prozess als Partei (Kläger, Beklagter) zu sein**.

### 2. Sonderfälle ("pathologische Fälle")

**Ausnahmefälle**, von Institutionen, die zwar keine juristischen Personen und damit nicht rechtsfähig sind, aber dennoch parteifähig ergeben sich aus dem Bundesrecht:

- Kollektivgesellschaft: OR 562
- Kommanditgesellschaft: OR 602
- Stockwerkeigentümerschaft: ZGB 712 I II
- unverteilter Nachlass, soweit er nach SchKG 49 betrieben werden kann. (nur als Beklagter)

## II. Prozessfähigkeit

### 1. Prozessfähigkeit als Reflexwirkung des materiellen Rechts

Die Prozessfähigkeit ist **prozessuelles Abbild der Handlungsfähigkeit**. Siehe ZGB 12 ff., 54 ZGB. Die Rechtsfähigkeit ist die **Fähigkeit, in einem Prozess als Partei rechtswirksam zu handeln**.

### 2. Sonderfälle

Das materielle Recht drückt hier ebenfalls gewisse Ausnahmen durch. Z.B. Personen, die nicht voll handlungsfähig sind und dennoch wirksam Prozesshandlungen vornehmen können (z.B. Lehrling der über sein Einkommen verwalten darf, ZGB 323.)

## III. Postulationsfähigkeit

### 1. Regel

Die Postulationsfähigkeit ist die **Befugnis, wirksam Prozesshandlungen vorzunehmen** (wie z.B. Anträge zu stellen oder Rechtsmittel einzulegen). Im Grunde ist die Postulationsfähigkeit mit der Prozessfähigkeit gegeben. In Ausnahmefällen gibt es also Parteien ohne Postulationsfreiheit, weil die Parteifähigkeit fehlt. In gewissen Ländern ist jedoch ein Anwalt als Vertreter der Parteien vorgeschrieben (z.B. in Deutschland). Die Postulationsfähigkeit könnte in solchen Fällen also zum Problem werden, wenn jemand keinen Anwalt hat, weil er dann keine Prozesshandlungen vornehmen kann.

### 2. Gesetzliche Vertretung

Der gesetzliche Vertreter ist Postulationsfähig für ein unmündiges Kind als Partei in einem Prozess.

### 3. Vertragliche Vertretung

Bei der vertraglichen Vertretung, heuert man eine Person an (in aller Regel ein Anwalt), welche befugt wird, im Rahmen des Zulässigen die Interessen des Auftraggebers im Zivilprozess zu wahren. Diese Person bekommt die Vollmacht den Prozess für die Partei zu führen, wird also postulationsfähig (ist aber nicht selber prozessfähig, weil er nicht Partei des Prozesses ist). Hier ist die Form des **Auftrages** gegen Entgelt oder der **Vollmacht** möglich.

### 4. Berufsmässige Vertretung

Dies ist der Regelfall der vertraglichen Vertretung, weil in der Schweiz vorgeschrieben ist, dass alle Leute, die Prozessparteien vertreten, ein Anwaltspatent besitzen müssen.

## IV. Anwaltsrecht

### 1. Die Zulassung als Anwalt/Anwältin ("Patent")

Es gibt **fachliche** (objektive) Voraussetzungen und **persönliche** (subjektive) Voraussetzungen zur Zulassung als Anwalt/Anwältin.

### 2. Die Freizügigkeit

Das Anwaltspatent soll in **allen Kantonen** gelten (Art. 4 Eidg. Anwaltsgesetz). Ein Anwalt soll nicht in jedem Kanton eine neue Auftretensbewilligung verlangen müssen.

### 3. Das Rechtsverhältnis zum Klient/ zur Klientin

Es handelt sich um ein **entgeltliches Mandat** (vgl. OR 394 III).

## 4. Wahrung des Berufsgeheimnisses

Der Anwalt unterliegt einer Schweigepflicht. Gemäss Strafgesetzbuch hat er eine Pflicht zum Schweigen, wenn es um persönliche Informationen seiner Klienten geht. Das Eid. Anwaltsgesetz konkretisiert diese Schweigepflicht durch eine Möglichkeit der Entbindung durch den Geheimnissherrn.

Wenn der Anwalt von der Schweigepflicht entbunden wird, ist er jedoch dennoch nicht gezwungen auszusagen. Die Anwaltslobby konnte diese Regelung durchsetzen.

## 5. Standesrecht und Sanktionen

Die Anwälte unterliegen einem Standesrecht: Sie dürfen z.B. keine Reklame machen, keine Studenten abwerben, keine abfällige Äusserungen gegenüber anderen Anwälte äussern. Konsequenz kann im schlimmsten Fall das Berufsverbot sein.

## 6. Die Entschädigung der Anwälte und Anwältinnen.

Es gibt kantonale Tarife, die gelten, falls keine Entschädigung vereinbart wurde (z.B. Zürich 500 Fr./h!)

Das Erfolgshonorar ist verboten (vgl. Art. 12 Bst. e Eidg. Anwaltsgesetz)

## V. Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis

### 1. Aktivlegitimation

Der Aktivlegitimierte **ist derjenige, der befugt ist, zu klagen**. Die Aktivlegitimation wird im materiellen Recht geregelt.

Es geht um die materielle Frage, wer der Berechtigter ist, einen Prozess zu führen. Über die Frage der Aktivlegitimation entscheidet das Gericht erst in der **materiellen Beurteilung des Falles**. Es handelt sich dabei also nicht um eine formelle Prozessvoraussetzung. Das Urteilsdispositiv äussert sich also über die Frage der Aktivlegitimation.

Es gibt auch Situationen, wo Leute verpflichtet sind, gemeinsam zu klagen. Ansonsten ist die Aktivlegitimation nicht gegeben.

### 2. Passivlegitimation

Der Passivlegitimierte **ist derjenige, der beklagt werden kann**. Wer passivlegitimiert ist, entscheidet sich nach materiellem Recht.

### 3. Prozessstandschaft

In gewissen Fällen führt eine Person einen Prozess für ein fremdes Recht (Für ein Recht eines anderen). Trotzdem ist sie legitimiert den Prozess zu führen. Beispiele:

- Anschauliches Beispiel: Ein Kind wird während des Scheidungsprozesses mündig. Es wäre eigentlich dann selber verantwortlich für die Klage des Unterhaltspflichtigen. Wenn das Kind aber einverstanden ist, kann das Zivilgericht den Unterhaltsanspruch auf Antrag der Scheidungsparteien (Mutter oder Vater) festlegen. Diese Möglichkeit hat das Bundesgericht aus praktischen Gründen errichtet.
- Der Willensvollstrecker, der eingesetzt worden ist, um die Erbschaft zu verteilen, handelt ebenfalls nicht in seinem Namen, sondern im Namen des verstorbenen Erblassers.

---

29. November 2005

## V. Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis

### 1. Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation ist das **behauptete Recht des Klägers zur Klageanhebung** (das Recht, ein Recht durchzusetzen). Die Aktivlegitimation ist (im Vergleich zur Partei- und Prozessfähigkeit) **keine Prozessvoraussetzung** und somit eine Frage des materiellen Rechts. Über die Aktivlegitimation wird während dem Prozess (und nicht vor dem Prozess) entschieden. Über

sie wird erst im abschliessenden Sachurteil des Prozesses entschieden (das Sachurteil entscheidet über die materielle Rechtslage in einem Prozess).

Zur Verdeutlichung ein *Exkurs zum Aufbau eines Zivilprozesses*:

Bevor ein Gericht über die materiellen Rechtsfragen urteilt, prüft es, ob alle Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Aufgrund dieser Prüfung fällt es ein erstes formelles Urteil, nämlich das Prozessurteil (Eintreten/Nichteintreten). Im **Prozessurteil** wird lediglich geprüft ob die Prozessvoraussetzungen eingehalten (z.B. Fristen zur Rechtsmitteleinlegung, Vorhandensein der Partei- und Prozessfähigkeit) worden sind. Erst nachdem das Gericht eingetreten ist, entscheidet es über die materiellen Rechtsfragen (z.B. ist ein Schadenersatzanspruch entstanden? Ist ein Vertrag gültig zustande gekommen?). Das Urteil der materiellen Beurteilung des Sachverhaltes ist im sogenannten (abschliessenden) **Sachurteil** (Gutheissung, teilweise Gutheissung oder Abweisung der Klage) formuliert. Ein Sachurteil setzt sich aus den zwei Elementen **Dispositiv** (die eigentliche Entscheidung) und **Begründung des Urteils** zusammen

## 2. Passivlegitimation

Die Passivlegitimation **liegt bei demjenigen, gegen den sich das behauptete Recht des Klägers richtet**. Es handelt sich ebenfalls **nicht um eine Prozessvoraussetzung**. Ohne Passivlegitimation wird es nicht zu einem negativen Prozessentscheid kommen. Der Prozess kann aber trotzdem nur gewonnen werden (trotz Eintretensentscheid des Gerichts), wenn man den Richtigen (resp. die passivlegitimierte Person) einklagt.

Wenn beispielsweise eine Vaterschaftsklage eines Kindes nachweiserlichermassen (DNA-Analyse) gegen den falschen Vater geht, wird das Gericht die Vaterschaftsklage abweisen (Sachurteil). Die Aktivlegitimation wäre zwar gegeben, aber die Passivlegitimation ist nicht vorhanden.

Man kann einen Prozess somit nur gewinnen wenn die Aktivlegitimation und die Passivlegitimation gegeben ist, sie sind unerlässliche Voraussetzungen für eine Gutheissungsentscheid des Richters

## 3. Prozesstandschaft

Die Prozesstandschaft ist von der Vertretung zu unterscheiden. Bei der **Vertretung** wird jemand bevollmächtigt, **im Namen einer anderen Person** einen Prozess zu führen. Bei der **Prozesstandschaft** hingegen, führt jemand über ein **fremdes Recht** in **eigenem Namen** einen Prozess (z.B. ein Testamentvollstrecker, der den letzten Willen des Erblassers durchzusetzen hat gemäss ZGB 517/518).

## 4. Verbandsklage

Die Verbandsklage im UWG veranschaulicht diese soeben erläuterte Differenzierung

Ausgangssituation: Es besteht die Möglichkeit für Privatpersonen auf verschiedene Klagen, wenn jemand durch unlauteren Wettbewerb geschädigt wird gemäss UWG 9. Unter anderem besteht das Recht auf Schadenersatz zu klagen nach UWG 9 III.

Nach Art. 10 UWG können nun auch gewisse Berufs- und Wirtschaftsverbände solche Klagen erheben (Es werden also kraft Gesetz weitere Gruppen aktivlegitimiert), jedoch ist die Schadenersatzklage für dies Organisationen explizit ausgeschlossen. Die Konsumentenschutzorganisation haben also keine Möglichkeit auf Klage des Schadenersatzes, für den Schaden der Dritten (in der Regel den Konsumenten) entstanden ist. Es handelt sich bei diesen Klagemöglichkeiten um eine sog. **Prozesstandschaft**, weil die Konsumentenschutzorganisationen über fremde Rechte in eigenem Namen (nämlich das Recht jedes einzelnen Konsumenten, einen Prozess nach UWG 9 einzuleiten, wenn sie durch unlauteren Wettbewerb verletzt werden) einen Prozess führen.

Dass die Konsumentenschutzorganisation auf Schadenersatz gemäss UWG 9 klagen wäre aber theoretisch möglich. Nämlich dann, wenn die Konsumenten die **Vertretung** (Vertretungsvollmacht) der Prozessführung ihrer geschädigten Rechte an den Verband übertragen würden und der Verband dann in ihrem Namen klagen würde.

## 5. "Class Action"

Die sogenannte "Class Action" ist eine Prozessart die in Amerika möglich ist. Hier wird Schadenersatz für Massenschäden gefordert, die individuell gering sind, sich in der Summe jedoch gewaltig summieren können. **Ein Anwalt führt somit einen Prozess in Namen sehr vieler Geschädigter**. In der Schweiz sind solche "Class Actions" nicht vorgesehen.

## VI. Mehrheit von Hauptparteien

Es kann sein, dass mehrere Personen in einem Prozess Stellung einer Parteiposition (Kläger oder Beklagter) innehaben und somit zu allen Prozessrechten (z.B. Einlegung von Prozessmitteln) befugt sind. Diese Situation bezeichnet man als **Streitgenossenschaften**. Sie sind von den Fällen abzugrenzen, wo ein einzelner Kläger im gleichen Prozess gegen den Beklagten mehrere Ansprüche geltend macht (sog. **objektive Klagehäufung**: Der Kläger macht mehrere selbstständige Klagen geltend).

### 1. Allgemeines zur Streitgenossenschaft (litis consortium, subjektive Klagehäufung)

Man spricht bei Streitgenossenschaften auch von **subjektiver Klagehäufung**, weil sich mehrere Subjekte zu einer Partei zusammenschliessen.

Der Gerichtsstand wird in GestG 7 I geregelt: Richtet sich die Klage gegen mehrere Streitgenossen, so ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig. (Achtung in GestG 7 II geht es um die objektive Klagehäufung.)

### 2. Freiwillige Streitgenossenschaft (einfache Streitgenossenschaft)

Die freiwillige Streitgenossenschaft erfolgt in den meisten Fällen aus **prozessökonomischen Gründen**. Die Kosten sind viel geringer; so muss z.B. nur ein Anwalt bestellt werden, der Sachverhalt kann gemeinsam besser festgestellt werden. Freiwillige Streitgenossenschaften sind - wie der Name erahnen lässt - jedoch **freiwillig**. Die einzelnen Subjekte der Streitgenossenschaften könnten auch alleine einen Prozess anstrengen.

### 3. Notwendige Streitgenossenschaft

Es gibt gewisse Konstellationen, wo man nicht alleine als Subjekt vorgehen kann oder nicht nur ein Subjekt einklagen kann. Dass mehrere Personen zu einer Streitgenossenschaft zusammengefügt werden, wird in diesen Fällen gesetzlich vorgeschrieben. Welche Fälle das sind, ist eine Frage, die sich aus dem materiellen Recht ergibt.

Häufig sind Fälle, wo die Aktivlegitimation nicht bei einer Person liegt. Die Personen sind alleine nicht fähig, einen Prozess anstrengen, weil es ihnen an der Aktivlegitimität fehlt (**aktive notwendige Streitgenossenschaft**). Z.B. die Erbengemeinschaft muss gemeinsam (d.h. alle Erben zusammen) auf die Herausgabe von Erbsachen gegen eine Dritten klagen. Dasselbe bei dem Gemeingut der Gütergemeinschaft; Ehegatten müssen Sachen des Gemeingutes (worüber ja beide verfügen können), die sie von einem Dritten herausfordern wollen, gemeinsam herausklagen.

Wenn sie nicht gemeinsam klagen, würde also die Aktivlegitimation fehlen, die Klage würde also im Sachurteil abgewiesen.

Im Gegensatz zur aktiven notwendigen Streitgenossenschaft steht die **passive notwendige Streitgenossenschaft**, wo der Kläger gleichzeitig mehrere Personen einklagen muss, damit eine Passivlegitimation gegeben ist. Dies ist z.B. der Fall bei der Anfechtung einer Anerkennung eines Kindsverhältnisses. Gemäss ZGB 260a III richtet sich die Klage des Klagen den gegen den Anerkennenden *und* das Kind

## VII. Nebenparteien

Nebenparteien sind Personen die in das Verfahren integriert sind, aber die Prozessrechte nicht vollumfänglich wahrnehmen können, also keine Hauptparteien sind.

Es gibt zwei Systeme von Nebenparteien, die sog. **Nebenintervention** und die sog. **Streitberufung**.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Systemen ist lediglich das Verfahren, wie die Nebenpartei in den Prozess hineinkommt. Die Unterscheidung erfolgt danach, ob jemand freiwillig die Position der Nebenpartei ergreift (Nebenintervention) oder dazu berufen wird (Streitberufung). Es kann also vom Zufall abhängen, welches System gewählt wird.

### 1. Ausgangsbeispiel

Wichtig ist die Tatsache, dass, falls D den Prozess gewinnt und die Herausgabe der Sache verlangen kann, Käufer K vom Verkäufer V Regress für den Kaufpreis verlangen kann. Aufgrund dieser Tatsache fühlt sich V zur Verteidigung der Position von K eigenständig berufen (Nebenintervention) oder wird von K zur Verteidigung dieser Position gerufen (Streitberufung).

## 2. Die Nebenintervention

Terminologie: Mit **Nebenintervenient** ist die Nebenpartei gemeint, die sich zur Verteidigung einer Rechtsposition einer Hauptpartei berufen sieht. Mit **Nebenintervent** ist die unterstützte Hauptpartei gemeint, für oder gegen die das Gerichtsurteil schlussendlich ergehen wird.

Es gibt bestimmte **Voraussetzungen** die zur Nebenintervention vorhanden sein müssen (und welche nicht identisch mit denjenigen der Streitberufung sind):

- Rechtshängiger Prozess
- **Eigenes rechtliches Interesse** an der Unterstützung einer Partei (Die Nebenintervention entsteht aus Eigeninitiative, niemand wird hineingezogen. Deswegen wurde diese Voraussetzung geschaffen um unnötige Einmischungen zu verhindern. In unserem Ausgangsbeispiel ist das rechtliche Interesse von V klar gegeben, weil er bei Herausgabe der verkauften Sache schadenersatzpflichtig gegenüber K würde)
- Interventionsgesuch an das Gericht und "Glaubhaftmachen" des Interventionsgrunds (das rechtliche Interesse muss glaubhaft gemacht werden)

Die Stellung des Nebenintervenienten besteht darin, dass er **alle Prozesshandlungen** im Prozess **wahrnehmen** kann (z.B. Beweisanträge stellen, Rechtsmittel einlegen) bis auf **zwei Ausnahmen**:

- Er kann sich nicht in Widerspruch mit der unterstützten Hauptpartei stellen (der Antrag der Hauptpartei geht vor)
- Der Nebenintervenient muss den Prozess in dem Zeitpunkt aufnehmen, in dem er in den Prozess eintritt (wenn er nach Prozessbeginn eintritt, er kann nur noch zulässige, nicht abgelaufene Prozessrechte wahrnehmen. So könnte es z.B. möglich sein, dass er keine neuen Tatsachen mehr einbringen darf).

Sollte es zu einem Regressprozess kommen wird die **Interventionswirkung** interessant. In unserem Ausgangsbeispiel: Wenn die Klage des Dritten gutheissen würde, würden Nebenintervenient (V) und Nebenintervent (K) des vorherigen Prozesses aufeinander losgehen, weil K eine Rückforderung des Kaufpreises verlangen wird. Der Einwand des ehemaligen Nebenintervenienten, das Gericht habe im ersten Prozess falsch entschieden, ist nicht mehr möglich. Dieser Grundsatz wird durchbrochen wenn grundlegende neue Erkenntnisse in Erscheinung treten.

Zurzeit sind die Regelungen von Interventionswirkung und -modalitäten in den meisten kantonalen Prozessordnungen unzureichend geregelt. Die Folien 65-67 demonstrieren, dass eine genauere Lösung dieser Regelungen notwendig ist und von der künftigen schweizerischen ZPO angestrebt werden..

## 3. Die Streitverkündigung (Litisdenuziation)

Terminologie: Als **Litisdenuziant** (Streitverkünder) wird die Hauptpartei bezeichnet, welche den **Litisdenuziat** (Streiberufener) auffordert, als Nebenpartei im Prozess teilzunehmen.

Im Vergleich zur Nebenintervention **wird** bei der Streitverkündigung die **Hauptpartei aktiv** und fordert die Nebenpartei zur Unterstützung in ihrer Sache auf (mit der Androhung, bei Prozessverlust Regress zu nehmen).

OR 193 gilt sozusagen als allgemeines Modell aus dem Bundesrecht für die Streitberufung. Diese Regelung wird nicht nur auf den Fahrniskauf angewendet, sondern gilt als allgemeiner Grundsatz für alle Sachverhalte mit Gewährleistungen.

Der Unterschied zur Nebenintervention liegt also darin, dass der Nebenintervenient von alleine in den Prozess hineinkommt, während der Streitberufene gewissermassen hineingezogen wird. **Also ist bei den Voraussetzungen nicht zu prüfen, ob der Streitberufene ein eigenes rechtliches Interesse hat!**

Der Streitberufene wird deswegen aber aufgrund der Streitberufung durch den Streitverkünder nicht gezwungen als Streitberufener im Prozess aufzutreten. Es bleibt eine **freiwillige Aufforderung**. Konsequenzen einer Nichtbefolgung dieser Aufforderung durch den Streitberufenen dürften sich aber im Regressprozess auswirken, weil der Beklagte (Streiberufener) in diesem Prozess dann weniger Einreden zur Verfügung hat.

Die formalen Regelungen der Streitberufung werden im kantonalen Prozessrecht geregelt (normalerweise läuft die Streitverkündigung über das Gericht ab). Wenige Prozessordnungen erlauben es, dass gerade im gleichen Prozess eine aufgekommene Regressfrage geregelt wird.

Die Befugnisse der Nebenpartei sind somit im Vergleich zur Nebenintervention gleich, nur die Voraussetzungen sind anders. Gewisse Prozessordnungen sehen jedoch vor, dass der Streiberufene die Prozessführung übernehmen kann (vgl. Kanton Luzern Art. 54 ZPO).

---

02. Dezember 2005

#### 4. Weitere Interventionsarten

##### a) Hauptintervention

Die Hauptintervention gibt es nicht in allen kantonalen Prozessordnungen (in Luzern ist sie vorgesehen, ZPO 51). Bei der Hauptintervention unterstützt der Interventient keine der bisher beteiligten Parteien, sondern **macht selber besseres Recht geltend**.

Beispiel: Kläger klagt gegen den Beklagten auf eine Herausgabe einer Sache (Vindikation, ZGB 641). Ein Dritter erfährt davon, und sagt, dass er den Eigentümer der beklagten Sache sei. Er reicht gewissermassen, auch eine Klage in demselben Prozess ein.

*Klärung von ZGB 146/147* (Beistand des Kindes im Scheidungsprozess der Eltern): Unter bestimmten Voraussetzungen für bestimmte Sachbereiche ist es möglich, dass (wenn wichtige Gründe vorliegen oder wenn das urteilsfähige Kind es verlangt) das Kind einen Beistand erhält im Scheidungsprozess der Eltern erhält. Dies macht das Kind jedoch nicht zur Prozesspartei. Nach Erachten des Referenten ist das Kind also nicht Hauptpartei, es handelt es sich also **nicht** um eine Hauptintervention.

##### b) Intervention einer staatlichen Behörde

In der Schweiz wird es als unzulässig erachtet, dass der Staat Zivilprozesse einleiten kann oder sich darin einmischt. Den staatlichen Behörden steht diese Möglichkeit nur offen, wenn dies im Bundesrecht (vgl. ZGB 106) vorgesehen ist. Somit sind gewisse Bestimmungen in den kantonalen ZPOs als bundesrechtswidrig zu betrachten (z.B. ZPO BS 27 oder ZPO BE 53 ff.)

## § 4 Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)

Die Verfahrensgrundsätze sind **absolut elementar**. Sie sind grundsätzlich das **Korsett** eines jeden Zivilprozesses. Die Verfahrensgrundsätze sind, (bis auf das "rechtliche Gehör") Begriffspaare, in dem Sinne, dass einer die Regel ist, der andere die Ausnahme. (Regel: Dispositionsmaxime - Ausnahme: Officialmaxime / Regel: Verhandlungsmaxime - Ausnahme: Untersuchungsmaxime)

### I. Die Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz)

Die Dispositionsmaxime steht im Gegensatz zur Officialmaxime. Sie wird auch Verfügungsgrundsatz genannt. Es geht bei der Dispositionsmaxime um drei Grundfragen:

1. Wie wird der Prozess eingeleitet?
2. Inwiefern ist das Gericht an Parteibegehren gebunden?
3. Kann der Prozess vorzeitig ohne Urteil beendet werden?

Es geht also zusammenfassend um die Rechtsbegehren der Parteien

#### 1. Einleitung des Verfahrens

Die Grundregel lautet: **Ein Zivilprozess kommt nur durch Klage einer Partei zustande**.

Das gilt oftmals auch im Bereich der Officialmaxime. Nur bei ganz wenigen Ausnahmefällen (vgl. ZGB 106), erhält das Gemeinwesen die Aktivlegitimation zu einer Klageeinreichung.

## 2. Rechtsbegehren

Es gibt einige ganz wesentliche Regeln, was die Urteilsfindung des Gerichtes betrifft:

- **Die Parteianträge gelten als obere (Kläger) und untere (Beklagter) Begrenzung des Urteils.** Daraus folgt:
- Das Gericht kann nicht mehr zusprechen (allenfalls weniger), als die klagende Partei verlangt.
- Das Gericht kann nichts anderes (aliud) zusprechen, als die klagende Partei verlangt (ausser das Gesetz sieht dies vor. z.B. Minderung des Kaufpreises statt Wandelung des Kaufvertrages im OR 205 II, siehe Oficialmaxime)
- Das Gericht kann nicht weniger zusprechen, als die beklagte Partei anerkennt.

*Beispiel 1:* Wenn in einem Schadenersatzprozess keine Genugtuung verlangt wird, obwohl eine - objektiv betrachtet - absolut gerechtfertigt wäre, kann der Richter nicht von sich aus eigenhändig eine Genugtuung festsetzen. Er ist an die Höchstforderung der klagenden Partei gebunden (die keine Genugtuungssumme verlangt)

*Beispiel 2:* Ein Beklagter weigert sich ein Bild herauszugeben. Der Kläger reicht eine Klage ein, der Beklagte sei zu verpflichten dem Kläger das Bild zu verschaffen. Ein gutgläubiger Dritter hat dieses Bild in der Zwischenzeit bereits erworben. Der Richter darf das Bild in denselben Prozess nicht vom Dritten herausverlangen, weil die klagende Partei nichts anderes verlangt als die Herausgabe des Bildes vom Beklagten, weil er nichts anderes als die klagende Partei verlangt, regeln darf. Somit hat der Richter in diesem Fall die Klage des Klägers abzuweisen. Um eine solche Abweisung zu verhindern, hätte der Kläger die Klageschrift eventualiter auf Herausverlangung bei Dritten lauten lassen müssen.

**Die Parteien stecken also das mögliche Bewegungsfeld des Richters mit ihren Anträgen ab.**

Von diesen Grundsätzen der Dispositionsmaxime gibt es im Bundeszivilrecht **Ausnahmen** (= Oficialmaxime)

Meistens (aber nicht immer) findet man die Oficialmaxime **in Anwendung des Familienrechtes**. Z.B. in einem Scheidungsprozess von Eltern mit unmündigen Kindern. Das Gericht kann in diesen Fällen über die Anträge der Parteien hinausgehen, zum Schutze des unmündigen Kindes (z.B. wenn die Eltern in einer gemeinsamen Scheidungskonvention offensichtlich zu tiefe Unterhaltsbeiträge festsetzen, dann der Richter diese erhöhen).<sup>1</sup>

Anerkennt die beklagte Partei die Klage, muss dies im Bereich der bundesrechtlich festgelegten Oficialmaxime nicht bedeuten, dass das Gericht an den anerkannten Antrag gebunden ist (Als Beispiel dient hierbei, wiederum das Scheidungsrecht. Ein Richter ist nicht an einen von den Ehegatten anerkannten Antrag gebunden, sondern das Verfahren wechselt auf Scheidung durch gemeinsames Begehren Art. 116 ZGB)

Bei der Oficialmaxime besteht auch nicht die unbeschränkt Möglichkeit der Parteien, einen gerichtlichen Vergleich abzuschliessen. Der Richter kann in gewissen Fällen autorativ eine andere Lösung durchsetzen, oder das Bundeszivilrecht sieht vor, dass dieser gerichtliche Vergleich eine Genehmigung des Richters bedarf (z.B. Prüfung der Scheidungsvereinbarung gemäss ZGB 140 durch den Richter).

## 3. Beendigung des Prozesses

Die Dispositionsmaxime sieht vor, dass der Kläger seine Klage **zurückziehen** kann oder dass der Beklagte die Klage **anerkennt**. Der Richter ist zwingend an diese **Willensäusserungen der Parteien gebunden**. Die Parteien können sich auch selbstständig auf einen gerichtlichen Vergleich einigen, welcher den gleichen Wert erhält, wie das gerichtliche Urteil.

## 4. Bundesrecht oder kantonales Recht

Unklar ist, ob es sich bei der Festsetzung der Dispositionsmaxime um Bundes- oder kantonales Recht handelt. Nach BGer ergibt sich die Dispositionsmaxime aus kantonalem Recht.

Diese Auslegung des BGer hat praktische Konsequenzen: Die Berufung an das BGer ist nicht möglich, sondern nur **staatsrechtliche Beschwerde** wegen willkürlicher Anwendung des kantonalen Zivilprozessrechtes. Als Ausnahme von diesem Grundsatz gilt OR 142, wo Berufung an das Bundesgericht möglich bleibt, weil die verfahrenrechtliche Vorschrift eindeutig im Bundeszivilrecht vorgesehen ist.

---

<sup>1</sup> Diese familienrechtlichen Vorschriften werden meistens auch ergänzt, durch Vorschriften der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen = Untersuchungsmaxime. Siehe Punkt IV.

## II. Die Officialmaxime

### 1. Einleitung des Verfahrens

Normalerweise ist - auch bei der Officialmaxime - eine Verfahrenseinleitung durch einen privaten Kläger notwendig. In gewissen Ausnahmefällen (z.B. ZGB 106) kann das Gemeinwesen als klagende Partei auftreten.

### 2. Rechtsbegehren

Der Richter ist bei der Officialmaxime nicht an die Parteianträge gebunden. Der Geltungsbereich der Officialmaxime ist hauptsächlich im Familienrecht<sup>2</sup> zu finden.

### 3. Beendigung des Verfahrens

Der Klagerückzug einer privaten Partei ist grundsätzlich immer möglich (ausser das Gemeinwesen tritt als Kläger auf, wodurch es verpflichtet ist), der Richter muss dies akzeptieren. Aber die Klageanerkennung der beteiligten Parteien ist nicht ohne weiteres möglich (z.B. im Scheidungsverfahren erfolgt bei Klageanerkennung ein Wechsel von der Scheidung auf Klage eines Ehegatten zu der Scheidung auf gemeinsamen Begehren aufgrund Art. 116 ZGB. Der Prozess wird also trotz der Klageanerkennung weitergeführt.).

### 4. Bundesrecht oder kantonales Recht?

Die Einschränkungen der Dispositionsmaxime, welche zur Officialmaxime führen, ergeben sich hauptsächlich aus Bundeszivilrecht.

## III. Die Verhandlungsmaxime

Hier geht es um die Problematik des **Sachverhaltes**. Für ein Gericht ist eines der Hauptprobleme die Eruiierung des wahren Sachverhaltes. Diese Frage ist oftmals schwieriger als die Rechtsfrage. Bei der Feststellung des Sachverhaltes gibt es zwei Vorgehensweisen: Grundsätzlich geht man nach der **Verhandlungsmaxime** vor, in Ausnahmefällen kommt die **Untersuchungsmaxime** zum Zuge.

### 1. Grundsätze

Grundsätzlich ist die **Sachverhaltsfeststellung Sache der Parteien**; die Parteien müssen Tatsachen behaupten und für diese Tatsachen Beweismittel ins Feld führen. Man könnte diesen Grundsatz mit folgenden Worten umschreiben: "Was nicht in den Akten ist, existiert nicht." Oder aus der Sicht des Richters: "Gib mir die Tatsachen, dann gebe ich dir Recht."

Eigentlich geht es hier um eine **formelle Gerechtigkeit**. Denn ein Verfahren kann man unter Umständen auch verlieren, obwohl man materiell eigentlich Recht hat, doch im Prozess völlig falsch vorgeht (z.B. wenn man es versäumt, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, für welche man die Beweislast trägt und der Richter somit den wahren Sachverhalt nicht anerkennen darf.)

Die Verhandlungsmaxime wird auch als sog. "**Beibringungsgrundsatz**" bezeichnet

Die Verhandlungsmaxime ist sicherlich auch ein Instrument zur Entlastung des Richters, es handelt sich um ein **prozessökonomisches Instrument**.

Im Bereich der Verhandlungsmaxime sehr **zentral ist die Frage der Beweislastverteilung gemäss ZGB 8**. Die schwierige Frage ist in diesem Bereich nicht die Frage nach der Rechtsfolge (verlieren tut bei Beweislosigkeit, derjenige, der die Beweislast trägt. Das ist klar), sondern *wer* die Beweislast trägt. **Als Partei muss man sich sehr gut überlegen, für welche Tatsachen man die Beweislast trägt**. Damit man es nicht versäumt, sie zu behaupten und beweisen (siehe Tafel 4 Skript S. 46).

Grundsätzlich ergibt sich die Verhandlungsmaxime aus dem aus dem kantonalen Zivilprozessrecht . in Gewissen Fällen schreibt jedoch das Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellung von Amtes (Untersuchungsmaxime) wegen vor (Bsp. ZGB 254 Ziff. 1, OR 343 IV). Das Bundesrecht geht dem kantonalen Recht vor.

---

<sup>2</sup> Achtung: im Güterrecht aber, gilt grundsätzlich die Dispositionsmaxime.

## 2. Anwendungsbereich

Die Verhandlungsmaxime bezieht sich auf **Tatsachen** des Prozesses (Tatsachenbehauptungen) und **Beweismittel** (der Kläger muss die behaupteten Tatsachen auch selbstständig beweisen, der Richter darf sich nicht selbst darum bemühen). Nicht aber auf **Rechtssätze**. Das Gericht hat die Rechtssätze von Amtes wegen festzustellen, sie müssen von den Parteien nicht bewiesen werden. Das Gericht muss das Recht kennen. Die Ausnahme davon ist im IPRG festgelegt, wenn es um ausländische Rechtsvorschriften geht (die zu von den Parteien zu beweisen sind).

## 3. Milderung der Verhandlungsmaxime

In bestimmten Bereichen wird diese strenge Verhandlungsmaxime gemildert:

- Notorische Tatsachen (wissenschaftliche Regeln wie z.B. das Gesetz der Schwerkraft) und gerichtsnotorisch (In einigen vorgängigen Prozessen des Gerichtes wurde eine Tatsache schon zu genügend bewiesen). Jedoch ist bezüglich notorischen und (vor allem) gerichtsnotorischen Tatsachen Vorsicht angebracht. Man behauptet und die beweist die Tatsachen lieber, als dass sie vom Gericht ignoriert werden.
- Allgemeine Erfahrungsgrundsätze
- Je nach Kanton gibt es ein unterschiedlich streng geregeltes gerichtliches Fragerecht (-pflicht)<sup>3</sup>

## IV: Die Untersuchungsmaxime

Hier geht es um das **Pendant zur Verhandlungsmaxime**.

### 1. Terminologische Abgrenzung zur Officialmaxime

Man muss aufpassen, dass die Untersuchungsmaxime nicht mit der Officialmaxime verwechselt wird. Bei der Officialmaxime geht es um die **Gebundenheit an die Parteianträge**, bei der Untersuchungsmaxime um die **Feststellung des Sachverhaltes**.

### 2. Mass der gerichtlichen Untersuchung

Es gibt unterschiedliche Intensitäten von Untersuchungsmaximen: Nämlich die **uneingeschränkte Untersuchungsmaxime** (hier spricht das Gesetz von "*Erforschung* des Sachverhaltes von Amtes wegen." Sie wird vor allem im Zusammenhang mit unmündigen Kindern im Familienrecht gebraucht) und **ausgedehnder gerichtlicher Fragepflicht** ( die vom Gesetz als "*Untersuchung* des Sachverhaltes von Amtes wegen" bezeichnet wird. Vgl. 343 OR)

### 3. Untersuchungsmaxime bezieht sich auf das "Tatsächliche" des Prozesses

### 4. Untersuchungsmaxime und Gerechtigkeit

Die Untersuchungsmaxime ist eine Errungenschaft des österreichischen Zivilprozessrechtes. Sie wurde dort aufgebaut mit der Idee, dass der Prozess gewisse **soziale Schutzelemente** beinhalten soll. In gewissen Fällen sollen "unfähige" Parteien davor geschützt werden, nur aufgrund formellrechtlichen Gründen einen Prozess zu verlieren.

### 5. Untersuchungsmaxime und Beweislast (Art. 8 ZGB)

Es ist ein Irrtum, zu meinen, dass die Beweislast im Rahmen der Untersuchungsmaxime keine Rolle spielt. Das folgende Beispiel soll diese Tatsache untermauern:

Im Rahmen einer Vaterschaftsklage kommen zwei eineiige Zwillinge (als Vater) in Frage. Die DNA-Analyse wird hier keine Lösung des Falles bringen. Auch im Rahmen der Officialmaxime kann es Fälle der Beweislosigkeit geben.

---

<sup>3</sup> z.B. ZPO LU 59. Der Richter macht die Parteien auf unklare Anträge aufmerksam und lässt sie erklären.

## 6. Zuständigkeit zur Regelung der Untersuchungsmaxime

Grundsätzlich ist die Untersuchungsmaxime kantonales Recht. Das kantonale Recht legt fest, in welchem Prozess die Untersuchungsmaxime gilt, mit der grossen und wichtigen Ausnahme, dass in vielen Bereichen, von Bundesrechts wegen die die Untersuchungsmaxime vorgeschrieben ist. Wie bei der Offizialmaxime ist dies erneut hauptsächlich im Familienrecht der Fall.

---

06. Dezember 2005

### Kombinationen?

#### 1. Einleitung des Verfahrens ("ohne Kläger kein Richter"): Dispositionsmaxime

Die Regel ist, dass eine Privatpersonen ein Recht geltend machen muss (Klageeinreichung), damit ein Verfahren eingeleitet wird. In gewissen Ausnahmefällen muss eine Behörde Klage ergreifen (vgl. ZGB 78, 89 I, 106 ZGB).

#### 2. Bindung an Parteianträge und Sachverhaltsermittlung

Dispositionsmaxime und Verhandlungsmaxime ist gewissermassen der **Normalfall** beim klassischen Zivilprozess. Es gibt aber Fälle wo das ganze abgewandelt ist; z.B. bei Minderung statt Wandelung (Art. 250 Abs. 2 ZGB) ist die Offizialmaxime und die Verhandlungsmaxime vorgesehen, bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Dispositionsmaxime und die Untersuchungsmaxime.

#### 3. Beendigung des Verfahrens

Grundsätzlich ist der Rückzug der Klage immer möglich (z.B. Rückzug einer Scheidungsklage, Rückzug der Vaterschaftsklage). der Prozess wird dadurch automatisch beendet. **Die Parteien haben es also selbst in der Hand, einen Prozess zu beenden.** Regelmässig führt auch eine Klageanerkennung oder ein gerichtlicher Vergleich zu einer Beendigung des Verfahrens.

Es gibt aber **Ausnahmen**, wo keine sofortige Beendigung des Verfahrens durch die beteiligten Parteien möglich ist: z.B. bei Art. 116 ZGB führt die Anerkennung der Klage zu einem Verfahrenswechsel. Oder z.B. Art. 287 III schreibt ausdrücklich vor, dass ein Vergleich von einem Gericht genehmigt werden muss. Bei diesen Bestimmungen geht es hauptsächlich um den **Sozialschutz**.

## V. Rechtliches Gehör

#### 1. Der Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör ("et audiatur altera pars")

#### 2. Garantie des rechtlichen Gehörs gemäss Verfassungsrecht als Mindeststandart (Art. 29 Abs. 2 BV)

Das Anrecht auf rechtliches Gehör ist ein **Mindeststandart**, welcher von der **BV** vorgegeben ist (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Kantone dürfen ihn überschreiten und weiter ausbauen aber niemals unterschreiten.

#### 3. Einzelne Erscheinungsformen des Anspruchs auf rechtliches Gehör

- Anspruch auf **unentgeltliche Rechtspflege** und anwaltliche Vertretung bei nicht aussichtslosen Prozess (Art. 29 Abs. 3 BV).
- **Akteneinsichtsrecht**.
- **Recht auf Abnahme von beweistauglichen Beweismitteln für prozessrelevante Tatsachen** ("Recht auf Beweis" und Art. 8 ZGB): Das Gericht ist grundsätzlich verpflichtet Beweise entgegenzunehmen, wenn eine Partei taugliche Beweismittel vorbringt, welche für den umstrittenen Sachverhalt wesentlich sind. Selbstverständlich spielt es dabei eine Rolle, ob die Beweise rechtzeitig erbracht worden sind.
- **Stellungnahme zum Beweisergebnis** (Vgl. 148 I ZPO-LU).
- **Teilnahme bei gerichtlichen Beweiserhebungen**.
- **Möglichkeit zur Stellungnahme auf Eingaben der Gegenpartei** ("Waffengleichheit").
- **Verbot des überspitzten Formalismus**.

Alle diese Erscheinungsformen müssten nicht ausdrücklich in der kantonalen Zivilprozessordnung geregelt sein. Denn dort haben sie nur deklaratorische Bedeutung, da diese Erscheinungsformen von der Bundesverfassung garantiert werden.

#### 4. Ausnahmen vom rechtlichen Gehör

- **Überwiegende Geheimhaltungsinteressen der Gegenpartei oder von Drittpersonen** (z.B. im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen).
- **Zeitliche Dringlichkeit und nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs** im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes (z.B. superprovisorische Massnahmen). Der vorsorgliche Rechtsschutz ist natürlich immer mit den Risiken des vorschnellen Fehlentscheidens behaftet. Oftmals wird als Risikoausgleich vorgesehen, dass beantragende Partei für entstandenen Schaden haftbar gemacht wird.
- **sog. antizipierte Beweiswürdigung:**  
Grundsätzlich besteht ja aufgrund Art. 8 ZGB ein Recht auf Beweis. Die - vom Bundesgericht anerkannte - antizipierte (vorweggenommene) Beweiswürdigung schränkt diesen Grundsatz ein. Die antizipierte Beweiswürdigung bedeutet, dass ein Gericht weitere Beweisanträge einer Partei zurückweist, weil es überzeugt davon ist, dass diese an der Sache nichts mehr ändern werden. Das Bundesgericht akzeptiert dies antizipierte Beweiswürdigung aus verfahrensökonomischen Gründen.

#### 5. Sanktionen bei Verletzung des rechtlichen Gehörs (Rechtsmittel), insbesondere bei Gefahr von nicht wieder gutzumachenden Nachteilen

Problemlos möglich sind Rechtsmittel gegen Urteile (Prozess- oder Sachurteile). Problematisch wird es bei sog. **prozessleitende Verfügungen** (z.B. die Anordnung des Gerichtes, dass ein gewisser Zeuge nicht einvernommen wird). Fraglich ist, ob prozessleitende Verfügungen allein angefochten werden können: Grundsätzlich ist dies nicht der Fall. **Der Ausnahmefall stellt die Gefahr von nicht wiedergutzumachenden Nachteilen dar**. D.h. wenn das Gericht eine prozessleitende Verfügung erteilt, welche nach dem Sachurteil nur noch mit schweren Nachteilen korrigierbar ist. Solche kann man Verfügungen selbstständig einklagen, bereits bevor ein Sachurteil des verfügenden Gerichtes fällt. (z.B. wenn der Zeuge, dessen Aussage in einem Prozess aufgrund einer prozessleitenden Verfügung verweigert wird, auswandern möchte und es kaum möglich wäre, dass Sachurteil des Gerichtes abzuwarten um dessen Meinung im nachfolgenden Prozess zu vernehmen.).

### VI. Treu und Glauben

#### 1. Offenbarer Missbrauch eines prozessualen Rechts findet keine Rechtsschutz

Diese Regel kommt aus dem römischen Recht und gilt daher schon seit Jahrhunderten.

#### 2. Rechtsgrundlage: Bundesrecht oder kantonales Recht?

Bis anhin war fraglich, ob ZGB 2 auch ohne offensichtliche Erwähnung in der kantonalen ZPO gilt. Die neue BGer-Praxis bejaht diese Frage eindeutig. Dies hat die Konsequenz, dass die Erwähnung von Treu und Glauben in einer kantonalen ZPO eigentlich nur deklaratorischen Charakter hat. Diese Betrachtungsweise hat Konsequenzen bezüglich der Wahl des Rechtsmittels für die Anfechtung vor Bundesgericht.

#### 3. Abgrenzung zu einem Treu und Glauben entsprechenden Verhalten des Gerichtes

Treu und Glauben des Gerichtes gilt als *lex specialis* im Rahmen von **BV 9 als Schutz vor Willkür**. Die Rechtsgrundlage ist also eine andere, obwohl es um das gleiche Thema geht. So wie es im Bereich von Treu und Glauben schwierig ist, klare Regeln zu schaffen, ist es auch im Bereich des Willkürverbotes teilweise sehr schwer zu sagen, ob das Willkürverbot verletzt worden ist oder nicht.

### VII. Eventualmaxime (Konzentrationsmaxime)

#### 1. Grundsätze

Die Eventualmaxime regelt den **zeitlichen Bezug** von Tatsachenbehauptungen, Beweismitteln und Rechtsbegehren:

Die Eventualmaxime bezieht sich auf **Rechtsbegehren**.

Eine Partei, die etwas fordert, sollte zugleich auch Rechtsbegehren stellen, was das Gericht alternativ festzustellen hat, sollte

die Hauptforderung fehlschlagen. Die Eventualmaxime regelt die zeitliche Strenge dieser eventualiter Forderungen. In gewissen ZPOs ist vorgesehen, dass dies gleichzeitig mit der Klageschrift zu geschehen haben und später nicht mehr zulässig ist. *Beispiel:* Als Klageantwort auf einen Leistungsprozess kann formuliert werden: “Es sei auf die Klage nicht einzutreten (Prozessurteil), eventualiter sei die Klage abzuweisen (Sachurteil), subeventualiter sei die Forderung zu verrechnen (Sachurteil). Es wird also eine gewisse Reihenfolge (im Sinne einer Prioritätenordnung) bezeichnet.

Der Begriff Eventualmaxime greift insofern zu kurz, als man meinen könnte, dass es dabei nur um die Einreichung von eventualiter Rechtsbegehren geht. Die Eventualmaxime greift aber weiter und beinhaltet auch die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel.

Die Eventualmaxime bezieht sich auch auf **Tatsachenbehauptungen**:

Beispiel: Eine Partei klagt auf Schadenersatz und behauptet eine grundsätzliche Tatsache nicht (z.B. das ein Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und dem Schaden besteht). Nun kommt die Eventualmaxime ins Spiel. Sie beantwortet die Frage, wie lange man diese Tatsachen noch behaupten kann.

Die Eventualmaxime bezieht sich auch auf **Beweismittel**:

*Beispiel:* Ein wichtiges Beweismittel geht von einer Partei vergessen, kann man dies nachträglich noch einreichen oder nicht?

Es geht bei der Eventualmaxime aber **nicht** um die **Rechtssätze**: “iura novit curia” (Das Gericht kennt das Recht). Das Bundesgericht ist aufgrund OG 63 III nicht an die rechtliche Argumentation der Parteien gebunden. Somit könnte man argumentieren, dass es ja grundsätzlich egal wäre, wenn die Parteien während des Prozesses die rechtliche Begründung ändern, weil die Eventualmaxime dafür nicht gilt. Dies ist aber nicht unproblematisch (z.B. bei einer Änderung eines Anspruches auf Vertrag zu einem Anspruch auf unerlaubter Handlung (Änderung des der rechtlichen Begründung/des Rechtssatzes) muss der Schuldner zusätzlich das Verschulden des beweisen. Für dieses Beweismittel könnte es aber unter Umständen im Rahmen der Eventualmaxime zu spät sein. Somit verdeutlicht dieses Beispiel also, dass eine Änderung der rechtlichen Begründung trotzdem nicht immer möglich ist.)

**Zweck** der Eventualmaxime ist also hauptsächlich um eine Frage der Zeit und der Geordnetheit des Prozesses (die Gegenseite soll nicht überrumpelt werden mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen, die Prozessverschleppung soll verhindert werden). Diese Frage kann man je nach Auffassung anders beantworten somit ist die Eventualmaxime in den kantonalen Prozessordnungen unterschiedlich geregelt.

Die **Regelungszuständigkeit** der Eventualmaxime liegt bei den Kantonen.

Der Zweck der Eventualmaxime besteht in der Ordnung des Prozesses. Es besteht jedoch die Gefahr bei einer zu strengen Eventualmaxime dass man einen Prozess verliert, wegen einem kleinem Formfehler. Dies kann die materielle Gerechtigkeitsfindung beeinflussen. Das Bundesgericht hat es jedoch bisher vehement abgelehnt, die Eventualmaxime als überspitzten Formalismus zu betrachten.

Die Eventualmaxime kann vor den einzelnen Instanzen differenziert ausgestaltet werden, sie muss nicht gleich sein. So können z.B. im Verfahren vor erster Instanz längere Fristen gelten. Sie muss auch nicht gleich ausgestaltet sein bezüglich Tatsachen, Rechtsbegehren und Beweismittel.

Welches ist das Verhältnis zur kantonalrechtlichen Eventualmaxime und zur bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime? Die BGer-Praxis ist sonnenklar. Das Bundesgericht meint, **immer dort wo die eigentliche (uneingeschränkte) bundesrechtliche Untersuchungsmaxime besteht** (z.B. im Interesse des Kindes) **wird die kantonalrechtliche Eventualmaxime derogiert**. Anders ist dies bei arbeitsrechtlichen Prozessen nach OR 343 (wo lediglich die “ausgedehnte richterliche Fragepflicht” besteht, dort wird die kantonalrechtliche Eventualmaxime nicht derogiert.

Weitere bundesrechtliche Vorschriften

Im Scheidungsrecht findet sich Art. 138 ZGB. Dieser Artikel beantwortet eine Frage der kantonalrechtlichen Eventualmaxime. Er bestimmt, dass die Parteien in der zweiten Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen können. Hier geht es eigentlich nur um ein Verfahren, dass im Rahmen eines ordentlichen Rechtsmittels an die zweite Instanz gelangt ist. Diese Vorschrift soll die Gefahren einer zu streng gehandhabten Eventualmaxime verdrängen. Es geht dem Bundesgesetzgeber darum, dass im Scheidungsprozess die materielle Gerechtigkeit gewahrt wird.

OG 55 abs. 1 Bst. b: Im Verfahren vor Bundesgericht können keine neuen Rechtsbegehren gestellt werden.

## 2. Beispiele unterschiedlicher Regelungen in den kantonalen Zivilprozessordnungen

In der Schweiz gibt es eigentlich drei unterschiedlich streng ausgeprägte Modelle:

Das **strengste Modell**, das theoretisch möglich ist, gilt in Basel Stadt und Land sowie in Graubünden: Dort muss grundsätzlich alles in der ersten Rechtschrift niedergeschrieben werden. (sämtliche Tatsachen, Rechtsbegehren, Beweismittel). Die Guillotine schlägt sofort nach der ersten Prozesschrift zu.

Die **Mittellösung** mit zusätzlichen Abschwächungen der strengen Eventualmaxime gilt z.B. in Zürich.

In Luzern gilt eine **milde Regelung**: Parteivorbringen können bis zu den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung ergänzt werden. Es gilt volles "Novenrecht" in zweiter Instanz, nicht nur echte Noven dürfen vorgebracht werden. Diese Lösung bringt nicht nur Vorteile, es besteht die Gefahr der Unaufrichtigkeit, des "Pokerns" der Parteien (dass sie wichtige Vorbringen erst in letzter Sekunde einbringen und damit der Gegenpartei kaum die Gelegenheit geben, darauf zu reagieren).

Die Frage, wie die Eventualmaxime ausgestaltet werden soll, führt immer zu sehr grossen Diskussionen. Für die neuen bundesrechtliche ZPO hat man das Modell der Mittellösung gewählt.

### 3. Nachträgliche Tatsachenbehauptungen und nachträgliches Vorbringen von Beweismitteln

Es ist zu unterscheiden zwischen **echten** und **unechten** Noven: **echte Noven**, sind Tatsachen, die sich neu zugetragen haben, die seit ihrer Einbringung noch nicht bekannt waren. Die nachträglich einbringende Partei hatte also gar nicht die Chance, das Novum früher einzugeben. Echte Noven muss man immer einbringen können, auch bei einer strengen Ausgestaltung der Eventualmaxime. Ansonsten wäre der Anspruch auf des rechtliche Gehör verletzt. **Unechte Noven** sind solche Tatsachen und Beweismittel, die eigentlich schon früher hätten eingebracht werden können. Je nach Regelung der Eventualmaxime in der ZPO kann man unechte Noven noch einbringen oder nicht. Immer zulässig ist ihre Einbringung, wenn man der einbringenden Partei und der unrechtzeitigen Einbringung des Novums keinen Vorwurf machen kann.

### 4. Neue Rechtsbegehren und Klageänderung

Die Klageänderung bedeutet, dass man die Sache der Klage ändert. z.B. im bei einem Leistungsprozess ändert man des Rechtsbehren von Herausgabe einer Sache auf Zahlung eines Schadenersatzes

Die Reduktion der Klage ist keine Klageänderung; sie ist somit immer möglich (unabhängig von der Eventualmaxime).

Bundesrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von neuen Rechtsbegehren und der Klageänderung gibt es:

- im Bereich der umfassenden Untersuchungsmaxime (insbesondere Art. 145 ZGB)
- nach Art. 138 ZGB
- im Falle der sog. Stufenklage (Die Stufenklage ist von Bundesgericht entwickelt und anerkannt worden. Die Stufenklage betrifft einen Fall der objektiven Klagehäufung. Ein materieller Anspruch hängt kann vom Vorhandensein eines anderen Anspruches abhängen. Das BGer hat gesagt, dass man solche Klagen in einem Prozess behaupten kann kann. z.B. im Erbrecht können die Erben einen anderen Erben auf Informationsherausgabe klagen, gestützt darauf können evt. weitere Erbrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, von denen die Kläger bis vor der Informationsherausgabe nichts wussten.)

---

13. Dezember 2005

## VIII. Schriftlichkeit und Mündlichkeit

In der Regel findet eine **Durchmischung** zwischen den beiden Maximen statt. Den reinen schriftlichen Aktenprozess gibt es heute in seiner reinen Form nicht mehr. Bei sog. "**grossen**" Verfahren wird der schriftliche Teil allerdings eine wichtigere Rolle spielen, es findet aber regelmässig eine mündliche Hauptverhandlung statt. Bei gewissen eher "**kleinen**" Prozessen (z.B. Sozialprozess nach OR 343, bei kleinen Streitwerten) wird je nach kantonaler ZPO bereits eine mündliche Klageeinreichung möglich sein (teilweise sogar ohne Begründungspflicht).

Vor- und Nachteile liegen auf der Hand: Die Schriftlichkeit bringt mehr Struktur und Nachvollziehbarkeit in den Prozess, Mündlichkeit ist für alle Parteien und das Gericht mit weniger Aufwand verbunden.

## IX. Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens

**Unmittelbarkeit** meint, dass sich das gesamte Gericht immer unmittelbar selber den Sachverhalt anschaut (z.B. Beweis des "Augenscheins"). Weil dies jedoch sehr viel Zeit kosten kann, ist jedoch regelmässig das **Mittelbarkeitsprinzip** vorgesehen. D.h. bei der Beweisabnahme werden Leute für das Gericht delegiert (z.B. nur ein Richter schaut sich die Beweissache stellvertretend für das gesamte Gerichtsgremium an).

Vor und Nachteile liegen auch hier auf der Hand: Das Unmittelbarkeitsprinzip wäre eigentlich das erwünschbare und vollkommene Prinzip, weil alle dabeigewesen sind und sich ein eigenes Bild verschaffen können. Doch dies ist oft sehr zeitaufwändig.

## X. Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit des Verfahrens

Die Ausgangslage ist an sich klar: Die Bundesverfassung gibt in Art. 30 III BV vor, dass die gerichtlichen Verfahren öffentlich zu erfolgen haben. In gewissen Bereichen ist dieser Grundsatz jedoch nicht sachgerecht. Somit wird für bestimmte Prozessbereiche Nichtöffentlichkeit des Prozesses vorgesehen. So sehen z.B. die kantonalen ZPOs regelmässig für familienrechtliche Prozesse Ausnahmen vor. (Art. 62 II ZPO)

## § 5 Zeit und Kosten im Zivilprozess

### I. Vorbemerkung: Die Zeit im materiellen Recht (Verjährung, Verwirkung)

Im materiellen Recht kann Zeitablauf dazu führen, dass ein Recht untergeht. Entweder weil das Recht der **Verjährung** unterstellt ist (z.B. Schadenersatzansprüche), wo die Rechte mit Zeitablauf zur Naturalobligation werden (dass heisst, sie sind zwar noch einklagbar, aber vor Gericht nicht mehr durchsetzbar). Oder weil das Recht der **Verwirkung** (z.B. Berufung auf Willensmangel) unterliegt, wo das Recht mit Zeitablauf gänzlich untergeht (Das Gericht auf eine Klage also schon gar nicht mehr eintreten wird).

### II. Die Zeit im Zivilprozess

#### 1. Fristen

Oftmals hat man im Zusammenhang mit Rechtsmittel bestimmte Fristen zu beachten. Sobald diese enden, ist Schluss. Sie können nicht verlängert werden, weil es sich dabei um **gesetzliche Fristen** handelt.

Die **gerichtlichen Fristen** werden vom Gericht festgesetzt. Der Richter muss sie aufgrund Bundesrechtes angemessen setzen. Sie sind flexibel und sie werden vom Gericht auch oftmals verlängert. Das Gesuch um Fristverlängerung muss allerdings immer vor Ablauf der Frist gestellt werden.

Es gibt je nach kantonalem Recht gewisse Feiertage, welche nicht zu dieser Frist hinzuzählen. Diese Tatsache bezeichnet man als den sog. **Stillstand der Fristen**.

Es muss immer innerhalb dieser Fristen gehandelt werden. Die Fristen sind eingehalten, wenn am Tag des Fristablaufes ein Gesuch abgesendet wird (man schaut also auf die Handlung der Absendung und nicht auf die Ankunft eines Gesuches). Man muss die rechtzeitige Absendung beweisen können (z.B. durch Zeugen vor dem Briefkasten).

#### 2. Termine

Hier geht es um einen **festgesetzten Zeitpunkt**, nicht um ein Zeitintervall (wie bei den Fristen). Z.B. den Termin einer Zeugenvorladung

#### 3. Eventualmaxime

Die Eventualmaxime spielt eine enorme Rolle bei der Fristansetzung. Je nach kantonaler Zivilprozessordnung wird mehr oder weniger Zeit gewährt um Tatsachenbehauptungen und Beweismittel einzubringen.

#### 4. Säumnis und Wiederherstellung (restitution in integrum)

Grundsätzlich liegt Säumnis vor, **wenn eine Partei eine Prozesshandlung nicht rechtzeitig vornimmt**. In diesen Fällen wird in der Regel der Prozess weitergeführt und die verpassten Fristen können nicht ohne weiteres nachgeholt werden.

Rechtzeitig handeln ist keine Rechtspflicht, sondern eine **Obliegenheit**. Man ist nicht gezwungen, rechtzeitig zu handeln. Tut man dies aber nicht, dann trägt man regelmässig die nachteiligen Folgen der Nichteinhaltung dieser Frist oder dieses Termines. **Die Obliegenheit gilt nur für die Parteien**. Für die Zeugen ist eine Aussage regelmässig nicht nur eine Obliegenheit sondern eine Pflicht (z.B. Herausgabe von Urkunden kann mit Zwangsmassnahmen durchgesetzt werden, wenn eine Partei eine

Urkunde nicht herausgibt, wird dies nicht mit Zwangsmassnahmen durchgesetzt sondern der Richter wird einfach vermuten, dass diejenige Partei etwas zu verheimlichen hat).

Die Säumnis muss aber nicht unbedingt auf Nachlässigkeit zurückzuführen sein. Alle Prozessordnungen sehen deshalb die Möglichkeit der **Wiederherstellung** (Restitution, restitutio in integrum) von zeitlichen Fristen und Terminen vor. Aber nicht voraussetzunglos: Es muss ein **Gesuch** gestellt werden, die **Gründe** für das Versäumnis müssen glaubhaft gemacht werden. Je nach Prozessordnung ist der Massstab welcher an das eigene Verschulden gestellt wird mehr oder weniger streng.

Nun kann es aber sein, dass das Gericht beim Wiederherstellungsgesuch bereits in der Sache geurteilt hat. Das Gesuch um Wiederherstellung ist hier möglich, es handelt sich dabei aber trotzdem nicht um ein Rechtsmittel.

Es gibt einige bundesrechtliche Bestimmungen, welche ähnliche Ziele verfolgen wie die kantonale Restitution. Es sind dies OR 139 und GestG 24 Abs. 2.

### III. Verfahrensdauer

#### 1. Verfahrensdauer und Zivilprozess als rechtspolitisches und praktisches Problem

Es handelt sich dabei in erster Linie um ein rechtspolitisches Problem. Bis ein Prozess definitiv rechtskräftig abgeschlossen worden ist, kann es Jahre dauern. Dies ist vor allem problematisch für denjenigen, der etwas von der anderen Partei will.

#### 2. Möglichkeit der Beschleunigung der Verfahren

Deswegen versucht man in gewissen Verfahren (wo es teilweise um elementare Ansprüche wie z.B. Lohn geht) eine Verfahrensbeschleunigung zu bewerkstelligen. Es wird also von Bundesrechts her versucht, gewisse Verfahren, wo es um elementare Fragen geht, zu beschleunigen (vgl. OR 343)

Der Bundesgesetzgeber schreibt in OR 343 vor, dass das Verfahren "rasch und einfach sein muss". Diese Vorgabe hat der kantonale Gesetzgeber umzusetzen, was gar nicht so einfach ist.

Bei der Eventualmaxime ist umstritten, ob eine Verschärfung auch eine Beschleunigung des Verfahrens mit sich bringt oder ob dies nur die Kompliziertheit und Verwirrungen erhöht und somit auch wieder die Prozessdauer.

Eine Beschleunigung des Prozesses wird hauptsächlich mit der **Verkürzung der Fristen** und der **Erschwerung der Fristerstreckung** erreicht.

### IV. Prozesskosten in einem Zivilprozess

Die Prozesskosten kann man unterteilen in **Gerichtskosten** und **Parteikosten**.

#### 1. Gerichtskosten (sog. ordentliche Kosten, o. Kosten)

Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus den **Urteilstkosten** und den **Auslagen des Gerichtes**. Wie hoch dieses Kosten sind hängt regelmässig vom Streitwert ab der zu beurteilenden Sache ab.

#### 2. Parteikosten (sog. ausserordentliche Kosten, e. Kosten)

Die Parteikosten sind in erster Linie **Anwaltskosten**, für welche es kantonale Honorartarife gibt. Auslagen der Parteien werden eher zurückhaltend zugesprochen.

#### 3. Vorschüsse für Gerichtskosten

In der Regel muss man für den Zivilprozess die **mutmasslichen Kosten vorschliessen**. (siehe Art. 123-125 ZPO) Die klagende Partei hat den Kostenvorschuss zu leisten. Der Kostenvorschuss richtet sich nach den mutmasslichen Kosten des Prozesses, somit wird er hauptsächlich nach dem eingeklagten Streitwert bemessen. Wenn der Kostenvorschuss nicht geleistet wird, dann fehlt regelmässig eine **Prozessvoraussetzung**. Wenn er also nicht geleistet wird, dann wird das Verfahren abgeschrieben. Dies hat jedoch keine materielle Wirkung. Man kann den Prozess problemlos ein zweites Mal einreichen. Durch Nichtzahlung tritt keine Verwirkungsfolge ein.

Zu unterscheiden ist dabei jedoch von Vorschüssen bei Beweisanträgen. Wenn hier der Vorschuss nicht bezahlt wird, kann das Auswirkungen auf die materielle Frage haben, weil das entsprechende Beweismittel nicht abgenommen wird. Der Vorschuss kann eventuell nicht mehr später bezahlt werden, weil die Frist für das Beweismittel abgelaufen ist (Eventualmaxime).

Wenn man mit einem Urteil an die nächsthöhere Instanz geht, muss man regelmässig erneut Kostenvorschuss zahlen (für das Apellationsverfahren). Auch hier gilt, wenn der Kostenvorschuss nicht geleistet wird, ist definitiv fertig (erneut Rechtsmittel einlegen ist nicht mehr möglich). Weil ja bereits ein erstinstanzliches Urteil vorliegt, kann man nicht neu kommen.

#### 4. Prozesskaution (Parteikostensicherheit)

Hier geht es darum, dass die **Parteikosten der Gegenseite sichergestellt** werden. Regelmässig hat die beklagte Partei eine Kautions zu hinterlegen. In der Praxis kann dies z.B. der Fall sein, wenn die beklagte Partei im Ausland weilt und die Gefahr hoch ist, dass sie sich nach einem verlorenen Prozess absetzt und nicht mehr von sich hören lässt (resp. die Prozesskosten nicht bezahlt).

#### 5. Verteilung der Prozesskosten

**Grundregel:** Wenn es Kosten gibt, werden die Kosten nach dem **Verfahrensausgang** verteilt.

Die Prozesskosten werden bei teilweisen Obsiegen anhand des Umfangs des gutgeheissenen Anteils einer Klage verteilt (z.B. wurde eine Klage auf Schadenersatz von 1000.- eingereicht und heisst das Gericht einen tatsächlichen Schadenersatz von 500.- Franken gut. So werden die Klagen zu 50% auf die beiden Parteien verteilt). Dies führt zur Konsequenz, dass man sich (gerade bei Leistungsklagen) vorher gut überlegen muss, wieviel man klagen möchte, wieviel angemessen sein wird.

Vom obgenannten Grundsatz die Ausnahme ist, dass **unnötige Kosten** derjenige zu bezahlen hat, welcher sie verursacht hat.

**GV-Beschlüsse** wurden früher niemals angefochten, weil das Kostenrisiko viel zu hoch war. Das OR hat nun einen Teil dieses Kostenrisikos auf die Gesellschaft abgewälzt um die Anfechtung von GV-Beschlüssen realistisch zu machen.

Teilweise hat das BGer auch Prozesskosten an **Dritte** abgewälzt. z.B. auf einem Anwalt, der ein offensichtlich aussichtsloses Rechtsmittel ergriffen hat.

#### 6. Verfahren ohne Gerichtskosten

Bei gewissen Verfahren wird von Bundesrechts her vorgeschrieben, dass keine Gerichtskosten entstehen sollen. Diese Bestimmungen sind immer im Zuge von Revisionen eingeführt worden. Deswegen sind diese Verfahren ohne Gerichtskosten ziemlich **inkohärent** und nicht zentral geregelt.

**Sonderfall** Kindesbeistand im Scheidungsprozess der Eltern (Art. 147 Abs. 3 ZGB). Fraglich ist, wer den Kindsbeistand bezahlt; man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass die Eltern an der Scheidung schuld sind und somit die Eltern die Kosten zu tragen haben. Diese Meinung wird oft mit Verweis auf ZGB 276 I behauptet. Dort wird von den Unterhaltskosten der Eltern für die Kinder gesprochen und dabei ausdrücklich Kindesschutzmassnahmen miteinbezogen. Diese Meinung wird vom Referenten als falsch angeschaut. Die Kosten für den Kindsbeistand sind nach Meinung des Referenten Verfahrenskosten und nach den Regeln der Prozesskosten zu verteilen.

Je nach Kanton ist die Kostendeckung für den Kindsbeistand unterschiedlich geregelt.

#### 7. Unentgeltliche Rechtspflege

Die **Voraussetzungen** der unentgeltlichen Rechtspflege werde in Art. 29 Abs. 3 BV genannt. Das Verfahren darf **nicht aussichtslos** sein (Laut BGer "würde ein vernünftiger Mensch mit genügenden Mitteln diesen Prozess führen"). Zudem muss der Gesuchssteller natürlich **hablos** sein.

Das Gesuch muss am **Anfang des Verfahrens** gestellt werden. es wird nur ausnahmsweise rückwirkend gewährt.

Nach der Ansicht des Referenten ein heikles Problem ist, dass der Instruktionsrichter (Verfahrensleiter) regelmässig über die unentgeltliche Rechtspflege entscheidet. Dabei spielt es ja - wie vorhin erwähnt - eine Rolle ob das Verfahren aussichtslos ist oder nicht. Der Verfahrensleiter dürfte aber darüber eigentlich nicht entscheiden. Er sollte nicht vorgefasst sein.

## § 6 Erläuterungen zu weiteren zentralen Rechtsinstituten des Zivilprozessrechtes

Unter diesem Paragraphen wird die Frage der sog. materiellen Rechtskraft, der Rechtshängigkeit erläutert. Zudem das Thema des Streitgegenstandes.

### I. Die Prozessvoraussetzungen

#### 1. Vorliegen des Prozessvoraussetzungen als Eintretensvoraussetzung auf die Klage

Damit das Gericht überhaupt in der Sache urteilt (also schlussendlich ein Sachurteil fällen wird), müssen alle Prozessvoraussetzungen gegeben sein.

#### 2. Die Prozessevoraussetzungen im Einzelnen

Zuerst einmal muss ein **Rechtsschutzinteresse** vorliegen

Unproblematisch ist die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses bei der **Leistungsklage** (Wer eine Leistung fordert, hat gewungenermassen ein Rechtsschutzinteresse).

Problematischer ist die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses bei der Feststellungsklage (wenn es darum geht, dass ein bestimmtes Recht festgestellt wird). Z.B. bei der Feststellung, dass jemand dem andern Geld schuldet, wäre ebenso eine Leistungsklage möglich.

Dieses Feststellungsinteresse spielt bei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Feststellungsklage eine grosse Rolle: Das BGE hat dabei ausgeführt, dass eine Feststellungsklage nicht möglich ist, solange in der gleichen Sache eine Leistungsklage möglich wäre. Somit wäre also eine Klage auf Feststellung der Schuld - wie sie oben erwähnt wird - nicht möglich.

---

20. Dezember 2005

Wenn eine Streitsache schon einmal beurteilt worden ist, oder noch rechtshängig ist, wird das Gericht nicht erneut auf die Klage eintreten.

Erneut: Keine Prozessvoraussetzung ist die Sachlegitimation. Ob die Sachlegitimation einer Partei gegeben ist oder nicht, wird im Sachurteil des Verfahrens entschieden.

#### 3. Prüfung der Prozessvoraussetzungen

Die Prozessvoraussetzungen sind vom Gericht grundsätzlich **von Amtes wegen** zu prüfen. Dies ist die Regel (ausdrücklich oder stillschweigend) wie sie in allen kantonalen Prozessvoraussetzungen gilt. Selbstverständlich kann das Gericht aber nicht immer wissen, ob eine Streitsache schon einmal vor Gericht beurteilt worden ist oder irgendwo noch rechtshängig ist. Somit ist die Untersuchungsmaxime insofern zu relativieren, dass von den Parteien Hinweise gemacht werden können (insbesondere die beklagte Partei kann interessiert daran sein, dass eine Klage an den Prozessvoraussetzungen scheitert).

### II. Klage und Gesuch

Die "Klage" und das "Gesuch" sind - obwohl begrifflich anderslautend - eigentlich dasselbe. Wenn ein kürzeres Verfahren eingeleitet wird, spricht man regelmässig von einem "Gesuch" (z.B. ein Gesuch für provisorische Massnahmen). Aber inhaltlich betrachtet, sind sie eigentlich dasselbe, nämlich ein **Rechtsschutzbegehren** an das Gericht.

#### 1. Die Klage im Allgemeinen

Unter dem **Begriff** der "Klage" kann man verschiedenes verstehen: Das **Schriftstück** mit Rechtsbegehren und Begründung an das Gericht, die **Klageart** oder das **Klagerecht** (ungeschriebenes Bundesrecht: Wenn die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und richtig prozessiert wird, wird ein Sachurteil garantiert).

Die **Form** der Klage richtet sich nach dem kantonalen Prozessrecht: für ordentliche Prozesse ist in der Regel eine schriftliche Klageanhebung notwendig, für einfachere Prozesse (z.B. Sozialprozess) kann teilweise eine mündliche Klageanhebung möglich sein.

**Inhalt** der Klage: Jede Klage setzt voraus, dass ein **Rechtsbegehren** gestellt wird. Dieses Rechtsbegehren muss optimalerweise so formuliert sein, dass das Gericht dieses gleich als Sachurteil verwenden kann, wenn die Klage gutgeheissen wird. Jede Klage, sollte (Obliegenheit) eine tatsächliche Begründung enthalten. Eine rechtliche Begründung ist nicht notwendig, weil das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet ("iura novit curia"). Allerdings muss sich der Kläger sehr genau überlegen, für welche Tatbestandselemente einer Norm er die Beweislast trägt (z.B. OR 41). Deshalb muss er sich gezwungenermassen auch überlegen, welche rechtliche Begründung des Gerichtes er anstreben möchte: **Die Beweislastverteilung gibt für den Kläger das Drehbuch vor, für die tatsächliche Behauptungen.**

Insbesondere zu den Rechtsbegehren: Beide Prozessparteien tun gut daran, eventualiter - als Ersatzbegehren - Anträge zu stellen. Weil man vergessene eventualiter Anträge später oftmals nicht mehr geltend machen kann. Sei es, weil eine Klageänderung zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr möglich ist (Eventualmaxime) oder weil man eine bereits abgeschlossene Sache nicht mehr erneut vor Gericht bringen kann (negative Prozessvoraussetzungen).

## 2. Die Klagearten

Die **Leistungsklage** ist das einfachste aller Rechtsbegehren: Der Kläger fordert vom Beklagten eine Leistung

Die **Unterlassungsklage** ist sozusagen eine negative Leistungsklage: der Beklagte wird gerichtlich angewiesen, etwas zu unterlassen (z.B. die Unterlassung der Veröffentlichung einer persönlichkeitsverletzenden Biographie).

Die **unbezifferte Forderungsklage** ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Nämlich wenn es dem Kläger im Zeitpunkt der Klageanhebung noch nicht möglich ist, den Schaden zu beziffern. (Dies kann z.B. der Fall sein, wenn man z.B. Schadenersatzklage aufgrund der Kosten aus einem Unfall erhebt, noch immer in Behandlung steht und die folgenden Kosten noch nicht genau abschätzen kann). Aus reiner Faulheit einen Anspruch nicht zu beziffern, ist also nicht möglich.

Vom Bundesrecht ebenfalls garantiert ist die **Teilklage**. Die Teilklage setzt natürlich voraus, dass die Forderungen teilbar sind. Bei der **echten Teilklage** hat man einen Rechtsgrund (eine Kausalität) für beide Teile. Bei **unechten Teilklagen** basieren die verschiedenen Teile auf einer anderen Rechtsgrundlage.

Die **Gestaltungsklage** ist eine Klageart, welche ein Recht oder ein Rechtsverhältnis umfassend gestaltet (z.B. Scheidungsklage ZGB 114/115, Anfechtung eines Vereinsbeschlusses ZGB 75, OR 706).

Die **Feststellungsklage** ist positiv oder negativ möglich. Es geht immer um die Feststellung von Rechten und Rechtsverhältnissen. Aufgepasst: Tatsachen (wie z.B. die Echtheit von Urkunden) sind keine Feststellungsobjekte. Bei der Feststellungsklage braucht es ein sog. Feststellungsinteresse (was eigentlich nichts anderes ist, als des Rechtsschutzinteresse). Wesentlich ist der Grundsatz, dass man dann kein Feststellungsinteresse mehr hat, sobald man auch alternativ auf Leistung klagen könnte (Subsidiarität zur Leistungsklage)<sup>4</sup>. Schwierig gestaltet sich oftmals auch die Unterscheidung zwischen Gestaltungs- und Feststellungsklagen. Keine Feststellungs-, sondern Gestaltungsklagen sind:

- Eheungültigkeitsklage (Art. 106 /108 ZGB)
- Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft (Art. 256 ZGB)
- Anfechtung der Anerkennung (Art. 260a ZGB)
- Trotz Wortlaut des Gesetzes ("Feststellung") auch nicht die Vaterschaftsklage (Art. 261 Abs. 1 ZGB)

Die **Widerklage** kehrt die Parteistellungen um (Der Beklagte wird zum Kläger und umgekehrt). Die Voraussetzungen für eine Widerklage sind, dass eine **Hauptklage rechtshängig** ist, die **gleiche Verfahrensart** (z.B. ordentlicher Prozess oder einfacher Prozess) für die Widerklagen angewendet werden kann und dass die gleiche **sachliche Zuständigkeit** des Gerichtes besteht. Es muss ein sachlicher Zusammenhang (Konnexität) zwischen der Hauptklage und der Widerklage bestehen, z.B. Klagen aufgrund des gleichen Rechtsverhältnis. Die Konnexität ist zu verneinen, wenn lediglich prozessökonomische Gründe für eine Widerklage sprechen.

Bei der **Actio Dublex** ("doppelseitige Klage") kann die beklagte Partei, ohne Widerklage ergreifen zu müssen, rechtliche Anträge stellen. Die Anwendungsfälle der Actio Dublex sind im Bundesrecht geregelt (z.B. Erbrechtliche Teilungsklage Art. 604 Abs. 1 ZGB, Aufhebungsklage von gemeinschaftlichen Eigentum Art. 650

---

<sup>4</sup> Die grosse Ausnahme ist hier der Bereich der Klagen im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen. Hier lässt das Bundesgericht zu, dass man Feststellungsklagen gehäuft mit Leistungsklagen einreicht.

Pro Memoria: Die **Verbandsklage** als eigenständiger Anspruch des Verbandes auf Feststellung aber nicht auf Leistung (Art. 10 UWG).

Pro Memoria: Die sog. **“Class Action”** in der Schweiz nicht vorgesehen

Wenn mehrere Klagen in einem Prozess geltend gemacht werden, die eigentlich alle in einem selbstständigen Prozess geltend gemacht werden könnten spricht man von **objektiver Klagehäufung**: Auch hier muss eine gewisse **Konnexität** der Klagen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht bestehen. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit ist in Art. 7 Abs. 2 GestG geregelt. Zusätzlich zur Konnexität muss auch hier als Voraussetzung die **gleiche sachliche Zuständigkeit** und die **gleiche Verfahrensart** vorhanden sein. Die objektive Klagehäufung ist strikt von der subjektiven Klagehäufung (mehrere Personen als Parteien) zu trennen; objektive und subjektive Klagehäufung schliessen sich gegenseitig nicht aus.

Der **Streitwert** einer Sache wird regelmässig durch das klägerische Rechtsbegehren bestimmt. Die Bestimmung des Streitwertes ist eine wichtige Sache, weil davon die **sachliche Zuständigkeit**, die **Kosten** und die **Rechtsmittel** (bei Bagatellprozessen kann man in der Regel das Urteil nicht so leicht weiterziehen) eines Verfahrens abhängen. Wiederkehrende Leistungen sind als Summe zusammenzuzählen. Bei subjektiver und objektiver Klagehäufung sieht das kantonale Prozessrecht die Regeln für die Bestimmung des Streitwertes vor (vergleiche Art. 19/20 ZPO LU). Bei Haupt- und Widerklage sehen die meisten Kantone keine Addition der beiden Forderungen vor.

### 3. Das Gesuch im Allgemeinen

Hier geht es inhaltlich gesehen eigentlich auch um eine Klage. Das Gesuch ist aber meist etwas “luftigeres” als eine Klage; etwas, was man schneller machen kann. Dies deshalb, weil beim Gesuch oft nur etwas **glaubhaft** (also kein Beweis) zu machen ist. Anwendungsfälle sind hauptsächlich vorsorgliche Massnahmen (wie z.B. Eheschutzmassnahmen) oder die Gesuche um Fristerstreckung.

---

10. Januar 2006

## III. Rechtshängigkeit und Klageanhebung

### 1. Rechtshängigkeit (Litispandez)

Die Rechtshängigkeit ist ein Institut, welches **nur prozessuale Wirkungen** hat. Es geht eigentlich um einen **Zeitpunkt**, an welchem der Prozess eingeleitet wird und somit vor einem Gericht hängig ist. Die Wirkungen (prozessualer Natur) der Rechtshängigkeit sind :

- Die **Fixierung des Gerichtsstandes** (So spielt keine Rolle mehr z.B., wenn der Kläger nach dem Eintreten der Rechtshängigkeit seinen Wohnsitz verlegt. Der Gerichtsstand bleibt bestehen.).
- **Sperrwirkung** (Dabei spielt die Identität des **Streitgegenstandes** eine wichtige Rolle. Mit der Sperrwirkung soll verhindert werden, dass ein zweiter paralleler Prozess über denselben Streitgegenstand geführt wird.).

Das Prozedere der Sperrwirkung bestimmt **Art. 35 Abs. 1 GestG**: Das zweitangerufene Gericht wartet den Eintretensentscheid des ersten Gerichtes ab. Erklärt sich das erste Gericht für die Klage zuständig, tritt das zweite Gericht aufgrund der Sperrwirkung nicht auf die Klage ein (Nichteintretensentscheid). Damit soll verhindert werden, dass zwei parallele Prozesse über denselben Rechtsgegenstand stattfinden (und eventuell widersprüchliche, verschiedene Urteile gefällt werden).

Problematisch ist oftmals die **Frage des Streitgegenstandes**: Wann liegt ein gleichgerichteter Prozess vor. Insbesondere können zum Beispiel Leistungsklagen mit gleichlautenden Summe zwischen den gleichen Parteien ungleichgeartet sein, weil sie auf verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen (z.B A fordert von B im Kanton Luzern 10 000.- Fr. aufgrund einer Vertragsverletzung und im Kanton Zürich 10 000.- Fr. Aufgrund einer Kausalhaftung)

Während die **Rechtshängigkeit** aufgrund der Sperrwirkung zwei gleichzeitige Urteile über denselben Streitgegenstand verhindert, verhindert die **Rechtskraft** zeitlich nachfolgende Urteile über denselben Streitgegenstand. Die Institutionen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft sind also dafür da um widersprüchliche Urteile zu verhindern und um eine gewisse Prozessökonomie zu bewirken.

Wann (also der **Zeitpunkt**) die Rechtshängigkeit eintritt, entscheidet sich in der Regel nach kantonalem Zivilprozessrecht. In Luzern gilt z.B. Art. 197 ZPO: Die Rechtshängigkeit beginnt bei Einreichung des Aussöhnungsgesuches vor dem Zivilrichter. Wo kein Aussöhnungsversuch notwendig ist, tritt die Rechtshängigkeit mit der Einreichung der Klage vor das Gericht ein.

Also der **Zeitpunkt der Rechtshängigkeit** richtet sich nach **kantonalem Recht**, die **Wirkung** der Rechtshängigkeit allerdings nach **Bundesrecht** (Art. 35 GestG). Man beachte auch die Ausnahmen im Scheidungsrecht (Art. 135-149 ZGB), bezüglich dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit findet sie sich in Art. 136 ZGB.

Die Rechtshängigkeit ist abzugrenzen vom **Institut der Fortsetzungslast** (Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der sog. *Prosequierungspflicht*). Bei der Fortführungslast geht es um eine **Obliegenheit**; ab einem bestimmten Zeitpunkt in einem eingeleiteten Prozess, ist man als Kläger gewissermassen "verpflichtet" den Prozess weiterzuziehen, oder auf den geforderten Anspruch (für immer) zu verzichten. Weil eine zweite Klageanhebung danach unmöglich wird.

Grundsätzlich bestimmt das kantonale Zivilprozessrecht den frühesten Zeitpunkt der Fortführungslast, es gibt jedoch bundesrechtliche Vorgaben:

Früher gab es in kantonalen ZPOs Bestimmungen, welche eine Verwirkung eines materiellrechtlichen Anspruchs nach einer bestimmten Frist bei der Ausstellung des Weisungsscheins (Schlichtungsverfahren) vorsahen. Diese Bestimmungen wurden vom Bundesgericht als unzulässig erklärt, weil es Sache des Privatrechts (und nicht des formellen kantonalen Rechts) ist, zu bestimmen, wann ein Recht verwirkt wird. Zudem ist es nicht zulässig, dass ein Recht verwirkt werden kann, bevor es überhaupt von einer erkennenden Instanz beurteilt wurde (ein Schlichtungsverfahren kann nicht mit einem Urteilsspruch enden). Somit kann die Fortführungslast frühestens beginnen, wenn das Begehren bei einem **erkennenden Gericht** eingereicht wurde, welches in der Sache entscheiden muss. (Eine Schlichtungsstelle hat keine Entscheidungspflicht, ist also kein erkennendes Gericht).

Kantonale Bestimmungen welche eine Prosequierungspflicht des Sühneverfahrens vorsehen sind somit **nichtig**. Damit auch Absatz 3 von § 45a der ZPO vom Kanton BS, welcher in den Folien aufgeführt ist.

Umgekehrt ist zu fragen, bis wann ein Klagerückzug ohne Folgen der materiellen Rechtskraft zuzulassen ist (so dass der Kläger nur die Prozesskosten bezahlen muss und erneut Klage in der gleichen Sache einreichen kann). Auch hier muss es einen Zeitpunkt geben, bei dem ein Rückzug nicht mehr möglich ist (Aufgrund der Rechtskraft spätestens bei ihrem Vorliegen, weil danach ja keine neue Beurteilung in der Streitsache möglich ist. Allerdings ist eine frühere Zeitpunktsfestsetzung sinnvoller, weil ansonsten Kläger, welche einen negativen Richterspruch erahnen, kurz vor der Urteilssprechung ihre Klage zurückziehen können). Der Referent interpretiert die verschwommene Ausdrucksweise des Bundesgerichtes so, dass ein Klagerückzug nicht mehr möglich ist, sobald der **Beklagte** auf die Klage **geantwortet** hat. (Somit scheint die luzerner Regelung des "Klagerückzugs" nach Art. 113 Abs. 3 ZPO nichtig!)

## 2. Begriff der Klageanhebung

Die Klageanhebung ist ein Rechtsinstitut, welches vom **Bundesrecht** beherrscht wird.

Welches ist der **Nutzen** des Institutes der Klageanhebung? Das Bundesgericht wurde oft vor das Problem der Unterbrechung von Verjährungsfristen und deren rechtzeitigen Einhaltung gestellt. Deswegen hat es diesen Begriff geschaffen, um einen **einheitlichen Zeitpunkt** zu schaffen (unabhängig von der Rechtshängigkeit) um festzustellen, ob jemand eine Frist eingehalten hat oder nicht. Achtung: Klageanhebung und Rechtshängigkeit sind zwei verschiedene Rechtsinstitute, auch wenn deren Zeitpunkt oftmals zusammenfällt.

Das Bundesgericht hat den Zeitpunkt der Klageanhebung folgendermassen definiert: "Klagenanhebung liegt meistens vor bei der Anrufung des Friedensrichters. Aber nicht jedes friedensrichterliche Verfahren genügt zur Klageanhebung; nur wenn zwischen dem friedensrichterlichen Verfahren und dem folgenden Prozess ein Zusammenhang (Konnex) besteht. Ein Zusammenhang (Konnex) besteht dann, wenn die Sache nach Scheitern vor der friedensrichterlichen Instanz automatisch vor eine entscheidende Instanz kommt, oder wenn der Kläger gezwungen ist, den Prozess weiterzuführen."

Der Vorentwurf zur schweizerischen Zivilprozessordnung sieht vor, dass der Zeitpunkt der Klageanhebung mit dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gleichgesetzt wird. Diese Bestimmung hat man vorgesehen, dass man nicht alle Bundesrechte (OR, ZGB) ändern muss. Quintessenz daraus ist, dass im neuen Recht die Rechtshängigkeit materielle Wirkungen haben wird (so entscheidet der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nämlich, ob eine materiellrechtliche Frist eingehalten worden ist oder nicht).

## IV. Prozessleitende Verfügungen und Urteile

### 1. Die prozessleitende Verfügung als Instrumentarium der Prozessleitung durch das Gericht

Die prozessleitenden Verfügungen sind keine Entscheide in der Sache selber. Es geht um das **Instrumentarium**, welches das Verfahren zu präpariert und fortsetzt. Es handelt sich also sozusagen um das Management des Prozesses.

## 2. Die Urteile (Übersicht)

Das Urteil spricht sich entweder über die **Prozessvoraussetzungen** (Prozessurteil) oder über die **materiellrechtliche Rechtslage** (Sachurteil) aus.

Die Terminologie in den Kantonen ist schwankend und teilweise nicht gar in der gleichen Zivilprozessordnung ungleichmässig; in Luzern wird sauber differenziert zwischen Sachurteil (wird durchgehend "Urteil" genannt) und Prozessurteil (wird durchgehend "Entscheid" genannt).

Das **Zwischenurteil** ist ein Sachurteil, welches aber noch kein Endurteil ist und somit also keine prozessleitende Verfügung. Weil es sich mit der materiellen Rechtsfrage auseinandersetzt (z.B. Ein engültiger Entscheid des Richters über die Einrede der Verjährung)

Ein **Teilurteil** urteilt nur über einen Teil des Rechtsbegehren des Klägers (wenn ein Bestandteil des Rechtsbegehren des Klägers bereits spruchreif ist, kann der Richter über diesen Bestandteil bereits Urteil sprechen. So kann er z.B. ein Feststellungsurteil fällen, dass die Persönlichkeit verletzt wurde, die Leistungsklage auf Genugtuung jedoch weiter verhandeln).

Die Terminologie "**Leistungs-**, **Feststellungsurteil-** und **Gestaltungsurteil**" hängt von der Art der Klage ab. Im Grunde genommen handelt es sich dabei nur um eine begriffliche Unterteilung von Sachurteilen. Es ist durchaus möglich, dass dasselbe Sachurteil verschiedene "Unter"-Urteile beinhaltet. Z.B. bei der Scheidungsklage, welche mit einem Gestaltungsurteil (Scheidung, Trennung der Ehe) und einem Leistungsurteil (Unterstützungspflicht) enden kann.<sup>5</sup>

Das Urteil ist **Anfechtungsobjekt** für Rechtsmittel. Es entscheidet auch oft, welches Rechtsmittel zulässig ist.

Es gibt Urteile die **mangelhaft** (z.B. willkürliche Zeugeneinahme <sup>6</sup>) sind, nur in Ausnahmefällen sind Urteile (unbeachtlich, z.B. ein Gerichtsschreiber hat als Richter mitgewirkt, eine Scheidung wurde vom Strafgericht vorgenommen) **nichtig**. Beim mangelhaften Fall, wird ein Urteil dennoch rechtswirksam, solange es nicht innerhalb Frist mit einem Rechtsmittel angefochten wird.

Dann ist zu unterscheiden von Urteilen, welche formell **rechtskräftig**, da kein Rechtsmittel mehr innert Frist eingelegt werden kann. Solche Urteile sind unabänderlich und damit regelmässig vollstreckbar. Noch **nicht rechtskräftig** sind sie, solange noch eine Rechtsmittelfrist läuft. Nicht rechtskräftig Urteile können in der Regel nicht vollstreckt werden.

Pro Memoria: Das Vollstreckungsrecht über **Sachleistungen** findet sich in der kant. ZPO. Die Vollstreckung von **Geldleistungen** bestimmt sich nach dem SchKG.

Es gibt aber auch Urteile, welche man nicht vollstrecken kann und auch nicht vollstreckt werden müssen. Es sind dies die reinen Feststellungsurteile und die Gestaltungsurteile. Ihre Aussprechung haben die Vollstreckung sozusagen "in sich".

**Gleichgestellt** mit den Urteilen (sog. Urteilsurrogate) sind der **gerichtliche Vergleich**, der **Klagerückzug** (nach dem Zeitpunkt der Fortsetzungspflicht) oder die **Klageanerkennung** und schliesslich...

## 3. Der Abschreibungsbeschluss wegen Gegenstandslosigkeit des Verfahrens

Wenn beispielsweise während des laufenden Scheidungsverfahrens ein Ehegatte stirbt. Die Ehe wird aufgrund des gesetzlichen Grundes des Todes geschieden. Der Scheidungsprozess wird überflüssig und wird deshalb abgeschrieben.

---

17. Januar 2006

## V. Rechtsmittel und Instanzenzug

### 1. Korrektur von fehlerhaften Urteilen

Die gebräuchlichsten Rechtsmittel sind die **Apellation**, **Rekurs** und **Beschwerde** (welche in der Luzern ziemlich eigenständig geregelt ist).

---

<sup>5</sup> Stichwort "Einheit der Scheidung": Nur in Ausnahmefällen dürfen die Folgen der Scheidung in einen von der Gestaltungsklage abgetrennten separaten Prozess verwiesen werden.

<sup>6</sup> Unüblicherweise wurde gar ein Urteil welches vor der Gerichtserhandlung ergangen ist "nur" als mangelhaft taxiert. Dies soll verdeutlichen, dass nichtige Urteile äusserst restriktiv angenommen werden.

Die Rechtsmittel kann man nicht beliebig auswählen, um ein Urteil anzufechten. Sondern das **Anfechtungsobjekt** ist für jedes Rechtsmittel genauestens **definiert**. Man kann also nicht mit jedem Rechtsmittel alles rügen. Eine Apellation kann man z.B. nur einlegen, um eine falsche Anwendung eines Rechtssatzes oder eine falsche Interpretation des Sachverhaltes zu rügen (nicht möglich wäre aber z.B. die Rüge, dass ein Richter des urteilenden Gerichtes befangen war).

Es gibt auch bundesrechtliche Rechtsmittel um Urteile der letzten (üblicherweise zweiten) kantonalen Instanz anzufechten (z.B. zivilrechtliche Berufung, Staatsrechtliche Beschwerde). Wichtig ist jedoch, dass das **Bundesgericht** keine Sachverhaltsfragen überprüft sondern **nur Rechtsanwendungen**.<sup>7</sup>

Wenn also man das falsche Rechtsmittel ergreift, wird das angerufenen Gericht das Rechtsmittel zurückweisen. Ein Weiterzug des Urteils wird dann unter Umständen nicht mehr möglich, weil die restlichen Rechtsmittelfristen in der Zwischenzeit bereits abgelaufen sind. Deswegen sollte man sich immer über die korrekte Eingabe von Rechtsmitteln im Klaren sein.

## 2. Vor- und Nachteile der Rechtsmittelmöglichkeiten

**Vorteile:** Ein Rechtsmittel dient der **Qualität** und der **Akzeptanz** des Urteils. Es gibt die Mittel der Korrektur eines “ungerechten” Urteils.

**Nachteil:** Es gibt weniger Rechtsfrieden, weil sich die Streitigkeiten aufgrund der Rechtsmittelmöglichkeiten teilweise sehr lange hinziehen.

## 3. Legitimation

Es geht bei der Legitimation um die **Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen**. Also um die Frage “Wer kann ein bestimmtes Urteil anfechten?”

Legitimiert sind regelmässig die **Hauptparteien**. Daneben aber auch manchmal **Nebenparteien**, die nicht behaupten aktiv- oder passivlegitimiert zu sein, wie .z.B. Nebenintervenienten und Streitberufene (Solange sie sich damit nicht in Widerspruch mit dem Willen der Hauptpartei begeben). Teilweise sogar **Dritte**, die vom Verfahren direkt betroffen sind. (in Luzern haben die Zeugen z.B. die Möglichkeit nach Art. 169 II ZPO prozessleitende Verfügungen bezüglich der Aussagepflicht anzufechten)

Die Legitimation zur Rechtsmittelergreifung sieht ähnlich aus wie die Aktivlegitimation, ist aber nicht ganz dasselbe wie man oben ausdrücklich sieht.

## 4. Taugliches Anfechtungsobjekt

Man muss in der kantonalen Verfahrensordnung genau schauen, welches Rechtsmittel für die angestrebte Rüge verfügbar und tauglich ist. Zudem muss man beachten, welche Rechtsmittel bezüglich einer bestimmten Hierarchie zur Verfügung stehen. So schliessen z.B. bestimmte Rechtsmittel andere subsidiäre Rechtsmittel aus.<sup>8</sup>

## 5. Zulässige Rügen und Kognition

Begriff “*Beschränkte Kognition*”: Das Gericht prüft nur unscharf, ob Unrichtigkeiten aus dem vorhergehenden Urteil so richtig “entgegenpringen”. So z.B. die Willkürprüfung vor Bundesgericht; das BGer wird sich das vorhergehende Urteil nicht in Details anschauen, sondern nur, ob markante Punkte vorhanden sind, welche die Richter stutzig machen.

Der Referent kritisiert den Begriff der Kognition, weil er sich eigentlich aus der vorgebrachten Rüge ergibt.

## 6. Kategorien von Rechtsmitteln

Alle Rechtsmittel können in bestimmte Kategorien eingeordnet werden. Damit kann eine gute Charakterisierung der Rechtsmittel vorgenommen werden:

---

<sup>7</sup> Eine Ausnahme davon bildet gewissermassen die Prüfung auf Willkür mittels Staatsrechtlicher Beschwerde

<sup>8</sup> Beispiel Bundesrecht: Die staatsrechtliche Beschwerde ist subsidiär zur Zivilrechtlichen Berufung. Wenn die Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Berufung vorhanden wären, dann ist die Staatsrechtliche Beschwerde nicht möglich (Das BGer würde also nicht darauf eintreten, wenn sie trotzdem erhoben würde).

**Devolutiv** oder **nicht devolutiv**: Die meisten Rechtsmittel haben den Effekt, dass die Streitsache von der nächsthöheren Instanz entschieden wird (devolutiv). Nicht der Fall ist dies jedoch bei der sog. Revision<sup>9</sup> (Folie 203), weil dabei keine Instanzen verloren gehen sollen.

**Reformatorisch** oder **kassatorisch**: Reformatisch bedeutet, dass die Rechtsmittelinstanz nicht nur den angefochtenen Entscheid aufhebt, sondern zusätzlich gerade neu entscheidet in der Sache. Beim kassatorischen Rechtsmittel hebt die obere Instanz das Urteil nur auf und schickt es zur Neuerwägung an die vorherige Instanz zurück.

Es gibt Rechtsmittel, die reformatorisch und kassatorisch sind; d.h. die Rechtsmittelinstanz kann entscheiden, ob es in der Sache selber entscheiden möchte oder das vorherige Urteil nur kassiert und zur Neu beurteilung zurückschickt. (z.B. die Berufung an das Bundesgericht; Das Bundesgericht kann selber in der Sache entscheiden, wenn die Sache bereits spruchreif ist. In der Regel bewendet es sich jedoch bei der Kassation der verworfenen Urteile).

**Ordentliches** oder **ausserordentliches** Rechtsmittel: Wichtig ist diese Unterscheidung im Hinblick auf die Rechtskraft des vorhergehenden Urteils. Beim ordentlichen Rechtsmittel wird die formelle Rechtskraft des Urteils für die Zeit der Rechtsmittelfrist aufgeschoben (*Suspensiveffekt*; aufschiebende Wirkung). Die ausserordentlichen Rechtsmittel (z.B. die staatsrechtliche Beschwerde) haben dagegen keinen Suspensiveffekt von Gesetzes wegen, d.h. die formelle Rechtskraft tritt auch schon ein, wenn noch ein ausserordentliches Rechtsmittel möglich ist. Jedoch ist der Aufschub der Vollstreckbarkeit des Urteils auf gerichtliche Anordnung hin auch bei ausserordentlichen Rechtsmitteln möglich (er muss jedoch beantragt werden).

Im Allgemeinen hat die Beschwerde keinen Suspensiveffekt. In Luzern ist dies jedoch nicht der Fall (Art 267 ZPO), die Beschwerde in Luzern ist dann ein ordentliches Rechtsmittel, wenn sie gegen eine Sachurteil eingelegt wird. Ein ausserordentliches Rechtsmittel jedoch, wenn sie gegen Prozessurteile oder prozessleitende Verfügungen eingelegt wird.

**vollkommene** oder **unvollkommene** Rechtsmittel: Bei dieser Unterscheidung wird hinsichtlich der Vollkommenheit der Neuüberprüfung unterschieden. Bei unvollkommenen Rechtsmitteln (wie z.B. bei der Berufung an das Bundesgericht, wo nur die Anwendung des Bundeszivilrecht geprüft werden und nicht z.B. die korrekte Zeugeneinvernahme vorheriger Instanzen) werden nur bestimmte Prüfungsfragen und Rechtsbereiche überprüft. Dagegen steht die Apellation wo Rechts- und Sachverhaltsfragen uneingeschränkt neu geprüft werden.

Rechtsbehelfe: **Erläuterungen** und **Berichtigungen** sind nicht wirklich Rechtsmittel. Denn sie stossen kein Urteil um, sondern korrigieren es nur hinsichtlich ihrer Klarheit und Ausführlichkeit. Die Berichtigung dient der Behebung von offensichtlichen Kanzleifehlern während Erläuterungen über unklare Stellen Auskunft geben sollen.

## 7. Der Instanzenzug im Kanton (kantonalrechtliche Rechtsmittel)

Die Regel sieht zwei kantonale Instanzen vor, die Ausnahme drei kantonale Instanzen. In manchen Fällen wird von Gesetzes wegen nur eine kantonale Instanz (z.B. bei patentrechtlichen Streitigkeiten) vorgesehen.

## 8. Der Instanzenzug an das Bundesgericht

Wesentlich ist Tatsache, dass das Bundesgericht im Rahmen der Zivilrechtsbeschwerde nur rechtliche Fragen prüft. Ausnahme ist im Rahmen der Staatsrechtlichen Beschwerde die Willkürprüfung.

## VI. Formelle und materielle Rechtskraft

Man unterscheidet zwischen der **formellen** und der **materiellen** Rechtskraft. Diese beiden Institute stehen dadurch im Zusammenhang, dass die formelle Rechtskraft die **Voraussetzung** der materiellen Rechtskraft ist. Die materielle Rechtskraft hat die Auswirkung, dass niemals zweimal in der gleichen Sache geurteilt wird.

### 1. Formelle Rechtskraft des Urteils ("äussere Rechtskraft")

Ein Urteil ist dann formell rechtskräftig, **wenn es nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann**. Mit der formellen Rechtskraft tritt auch die materielle Rechtskraft ein. D.h. das Urteil wird grundsätzlich **unabänderlich**. Davon gibt es zwei **Ausnahmen**, wobei der Referent nur eine genannt hat:

- Wenn ein **ausserordentliches Rechtsmittel** stattgegeben wird, entfällt die formelle Rechtskraft nachträglich (typischer Fall: Gutheissung einer Staatsrechtlichen Beschwerde) und als Folge davon, auch die materielle Rechtskraft.

---

<sup>9</sup> Mit der Revision kann z.B. hervorgebracht werden, dass ein Richter bestochen war. Dann wird die Revisionsfrage von derselben Instanz (natürlich unter Ausschluss den betreffenden Richters) beurteilt (nicht devolutiv).

Der **Zeitpunkt** des Eintrittes der formellen Rechtskraft wird nach kantonalem Recht bestimmt.

Das Gericht ist jedoch schon vor Eintritt der formellen Rechtskraft an das Urteil gebunden, d.h. es kann nach der Urteilsverkündung (und vor dem Eintritt der formellen Rechtskraft) nicht einfach in der Sache neu entscheiden (**Bindungswirkung**).

In der Regel sind formell Rechtskräftige Urteile **vollstreckbar** (vgl 291 ZPO). Alle kantonalen Prozessordnungen sehen vor, dass die Vollstreckbarkeit trotz bereits eingetretener formeller Rechtskraft vom Gericht aufgeschoben werden kann (v.a. bei der Einlegung eines ausserordentlichen Rechtsmittels). Die Vollstreckung und die formelle Rechtskraft sind also auseinanderzuhalten. Umgekehrt gibt es auch Fälle wo der Entscheid zwar noch nicht formell rechtskräftig sind, aber die Vollstreckung bereits gerichtlich angeordnet wird (z.B. vorsorgliche Massnahmen im Familienrecht).

Der Aufschub der formellen Rechtskraft durch Rechtsmitteln kann auf zwei Arten geschehen:

- Einige Kantone sehen vor, dass **alle Teile** (also auch die nicht angefochtenen) eines Urteils bei der Anfechtung aufgeschoben werden. Neuere Verfahrensordnungen sehen dagegen die sog. **Teilrechtskraft** vor; d.h. **nur die angefochtenen Teile** eines Urteils werden aufgeschoben, die nicht angefochtenen Teile hingegen werden bereits formell rechtskräftig. In Luzern gilt die Teilrechtskraft (vgl. Art. 246 II, 259, 267) Zu beachten ist jedoch:
- Das Bundesrecht in gewissen Bereichen von sich aus Teilrechtskraft vorsieht, so z.B. im Scheidungsrecht nach ZGB 148.<sup>10</sup> Umgekehrt wird die Teilrechtskraft im Kontext des Gegendarstellungsrecht vom Bundesrecht für die Kantone verbindlich aufgehoben.

## 2. Materielle Rechtskraft des Urteils ("innere Rechtskraft")

Bei der materiellen Rechtskraft geht es um das Problem ob es bereits einen vorhergehenden Prozess über die **gleiche Sache** (Prozessgegenstand) mit den **gleichen Parteien** gegeben hat. In diesem Falle würde der bundesrechtliche Grundsatz "**Ne bis in idem**" gelten; die **materielle Rechtskraft verhindert ein zweiter Prozess**, welcher das kontradiktorische Gegenteil verlangt.

Wann ein identischer Prozess vorliegt ist eine Sache des **Streitgegenstandes** und ist teilweise sehr schwierig zu beantworten (so z.B. bei Leistungsforderungen).

Die materielle Rechtskraft ist **Institut des Bundesrechts**, kantonale Bestimmungen haben insofern nur deklaratorischen Charakter.

In Rechtskraft erwächst nur das Urteilsdispositiv und nicht die Begründung des Entscheides (mit der grossen Ausnahme der Verrechnungseinrede, welche in der Begründung abgehandelt wird).

Abzugrenzen von der materiellen Rechtskraft sind die familienrechtlichen Änderungsprozesse: Das ZGB ermöglicht hier etwas neu zu regeln, wenn sich die Verhältnisse grundlegend geändert haben. Dies bedeutet aber keine Durchbrechung des materiellen Rechtskraftprinzips, weil eine Änderungsprozess nur dann möglich, wenn sich die Situation dauerhaft (grundlegend) verändert hat. Eigentlich geht es dabei dann um eine neue Sache (der Streitgegenstand ist also ein neuer).

Bei der Rechtskraftdiskussion unterscheidet man zwischen zwei Grenzen:

- Die **objektiven** Grenze bestimmt der Streitgegenstand; geht es bei einer nachfolgenden Klage um die gleiche Sache oder nicht?
- Die **subjektive** Grenze bestimmt, für wann das Urteil gilt. Wer nicht Partei eines Prozesses war, muss sich das Urteil nicht entgegenhalten lassen (Hier gilt allerdings die Begrenzung der Rechtsnachfolger einer beteiligten Partei<sup>11</sup>). Die grosse Ausnahme davon sind Gestaltungsurteile mit Rechtskraftwirkung für Dritte (z.B. Anfechtung eines Vereinsbeschluss gilt auch für übrige Vereinsmitglieder) Ausnahme von der Ausnahme sind: Gestaltungsurteile ohne Rechtskraftwirkung für Dritte (insbesondere im Erbrecht).

---

<sup>10</sup> Das Scheidungsurteil kann in der Regel aus bis zu drei Teilen bestehen: Das **Gestaltungsurteil** scheidet die Ehe, das **Feststellungsurteil** setzt die Auseinandersetzung des Güterstandes vor und das **Leistungsurteil** setzt die Leistung des nahehelichen Unterhaltes fest. Wenn nun ein Ehegatte nur das Leistungsurteil anfecht, treten aufgrund der Teilrechtskraft das Gestaltungsurteil und das Feststellungsurteil bereits in Kraft. Der anfechtende Ehepartner könnte also theoretisch noch während des Anfechtungsprozesses neu heiraten, weil die Scheidung nicht aufgeschoben wurde.

<sup>11</sup> z.B. bei einer Abtretung (Zession) einer vor Gericht nicht stattgegebenen Forderung, kann der Übernehmer der Forderung nicht erneut auf Erfüllung klagen, weil er Rechtsnachfolger des vorherigen Gläubigers ist. Der neue Gläubiger muss sich das Urteil des Prozesses ebenfalls vorbehalten lassen.

## VII. Der Streitgegenstand

### 1. Zur praktischen Bedeutung des Streitgegenstandes im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit und der materiellen Rechtskraft

Bei der Frage um den Streitgegenstand geht es um die Frage, ob es sich bei einem nachfolgenden oder parallelen Prozess um die gleiche Sache handelt oder nicht. Die Frage des Streitgegenstandes hat weitreichende praktische Konsequenzen:

- **Sperrwirkung** für einen gleichzeitigen Prozess vorhanden oder nicht?
- Problem der **Klageänderung**. Ist sie möglich oder nicht?
- liegt einen **objektive Klagehäufung** vor oder nicht?
- **Materielle Rechtskraft**: Kann ein zweiter nachträglicher Prozess erhoben werden oder nicht?

#### Drei Beispiele:

1. In diesem Beispiel geht es um ein individualisiertes Leistungsbegehren. Es ist sonnenklar, was den Streitgegenstand bildet; nämlich das Grundstück XY und nicht ein anderes.
2. Hier ist bereits unklar, aufgrund welches materiellen Anspruches geklagt wird (Darlehensschuld und unerlaubte Handlung). Nur aufgrund des Rechtsbegehrens und des Urteilsdispositivs kann man über den Streitgegenstand noch keine Aussage machen. Es gibt zwei Streitgegenstände; A könnte zwei parallele Prozesse anstrengen (nämlich einer aufgrund des Anspruches aus der Darlehensschuld und einer aufgrund des Anspruches aus der unerlaubten Handlung).
3. Der Anspruch auf Zahlung kann sich in diesem Beispiel auf drei verschiedene Arten begründen. Es herrscht eine Anspruchskonkurrenz. Der Streitgegenstand ist jedoch bei allen drei Ansprüchen derselbe, nämlich geht es um den Schaden der durch das Anfahren mit dem Taxi entstanden ist. Dieses Beispiel demonstriert eindeutig, dass die der materielle Anspruch nicht mit dem Streitgegenstand gleichzusetzen ist. Denn es gibt in diesem Beispiel drei verschiedene Anspruchsgrundlagen bei nur einem Streitgegenstand.

---

24. Januar 2006

### 3. Der Streitgegenstand ist nicht mit dem materiellen Anspruch identisch

Wenn eine Klage abgewiesen wird, bedeutet dies, dass kein materieller Anspruch des Klägers gegen den Beklagten besteht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dieser Prozess keinen Streitgegenstand (Die Behauptung des Klägers, einen bestimmten materiellen Anspruch zu haben) hatte. Der Kläger kann nicht erneut eine Klage einreichen, welche sich auf den gleichen Streitgegenstand stützt. Der Streitgegenstand ist also vorhanden, obwohl der materielle Anspruch des Klägers vom Gericht verneint wurde.

Ebenfalls zu besprechen sind auch die sog. Fälle der **Anspruchskonkurrenz**. Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Nach einer Taxifahrt überfährt der Taxifahrer mit dem Taxi den Fuss eines Kunden, welcher die Koffern am auspacken war. Es entstehen Arztkosten und Berufsausfall. In diesem Beispiel hat der Geschädigte die Möglichkeit aufgrund von drei verschiedenen und unabhängigen Anspruchsgrundlagen Schadenersatz zu fordern; nämlich aus Vertragshaftung, aus Deliktshaftung oder aus SVG-Haftung. Dennoch kann der Kunde nicht mehrmals Schadenersatz verlangen, aufgrund dieser drei verschiedenen Rechtsgründe (Theorie des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffes). Er muss eine Anspruchsgrundlage auswählen für die Klage, die restlichen beiden Anspruchsgrundlagen fallen damit weg. Es gibt nur einen und nicht drei verschiedene Streitgegenstände.

### 4. Bestimmung des Streitgegenstandes

Für die Bestimmung des Streitgegenstandes folgte das Bundesgericht verschiedenen Theorien:

**materiell-rechtliche Theorie**: Diese Theorie geht davon aus, dass der Streitgegenstand mit dem **materiellrechtlichen Anspruch** identisch ist. Dies führt jedoch gerade in Fällen der Anspruchskonkurrenz zu unbefriedigenden Ergebnissen: Nehmen wir an im obgenannten Taxi-Fall klagt der Geschädigte auf Schadenersatz aufgrund von Vertragshaftung und der Taxifahrer kann während der Gerichtsverhandlung beweisen, dass kein Vertrag zustande gekommen ist. Weil nach dieser Theorie der Streitgegenstand des ersten Verfahrens streng nach dem materiellrechtlichen Anspruch bemessen wird und im konkreten Fall isoliert als "Klage auf Schadenersatz aus Vertragshaftung" gewesen wäre, ist es nun dem Geschädigten möglich, erneut eine Klage einzureichen, welche auf einem anderem Rechtsgrund (Deliktshaftung oder SVG-Haftung) beruht. Aufgrund dieser un-

befriedigenden Situationen bei Anspruchskonkurrenzen wird diese Theorie heute als überholt betrachtet und nicht mehr angewandt.

**Eingliedriger Streitgegenstandsbegriff:** Nach dieser Theorie ist immer das, was der Kläger im **Rechtsbegehren** vorbringt Streitgegenstand. Diese Theorie funktioniert solange gut, bis ein nicht individualisiertes Leistungsbegehren vorliegt (Also eine Leistungsklage, welche nicht darauf eingeht, aufgrund welcher Rechtsgrundlage eine Leistung gefordert wird.). Aufgrund dieser nicht individualisierten Leistungsbegehren hat man den eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff erweitert zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff.

**Zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff:** Nach dieser Theorie wird der Streitgegenstand durch das **Rechtsbegehren** und den zu seiner Begründung vorgetragenen **Sachverhaltskomplex** bestimmt. Man geht vom Rechtsbegehren aus, ergänzt vom Lebenssachverhalt (sog. "Identität des Lebensvorgangs"). Der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff ist momentan die vorherrschende Theorie. Die grosse Schwäche an dieser Theorie ist jedoch, dass die "Identität des Lebensvorgangs" ein relativ schwammiger Begriff ist. Diese Theorie führt dazu, dass man beim Taxifall nicht nochmals mit einer anderen Rechtsgrund kommen könnte, wenn z.B. die Vertragshaftung abgelehnt wird, da es sich um den gleichen Lebenssachverhalt (Der Taxifahrer fährt dem Kunden über den Fuss) handelt.

Die älteren Theorien war also eher klägerfreundlich (weil man unter Umständen mehr Möglichkeiten hatte, einen Sachverhalt nochmals vor Gericht zu bringen) die neueren Theorien hingegen sind umgekehrt natürlich eher beklagtenfreundlicher.

Als Repetition nochmals die Grundregel: Die Rechtskraft wirkt nur gegenüber den Parteien des Urteils und gegenüber deren Rechtsnachfolger (subjektive Grenze der materiellen Rechtskraft). Die Rechtswirkung hat keine Auswirkung auf Aussenstehende des Prozesses.

## § 7 Die Klage

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den **ordentlichen Zivilprozess**. Das Bundesrecht sieht in einigen Fällen Ausnahmen vor, wie namentlich z.B. im Scheidungsprozess.

### I. Örtliche Zuständigkeit

*Wo ist die Klage einzureichen?*

**Grundregel:** Beim Wohnsitz des Beklagten als **allgemeiner Gerichtsstand** (Art. 30 II BV, Art. 3 I lit a GestG).

Ausnahmefälle richten sich nach dem Gerichtsstandsgesetz.

### II. Sachliche Zuständigkeit

*Bei welchem Gericht soll die Klage eingereicht werden?*

Diese Frage beantwortet sich nach der kantonalen ZPO: In Luzern führt der Friedensrichter vor Prozessbeginn ein Aussöhnungsverfahren durch, sofern das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht oder nicht andere Instanzen zuständig sind (Art. 5 ZPO). Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, entscheidet der Amtsgerichtspräsident über Streitigkeiten mit einem Streitwert unter 8000 Franken oder in summarischen Verfahren (Art. 7 ZPO). Über die restlichen Verfahren entscheidet das Amtsgericht (Art. 9 ZPO).

1. Sühneverfahren (Schlichtungsverfahren)

2. Beginn des Erkenntnisverfahrens

### III. Aktivlegitimation

*Wer hat die Klage einzureichen?*

Derjenige oder diejenigen, welche ein materielles Recht geltend machen

## 1. Begriff der Aktivlegitimation

Hier geht es um die behauptete materielle Berechtigung. Es gibt auch Fälle, in denen aufgrund des materiellen Rechts zwangsweise mehrere Personen miteinander vorgehen müssen (notwendige Streitgenossenschaft), ansonsten verlieren sie den Prozess (z.B. Erbengemeinschaft vgl. 602 ZGB).

## 2. Aktivlegitimation ist keine Prozessvoraussetzung

Über die Frage der Aktivlegitimation wird während des materiellen Prozesses entschieden.

## IV. Passivelegitimation

*Gegen wen ist die Klage einzureichen?*

Auch diese Frage kann allenfalls knifflig sein. Wird ein Prozess gegen eine falsche Person eingeleitet, so wird er im Sachurteil abgewiesen werden.

Ein Beispiel: Die *einfache Gesellschaft* nach Art. 530 OR ist ein Vertrag und keine juristische Person. Wer gegen eine einfache Gesellschaft vorgehen möchte, muss die einzelnen Gesellschafter einklagen.

### 1. Begriff der Passivlegitimation

### 2. Genaue Bezeichnung der beklagten Partei(en)

Es darf kein Missverständnis entstehen. Bei natürlichen Personen ist die genaue Bezeichnung in der Regel ohne Problem

### 3. Die Passivlegitimation ist keine Prozessvoraussetzung

In den Fällen, bei denen die Passivlegitimation fehlt, ergeht ein Sachurteil. Die Klage wird gezwungenermassen abgewiesen.

## V. Form der Klage

### 1. Grundsatz: Einreichung einer schriftlich begründeten Klage

Schriftliche Klage mit Rechtsbegehren und Klagebegründung.

### 2. Einreichung des Rechtsbegehrens ohne schriftliche Begründung beim Gericht (oder bei der Gerichtskanzlei)

Mündliche Klageeinreichung beim Gerichtsschreiber ist als Ausnahme in vielen kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehen. Dies tönt an sich gut und hat eine gewisse soziale Komponente, doch bei einer mündlichen Klageeinreichung kann es schnell unübersichtlich werden. In Luzern ist die mündliche Klageeinreichung im einfachen Prozess möglich (Art. 221 ZPO).

## VI. Insbesondere zum Aufbau und Inhalt der Klage

Der Grundaufbau einer Klage ist in allen Kantonen ungefähr gleich. Zwei Elemente muss jede Klageschrift enthalten; nämlich die präzise Formulierung der **Rechtsbegehren** und die **Begründung**.

### 1. Genaue Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertretungsverhältnisse

### 2. Präzise Formulierung der Rechtsbegehren

Der Kläger muss sich gut überlegen, welche Rechtsbegehren er stellt, weil das Gericht aufgrund der Dispositionsmaxime an diese Rechtsbegehren gebunden ist (und aufgrund der Dispositionsmaxime nicht mehr verlangen kann). Hoch formulierte Rechtsbegehren (bei Leistungsklagen) erhöhen hingegen aber auch das Risiko von hohen Kosten bei Abweisung der Klage (Weil sich die Kosten regelmässig an der Streitsumme bemessen).

Die Rechtsbegehren müssen **präzise** formuliert werden: Z.B. muss bei Leistungsklagen auf Schadenersatz die geforderte Summe genau beziffert werden (Ausnahme bildet hier das bundesrechtliche Institut der unbezifferten Schadenersatzklage).

Vergleiche auch die ausformulierten Rechtsbegehren im Skript.

### 3. Begründung

Die Begründung ist genauso wichtig, wie das rechtliche Begehren.

Hierhin gehören die Tatsachen (**Tatsachenbehauptungen**), welche das Rechtsbegehren bestätigen. Die wesentlichen Tatsachenbehauptungen müssen unter dem Blickwinkel der Beweislast mit **Beweisen oder Beweisanträgen** versehen werden.

Die rechtlichen Überlegungen gehören eigentlich nicht in die Begründung, weil die Anwendung des Rechts von Amtes wegen erfolgt. (“iurit novia curia”)<sup>12</sup> Weil der Kläger sich gezwungenermassen Überlegungen zu den Rechtsgrundlagen (nur schon aufgrund der Frage der Beweislast: Welche Tatsachen muss der Kläger vorbringen und beweisen?) machen muss, kommt es oft trotzdem zu rechtlichen Ausführungen in der Begründung. (vgl. Art. 70 II ZPO)

Die Frage der **Beweislast** spielt also eine grosse Rolle bei der Ausarbeitung einer Klage. In gewissen Fällen verteilt das Gesetz die Beweislast eindeutig, in gewissen Fällen ist die Lage undurchsichtig. Somit muss sich der Kläger gezwungenermassen mit den Rechtsgrundlagen auseinandersetzen, auch wenn sie nicht Bestandteil der Begründung sind. Beispiel dafür sind die folgenden Artikel: In der **Deliktshaftung** schreibt Art. 41 OR vom Kläger den Beweis von Schaden, Delikt, Kausalzusammenhang und Verschulden vor. Hingegen in der **Vertragshaftung** trägt nach Art.97 OR der Beklagte für das Verschulden die Beweislast. Für die Klageanhebung ist also ein **Analyse der Rechtssituation unerlässlich**.

### 4. Beilagen

### 5. Spezielle Modalitäten

## VII. Prüfung der Klage durch das Gericht und Zustellung der Klage an die Gegenpartei

### 1. Zurückweisung mangelhafter Rechtsschriften zur Verbesserung

Beispielsweise sehr weitschweifige Klageschriften werden zur Kürzung zurückgewiesen. (Art. 71 ZPO)

### 2. Prüfung der Prozessvoraussetzungen

Fehlen offensichtlich Prozessvoraussetzungen, wird die Klage vom Gericht abgeschrieben (Nichteintretensentscheid), allfällig später ergebende fehlende Prozessvoraussetzungen werden vorbehalten. Weil in gewissen Fällen ein Richter nicht wissen kann, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt. So z.B. wenn vor langer Zeit schon einmal ein Prozess über dieselbe Streitsache geführt worden ist. In solchen Fällen sind die Richter regelmässig auf Hinweise der Gegenpartei angewiesen (vgl. auch Art. 101 ZPO)

### 3. Zustellung der Klage an die beklagte Partei mit Frist zur Klagebeantwortung

Art. 201 ZPO

## VIII. Klagerückzug

Immer möglich ist der Klagerückzug des Klägers als prozessuale Erklärung an das Gericht. Im Kanton Luzern muss man auseinanderhalten zwischen **Klagerückzug** (unter dem Vorbehalt, dass der Kläger mit einer erneuten in derselben Sache kommt. Nur bis Klageantwort des Beklagten möglich) und **Klageverzicht** (ohne Möglichkeit einer erneuten Klageeinreichung). Üblicherweise wird mit dem Begriff “Klagerückzug” also gemeint, was im Kanton Luzern unter dem Begriff “Klageverzicht” gemeint ist.

---

<sup>12</sup> Sie könnte gar kontraproduktiv sein, wenn sich das Gericht vom Kläger “gemassregelt” fühlt.

## §8 Die Klageantwort

### I. Einreichung der Klageantwort innert der angesetzten Frist

### II. Allfälliges Gesuch um Fristverlängerung

### III. Insbesondere zum Inhalt und Aufbau der Klageantwort

Die Klageantwort ist gewissermassen das **Spiegelbild der Klage**. (Art. 202 ZPO; der Beklagte hat zu jeder Tatsachenbehauptung Stellung zu nehmen).

Es gelten für den Beklagten dieselben Regeln wie für den Kläger bei der Klageanhebung.

#### 1. Rechtsbegehren

Üblicherweise lautet das Rechtsbegehren auf einer Klageantwort, dass “die Klage abzuweisen sei” (oder gar, “es sei auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter, sei die Klage abzuweisen”).

#### 2. Behaupten der erheblichen Tatsachen, für welche die beklagte Partei die Beweislast trägt

Der Kläger hat ebenfalls Tatsachen zu behaupten und Beweismittel in das Feld zu führen. Primär muss er natürlich diejenigen Tatsachen behaupten, für welche er die Beweislast trägt (Schulbeispiel OR 97: Der Schuldner muss nachweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.). Bei negativen Feststellungsklagen ist die typische Situation oft, dass der Beklagte die Tatsachen zu beweisen hat. Z.B. wenn jemand behauptet, der Kläger habe grosse Geschäftsschulden bei ihm und der Kläger auf Feststellung der Nicht-Schuld klagt. In diesem Falle muss der Beklagte im negativen Feststellungsprozess beweisen, dass die Schuldforderung tatsächlich besteht.

#### 3. Beweisanträge zu den Tatsachenbehauptungen

### IV. Eventualmaxime

### V. Teilweise oder gänzliche Klageanerkennung

### VI. Widerklage

Der Beklagte könnte auch in den Gegenangriff übergehen und selber ein eigenständiges Recht geltend machen (sog. Widerklage). So entstehen eigentlich zwei Prozesse (Klagenhäufung), welche aber in denselben Verfahren behandelt werden.

## § 9 Der weitere Gang des Verfahrens

### I. Allfälliger zweiter Schriftenwechsel

Der zweite Schriftenwechsel ist nicht zwangsweise notwendig, wird aber oftmals vorgesehen und durchgeführt.

#### 1. Replik

Antwort des **Klägers** auf die Klageantwort des Beklagten nennt man **Replik**. Sie hat schriftlich oder mündlich vor dem Gericht zu erfolgen.

#### 2. Duplik

Reaktion des **Beklagten** auf die Replik nennt man **Duplik**, sie hat ebenfalls schriftlich oder mündlich zu erfolgen.

#### 3. Noven

In Hinblick auf die Eventualmaxime ist fraglich, ob im zweiten Schriftenwechsel neue Tatsachen oder Beweismittel angebracht werden dürfen. Dieses Novenrecht bestimmt sich nach kant. ZPO. Der Kanton Luzern wendet diesbezüglich ein sehr grosszügiges Novenrecht an. (vgl. Art. 206 II, 207 ZPO)

Auch im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels ist die teilweise oder vollständige **Klageanerkennung** oder der teilweise oder vollständige **Klägerückzug** (Terminologie Luzern: “Klageverzicht”) möglich.

## II. Eventuell Vorbereitungshandlung (kt. Terminologie unterschiedlich) vor der Hauptverhandlung und “Instruktion” des Prozesses durch den sog. “Instruktionsrichter”/ die “Instruktionsrichterin

Im Kanton Luzern regelt **Art. 208 ZPO** den Inhalt der Instruktionsverhandlung. Besonderheiten sind, dass noch während der Instruktionsverhandlung ein Vergleich möglich bleibt. Es können auch bereits Beweise (z.B. Zeugeneinvernahmen) abgenommen werden (Allerdings mit dem Vorbehalt, dass das Gesamtgericht während der Hauptverhandlung diese Beweise nochmals abnehmen möchte).

Der Instruktionsrichter führt diese Instruktionsverhandlung alleine vor der eigentlichen Hauptverhandlung durch, um den Prozess möglichst gut vorzubereiten. In der Regel ist der Instruktionsrichter auch Mitglied des Gerichtes der entscheidenden Instanz.

## III. Beweisverfügung des Gerichts im Hinblick auf die Hauptverhandlung

### 1. Beweisverfügung durch das Gericht

Das Gericht muss in Hinblick auf die Hauptverhandlung das Beweisverfahren regeln, die Beweisabnahme während der Hauptverhandlung planen und strukturieren, bereits Gutachten in Auftrag geben, usw.

### 2. Speziell das Zürcher Modell

In Zürich wird bezüglich der Beweisverfügung ein dreistufiges Verfahren angewandt:

**Beweisauflagebeschluss:** Zuerst sagt das Gericht, welche Partei für welche Tatsachen den Beweis zu führen hat. Damit wird den Parteien eigentlich Arbeit abgenommen.

**Beweisantrittsschrift:** Danach haben die Parteien entsprechend dem Beweisauflagebeschluss die Beweisanträge zu stellen.

**Beweisabnahmebeschluss:** Aufgrund der Beweisantrittsschrift erfolgt der Beweisabnahmebeschluss, in dem das Gericht die Beweisabnahme regelt.

Dieses dreistufige Zürcher-Modell konnte sich für den Vorentwurf der eidgenössischen ZPO empfehlen.

### 3. Kostenvorschusspflicht für beantragte Beweismittel der betreffenden Partei und Konsequenzen der Nichtleistung

Für beantragte Beweismittel wird den Parteien ein Kostenvorschuss auferlegt. Wenn dieser Kostenvorschuss nicht geleistet wird, geht das Gericht davon aus, dass auf die Beweiserhebung verzichtet wird. Das kann je nach Kanton (Eventualmaxime) beträchtliche Konsequenzen auf den Verlauf des Prozesses haben. Da in Luzern eine relativ large Eventualmaxime herrscht, können solche verpasste Beweiserhebungen zum Teil in späteren Verfahrensabschnitten wiederholt werden.

Exkurs: Fraglich ist die Geltung Kostenvorschusspflicht in Verfahren in denen die strenge Untersuchungsmaxime (z.B. wenn es um Kinderbelange geht). Das Bundesgericht hat gemeint, dass die Kostenvorschusspflicht auch hier seine Säumnisfolge hat. Dies kann aber offensichtlich zu unbilligen Resultaten führen.

## IV. Das Beweisverfahren und die Beweismittel

Primäres **Ziel** der Beweisführung ist der **Beweis der behaupteten Tatsachen**. Der Beweis ist jedoch nicht nur auf die eigenen behaupteten Tatsachen beschränkt, sondern man kann das Nichtvorhandensein der behaupteten Tatsachen der Gegenpartei beweisen. **Beweiserfolg** tritt dann ein, wenn das **Gericht von der behaupteten Tatsache überzeugt ist** (Die Frage nach der Intensität der Überzeugung und welche Intensität vorgeschrieben ist, wird unter dem Stichwort des *Beweismasses* abgehandelt).

Es gilt die Regel der **freien Beweiswürdigung**; dies bedeutet, dass es (grundsätzlich) keine Bindung an formale Beweisregeln<sup>13</sup> mehr gibt. Die Ausnahmen dieser Regel werden unter dem Stichwort der *Beweiswürdigung* behandelt

---

<sup>13</sup> z.B. “Urkundenbeweis vor Zeugenbeweis”, “Zwei Zeugen vor einem Zeugen”.

## 1. Wann findet das Beweisverfahren statt?

In Luzern ist es möglich, dass die Beweise bereits in der Instruktionsverhandlung abgenommen werden (Art. 208 ZPO). Doch in der Regel werden die Beweismittel in der **Hauptverhandlung** abgenommen.

## 2. Der Beweis im Allgemeinen

Nicht über alle Tatsachen, für welche eine Partei die Beweisführungslast trifft, muss sie Beweis führen: Es gibt gewisse Tatsachen die nicht Gegenstand des Beweisverfahrens sind, nämlich die sog. **nicht beweisbedürftigen Tatsachen** (vgl. auch Folie 83). Zudem muss natürlich nicht Beweis geführt werden über **unstreitige Tatsachen** (welche von der Gegenpartei nicht bestritten werden).

Streitsache sind also nur **beweisbedürftige** und **streitige** Tatsachen.

### Weitere Differenzierungen:

Der **direkte Beweis** (Z.B. Eine Vertragsurkunde beweist gerade das streitige Rechtsgeschäft) steht im Gegensatz zum **indirekten Beweis** (Z.B. Jemand hat einen fremden Menschen in einem Garten gesehen, in dem wertvolle Skulpturen gestohlen wurden. Daraus schliesst das Gericht, dass dieser die Skulpturen gestohlen haben muss).

Diejenige Partei, welche aufgrund des materiellen Rechts (vgl. Art. 8 ZGB) die **objektive Beweislast** trägt, muss den **Hauptbeweis** führen. Will eine Partei eine gesetzliche Tatsachenvermutung umstossen, so muss sie den **Beweis des Gegenteils** antreten. Der **Gegenbeweis** ist eigentlich der Vorgang, bei dem, die nicht beweisbelastete Partei, zu verhindern versucht, dass die Richter über die behauptete Tatsache Gewissheit erlangen (Störmanöver der nicht beweisbelasteten Partei).

Das **Recht auf den Beweis** (Art. 8 ZGB) meint eigentlich, dass jede Partei (nicht nur diejenige die den Beweislast trägt) das Recht darauf hat, dass das Gericht ihre Beweisanträge für streitige und rechtserhabliche Tatsachen abnimmt und würdigt um die Folgen der Beweislosigkeit zu verhindern, sofern sie form- und fristgerecht eingereicht wurden. Das Recht auf Beweis entfällt, wenn sich das Gericht bereits eine unumstössliche Meinung gebildet hat (sog. **antizipierte Beweiswürdigung**). Diese antizipierte Beweiswürdigung kann natürlich ein problematisches Institut darstellen.

Die objektive Beweislast ist für jedes Verfahren einer bestimmten Partei zuzuteilen. Die Beweislastverteilung beurteilt sich nicht nach Parteipollen (Kläger und Beklagter).<sup>14</sup> Zudem geht es dabei um eine Rechtsfrage, d.h. hinsichtlich der objektiven Beweislast ist ein Weiterzug ans Bundesgericht möglich.

Die Beweislastverteilung ist nicht immer schön aus dem Gesetz ersichtlich und mitunter sehr schwer vorzunehmen. Als Beispiel dafür kann Art. 321e OR angeführt werden.<sup>15</sup> Aufgrund dieses Beispiels sollte ersichtlich werden, dass die Beweislastverteilung oftmals eine Auslegungs- und Interpretationsfrage ist, in diese gezwungenermassen Wertungen einfließen müssen.

**Gesetzliche Tatsachenvermutungen** sind im Grunde genommen nichts anderes gesetzgeberische Kniffe für die Beweislastverteilungen und somit sind sie also nichts anderes als Beweislastverteilungen. **Gesetzliche Rechtsvermutungen** gehen darüber hinaus und leiten aus einer vorhandenen Tatsache gerade noch Rechte und Pflichten ab (z.B. Vaterschaftsvermutung des Ehemannes in Art. 255 ZGB)

In bestimmten Situationen müssen Personen im Prozess schweigen aufgrund geschützter Berufsgeheimnisse (Art. 320/321 StGB). Wenn der Geheimnisträger jedoch von dieser Geheimhaltungspflicht entbunden wurde, gilt auch für sie die Aussagepflicht. Diese Ausnahme gilt nach Anwaltsgesetz nicht für Anwälte in ihrer Funktion als Anwalt.

---

<sup>14</sup> Nicht immer muss der Kläger alles beweisen. z.B. bei der negative Feststellungsklage trägt der Beklagte in der Regel die Beweislast.

<sup>15</sup> Wer muss das Verschulden beweisen, der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer? Man kann sagen, dass Verschulden aus Sicht des Arbeitgebers rechtsbegründend ist, deswegen muss er es beweisen. Umgekehrt lässt sich sagen, dass das Verschulden aus Sicht des Arbeitnehmers eine rechtsvermindernde Tatsache ist, deswegen muss er beweisen. Es lässt sich begründen, dass Art. 321e eine Analogie zu Art. 97 OR darstellt: Schuldner muss das Verschulden beweisen. Andererseits lässt durch die Begründung, dass diese Regel als *lex specialis* zu Art 97 OR aufgestellt wurde, um den Arbeitnehmer zu schützen genau wieder das Gegenteil begründen.

Als vorläufige "Lösung": Das BGer geht davon aus, dass Art. 321e OR eine Wiederholung der Regel von Art. 97 OR ist, somit also der Schuldner, d.h. der Arbeitnehmer, das (Nichtvorhandensein) der Schuld beweisen muss.

### 3. Die Beweismittel im Einzelnen

Vom Referenten übersprungen. Selbstlektüre.

### 4. Rechtshilfe im Beweisverfahren

Ein Gericht ist teilweise darauf angewiesen, dass eine ausserkantonale Behörde Beweise einvernimmt. So z.B. wenn ein Verfahren in Luzern stattfindet und ein wichtiger Zeuge im Kanton Tessin wohnt. In diesem Falle wird die Luzerner Gerichtsbehörde die zuständige Tessiner Gerichtsbehörde um Zeugeneinvernahme bitten.

Rechtshilfe gibt es natürlich auch im internationalen Verhältnis.

### 5. Das Beweismass

Das Beweismass regelt die **Intensität der Überzeugung**, welche beim Gericht vorhanden sein muss, damit eine Tatsache als bewiesen gilt.

Die **hundertprozentige Sicherheit** über eine Tatsache gibt es praktisch nie. Deswegen kann sie als Regel für das Beweismass nicht verlangt werden, weil ansonsten zu viele Fälle wegen Beweislosigkeit zurückgewiesen würden. In einigen Fällen wird die hundertprozentige Sicherheit ("absolute Sicherheit") aber vom Gesetz verlangt (z.B. Art. 34 ZGB).

Das **Regelbeweismass** ist die **volle Überzeugung beim Gericht** vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Tatsache. Es dürfen keine erhebliche Zweifel mehr vorhanden sein.

In gewissen Fällen weicht das Gesetz von dieser Intensität der vollen Überzeugung nach unten ab. Nämlich in diesen Fällen, wo ein **Glaubhaftmachen** für den Tatsachenbeweis ausreicht. Dies ist oft in solchen Fällen möglich, wo nur vorläufige Entscheidungen getroffen werden (wie z.B. bei den vorsorglichen Massnahmen).

Es lässt sich aber nicht abstreiten, dass die Intensität des Beweismasses auch von der Person des Richters abhängt, weil die persönliche Bewertung der Beweisangebote durch den Richter eine grosse Rolle spielt.

### 6. Beweiswürdigung

Im modernen Zivilprozessrecht gilt der Grundsatz der **freien Beweiswürdigung**. Deshalb erscheint auf den ersten Blick fraglich, wieso das Bundesrecht in gewissen Normen (z.B. Art. 139 Abs. 1) die freie Beweiswürdigung noch explizit vorsieht. Dies ist der Fall, weil die Kantone theoretisch befugt wären, formelle Beweisregeln einzuführen und der Bundesgesetzgeber in diesem Fall die freie Beweiswürdigung explizit erhalten wollte.

Dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird jedoch verschiedentlich eingeschränkt. Beispiele hierfür sind:

- Das Bundesrecht sieht eine formelle Regel für die Beweiswürdigung in Art. 9 ZGB vor: Das Gericht hat die Richtigkeit einer öffentlichen Urkunde solange zu bestätigen bis deren Unrichtigkeit nachgewiesen wurde, auch wenn es Zweifel an ihrer Richtigkeit hat.
- Im Scheidungsprozess werden bestimmte Personen als Zeugen ausgeschlossen (z.B. Mediatoren) gemäss Art. 139 Abs. 3 ZGB.
- Die kantonalen Prozessordnungen sehen regelmässig vor, dass der Friedensrichter nicht Zeuge im nachfolgenden Verfahren sein kann.

### 7. Freibeweis bei Kinderbelangen

Es handelt sich bei dem sog. Freibeweis nicht etwa um die freie Beweiswürdigung.

Grundsätzlich schreibt das kant. Zivilprozessrecht vor, welche Beweise zulässig sind. So entsteht ein geschlossenes System von möglichen Beweismitteln (z.B. Zeugenaussage, Gutachten und Augenschein). Bei Kinderbelangen durchbricht das Bundesrecht dieses geschlossene System von möglichen Beweismitteln; das Bundesgericht meinte, obwohl dies nicht explizit im Bundesrecht geregelt ist, dass für Kinderbelange der Freibeweis gilt. D.h. alle irgendwie denkbaren Beweismittel sind zugelassen um bezüglich den Kinderbelangen eine Tatsache zu beweisen (auch wenn sie nicht in der kantonalen ZPO vorgesehen sind).

## 8. Vorsorgliche Beweissicherung

Wenn z.B. jemand im Sinne hat auszuwandern oder kurz vor dem Tode steht, ist eine vorsorgliche Beweissicherung durch das Gericht möglich. Das Gericht nimmt dabei den Beweis sozusagen auf Vorrat ab, um nicht später vor einem Beweisnotstand zu stehen. Dies ist möglich bei bereits rechtshängigen Prozessen aber auch schon vor ihrer Rechtshängigkeit.

---

7. Februar 2006

## V. Hauptverhandlung

### VI. Urteilsberatung und Eröffnung des Urteils

Je nach Kanton wird die **Begründung** eines Urteils anders gestaltet: In gewissen Kantonen wird das Urteil mündlich eröffnet mit einer mündlichen Urteilsbegründung (aufwändigere Variante). In anderen Kantonen wird das Urteil schriftlich eröffnet. Besonders zeitsparende Kantone sparen sich (aus prozessökonomischen Gründen) dabei sogar die schriftliche Urteilsbegründung solange auf, bis ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Ein Urteil sollte immer eine **Belehrung der ordentlichen Rechtsmittel** beinhalten.

Der **Aufbau** eines schriftlichen Urteils enthält folgende Punkte:

- **Rubrum**: Bezeichnung des Gerichts sowie der mitwirkenden Parteien (Dies kann insofern wichtig sein, wenn Ausstandsgründe geltend gemacht werden).
- **Rechtsbegehren** der Parteien: Die Rechtsbegehren der Parteien sollten zusammenfassend dargelegt werden.
- **Erwägungen** des Gerichts (auch Motive, Entscheidungsgründe genannt): Diese Erwägungen sollten den **Sachverhalt** zusammenfassend wiedergeben sowie die entsprechende **Subsumtion** des Sachverhaltes unter die rechtlichen Normen beinhalten.
- **Dispositiv**: Das Dispositiv enthält den Entscheid im engeren Sinne, den Kostenentscheid über Partei- und Gerichtskosten, Mitteilungen an die Behörden (z.B. über die Änderung eines Grundbucheintrages) und die Rechtsmittelbelehrung.

## § 10 Besondere Verfahrensarten

### I. "Einfache und rasche Verfahren" gemäss Bundesrecht (Auswahl)

Oft schreibt der Bundesgesetzgeber in den materiellrechtlichen Normen ein "**einfaches und rasches Verfahren**" vor. Der kantonale Gesetzgeber ist dann dahingehend beauftragt, dass diese Prozesse einfacher und schneller ablaufen als der vorgesehene ordentliche Zivilprozess. Die konkrete Regelung solcher "einfacher und rascher Verfahren" unterliegen also dem kantonalen Gesetzgeber. Der Kanton Luzern hat für diese Fälle die Art. 220-224 ZPO vorgesehen.

Typisch für solche "einfache und rasche Verfahren" ist oft auch, dass der Bundesgesetzgeber sie an die Untersuchungsmaxime koppelt.

**Beispiele** für solche Verfahren sind:

- Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 274d ff., Art. 301 OR)<sup>16</sup>
- Streitigkeiten aus Einzelarbeitsvertrag bis zu einem Streitwert von 30000 Franken (Art. 343 OR)
- Diskriminierungsstreitigkeiten gemäss Gleichstellungsgesetz (Art. 12 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz)<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Der Referent kritisierte an dieser Stelle, dass bezüglich dieser Bestimmung keine Streitwertgrenze (analog und aus denselben Überlegungen wie zu Art. 343 OR) gezogen wurde. Es sei kaum einsehbar, wieso Verfahren mit sehr hohen Streitsummen diesen Bestimmungen unterliegen sollten.

<sup>17</sup> die Bestimmungen von Art. 343 OR gelten analog, jedoch ist die Streitwertgrenze aufgehoben.

## II. Familienrechtliche Streitigkeiten

### 1. Scheidungsprozess (Art. 135-149 ZGB)

Im Scheidungsprozess gilt zwar das Grundmodell des ordentlichen Prozesses (es wird vom ZGB also kein "einfaches und rasches Verfahren" vorgeschrieben), doch der Bundesgesetzgeber nimmt Modifikationen daran vor:

Es gibt **abschliessende Regelungen** (Art. 139 ZGB) und **Mindestvorschriften**, welche dem kantonalen Recht "aufgefropft" werden (Art. 138 Abs. 1 und Art. 148 Abs. 2 ZGB). Für **Kinderbelange** (und nur für diese) wird eine umfassende **Offizial-** (Art. 133 ZGB) und **Untersuchungsmaxime** (Art. 145 ZGB) vorgeschrieben. Die Kinderbelange sind jedoch von den vermögensrechtlichen Belangen der Ehegatten zu unterscheiden, dort gilt keine Untersuchungsmaxime (immerhin muss aber das Gericht gemäss Art. 140 Abs. 2 ZGB prüfen, ob die Scheidungskonvention nicht offensichtlich unangemessen ist).

### 2. Abstammungsprozesse (Statusprozesse, Art. 254 ZGB)

In den Abstammungsprozessen sind die formalen Vorgaben in Art. 254 ZGB geregelt: Es gilt eine weitreichende **Untersuchungsmaxime** und eine **Mitwirkungspflicht von Dritten** zu körperlichen Untersuchungen.

### 3. Prozesse im Zusammenhang mit dem Kinderunterhalt und der Verwandtenunterstützung (Art. 280, 329 Abs. 3 ZGB)

Hier ist von Bundesrecht wegen keine Kostenlosigkeit des Verfahrens vorgesehen, daher wird in solchen Prozessen oft die unentgeltliche Rechtspflege eine Rolle spielen.

Bei den Fällen der Verwandtenunterstützung ist es oft der Fall, dass Sozialämter die Unterstützungsbeiträge vorschliessen und die Kosten selbstständig bei den unterstützungspflichtigen Verwandten geltend machen (Art. 329 Abs. 2 i.V.m. Art. 289 Abs. 2 ZGB). Kommt es dabei zum Zivilprozess zwischen Verwandten und Behörden, gelten die Verfahrensregeln von Art. 279 ff. ZGB sinngemäss.

## III. Das summarische Verfahren

Das von bundesrecht vorgesehene "einfache und rasche Verfahren" (Art. 220-224 ZPO-LU) ist streng zu differenzieren vom sog. "summarischen Verfahren" (Art. 225-229 ZPO-LU)

### 1. Keine einheitliche Kategorie von Verfahren

Vorderhand ist festzustellen, dass die summarischen Verfahren nicht alle gleich ausgestaltet sind: "Das summarische Verfahren ist ein Kessel mit verschiedenen Zutaten". So gibt es z.B. bei den verschiedenen Summarverfahren Unterschiede bezüglich Beweisintensität: Für den Grossteil der summarischen Verfahren genügt es regelmässig, dass man Tatsachen lediglich glaubhaft machen muss. Doch dies gilt nicht für alle summarischen Verfahren (z.B. beim sog. Befehlsverfahren ist eine grössere Beweisintensität vorgesehen). Somit sind die summarischen Verfahren **nicht einheitlich**.

### 2. Charakteristika aller summarischer Verfahren

Einige **Gemeinsamkeiten** aller Summarverfahren sind trotzdem festzustellen:

- Es geht bei den Summarverfahren um sehr **kurze Verfahren** (Sie sind sogar kürzer als das vom Bundesrecht vorgesehene "einfache und kurze Verfahren").
- Man spricht im Summarverfahren nicht von "Klage" und "Klagentwort", sondern von "Gesuch" und "Gesuchsantwort". Diese Unterscheidung ist jedoch rein **terminologisch** und hat keine weitere Bedeutung.
- Es gibt **kein extensives Beweisverfahren** (welches beim ordentlichen Zivilprozess über Monate hinweg dauern kann). Sondern es werden nur die Beweismittel zugelassen, welche relativ einfach und schnell erbracht werden können (so fallen die Gutachten als Beweismittel z.B. weg).

### 3. Die vorsorgliche Massnahme (vorsorgliche oder provisorische Verfügung)

Die wichtigste Kategorie von summarischen Verfahren ist die sog. vorsorgliche Massnahme. Sie werden auch "einstweilige Verfügungen" genannt. Die vorsorglichen Massnahmen gibt es verschiedenen Rechtsbereichen (z.B. im Personenrecht oder Familienrecht), es geht dabei um sozusagen um Regelungsprovisorien, welche zeitlich beschränkt sind.

Es gibt gewisse **Grundvoraussetzungen**, die vorhanden sein müssen, damit eine vorsorgliche Massnahme geltend gemacht werden kann:

- Nachteilsprognose
- Hauptsachenprognose
- Glaubhaftmachung mittels sofort verfügbarer Beweismittel
- Verhältnismässigkeit

**Zeitpunkt:** Vorsorgliche Massnahmen sind **vor** und **während** einem Hauptprozess möglich. Wenn sie vor dem Hauptprozess erfolgt, muss das gewährende Gericht eine Frist zur Einreichung der Klage des Hauptprozesses stellen (sog. Prosequierung), weil vorsorgliche Massnahmen immer zeitlich beschränkt sein müssen. Bleibt der Gesuchssteller innerhalb dieser Frist untätig, fällt die vorsorgliche Massnahme dahin (und der Gesuchssteller kann gegebenenfalls für den Schaden haftbar gemacht werden).

Ein **Sonderfall** gilt, wenn vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien geltend gemacht werden wollen (Art. 28c Abs. 3 ZGB). Hier sind die Hürden für die Gewährung einer vorsorglichen Massnahme höher.

Der Gesuchssteller trägt die **Haftung für den Schaden** des Gesuchsgegners bei einer ungerechtfertigt gewährten vorsorglichen Massnahme.

Die Gegenpartei wird in der Regel auch angehört; der Ausnahmefall besteht dann, wenn es sehr schnell gehen muss (**sog. superprovisorische Massnahme**). Das Rechtliche Gehör des Gegners wird in diesem Fällen nachträglich (nach der Verfügung der superprovisorischen Massnahme) gewährt. Der Gefahr des Schadens für den Gesuchsgegner ist in diesem Fällen natürlich erhöht. Um solchen Fällen entgegenzuwirken, reichen potentielle Gesuchsgegner einer superprovisorischen Massnahme regelmässig **Schutzvorschriften** bei den Gerichten ein. Es handelt sich dabei eigentlich um nichts anders, als um eine antizipierte Stellungnahme für den Fall, dass jemand ein Gesuch für eine superprovisorische Massnahme einlegt.

Oftmals wird vom Gesuchssteller eine **Sicherheitsleistung** verlangt, welche für den Schadensfall im Falle einer ungerechtfertigten Massnahme verwendet wird. Diese Sicherheitsleistungen können je nach Sachverhalt (z.B. Streitigkeiten zwischen Grosskonzernen) sehr hoch werden.

Vorsorgliche Massnahmen erwachsen bei ihrer Verfügung durch das Gericht nicht in Rechtskraft, sondern sie sind etwas Provisorisches. Somit ist das Gericht **jederzeit befugt, vorsorgliche Massnahmen abzuändern** (den geänderten Tatsachen anzupassen). Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Ehegatte während dem laufenden Scheidungsprozess die Arbeitsstelle verliert und nicht mehr in der Lage ist, die vorsorglich festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu leisten.

**Anfechtung** von vorsorglichen Massnahmen: Da die vorsorgliche Massnahme ein Entscheid im weiten Sinne ist, muss dem Gesuchsgegner die Möglichkeit eingeräumt werden, diesen Entscheid im Rahmen des kantonalen Zivilprozessrechtes anzufechten. Im Kanton Luzern sind alle Entscheide, welche im summarischen Verfahren ergehen, mit dem Rechtsmittel des Rekurs anzufechten.

### 4. Freiwillige Gerichtsbarkeit

### 5. Besitzerschutz unter Strafdrohung

### 6. Weitere zahlreiche Fälle der kantonalen Einföhrungsgesetzgebung zum ZGB und OR (Beispiele)

### 7. Schneller Rechtsschutz in "klaren Fällen" (Zürcher Modell, §§ 222 Ziff. 2 und 226 ZPO ZH; §§ 226 ZPO LU; Art. 266/267 VE)

Es handelt sich hier um das sog. "**Befehlsverfahren**" (auch sog. "Handhabung von klarem Recht").

Grundproblem ist die Tatsache, dass ein ordentlicher Zivilprozess sehr lange dauert. Die Zivilprozessordnungen möchten mit dem Befehlsverfahren ein Verfahren bereitstellen, bei dem der Kläger in sog. "klaren Fällen" schneller zu seinem Recht kommen kann. Glaubt eine Partei also, dass ein Recht offensichtlich auf der Hand liegt, kann sie ein Gesuch für ein Befehlsverfahren stellen (Art. 226 ZPO-LU). Wird das Gesuch angenommen, wird der Prozess im Summarverfahren statt im ordentlichen Zivilverfahren durchgeführt, wobei viele Nerven, Zeit und Kosten gespart werden können.

Es geht also um eine besondere Art eines summarischen Verfahrens, bei dem es aber nicht genügt, etwas glaubhaft zu machen. Bezüglich der **Beweisintensität** muss vielmehr vollständige Sicherheit (sog. "liquider Fall", unbestrittener und sofort beweisbarer Sachverhalt) gegeben sein.

Der **Ablauf** eines Befehlsverfahrens ist folgendermassen (vgl. auch Skizze auf Folie 186): Der Gesuchsteller reicht ein Gesuch auf ein Befehlsverfahren ein. Die Gegenpartei muss innerhalb kürzester Frist Stellung zu diesem Gesuch nehmen. Wenn das Gericht nun findet, der Rechtslage sei nicht so klar, dann tritt es auf das Gesuch nicht ein. Der Gesuchsteller muss sich in diesem Falle nicht *res iudicata* entgegenhalten lassen, sondern kann eine ordentliche Klage über dieselbe Streitsache für einen ordentlichen Prozess einreichen. Wenn jedoch das Gericht den Fall als klar und eindeutig bewertet ("liquider Fall"), dann wird es einen Entscheid in der Sache treffen (Gutheissung oder Abweisung). Dieses Urteil wird einem Urteil des ordentlichen Prozesses gleichgestellt (d.h. es gilt *res iudicata*).

## § 11 Rechtsmittel

### I. Notwendigkeit von Rechtsmitteln

### II. Verzicht auf Rechtsmittel

### III. Das Verbot der *reformatio in peius* als Ausfluss der Dispositionsmaxime

Bei diesem Grundsatz geht es eigentlich um nichts anders, als um eine **Wiederholung der Dispositionsmaxime**. Das ordentliche Rechtsmittel **darf nicht dazu führen, dass der Rechtsmittelkläger im Anschlussverfahren schlechter gestellt wird, als wenn er kein Rechtsmittel ergriffen hätte**.

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Durchbrechungen:

- Fälle in denen *Offizialmaxime* gilt
- Wenn die Gegenpartei nicht nur die Abweisung der Apellation verlangt, sondern eine sog. *Anschlussappellation*<sup>18</sup> einlegt, durch diese selbstständig Rechtsbegehren gestellt werden.

### IV. Vorgaben des Bundesrechts für das kantonale Rechtsmittelverfahren

### V. Die sog. Kognition der Rechtsmittelinstanz

### VI. Allgemeine Voraussetzungen der Rechtsmittel

Als **allgemeine Voraussetzungen** für die gültige Anhebung von Rechtsmittel gelten:

1. Es darf vorgängig **nicht gültig auf Rechtsmittel verzichtet** worden sein, was unter gewissen Umständen möglich ist.
2. **form- und fristgerechte** Eingabe bei der zuständigen Instanz.
3. Für das Rechtsmittel muss ein **taugliches Anfechtungsobjekt** vorliegen (so können z.B. im Kanton Luzern Entscheide, welche im Summarverfahren ergangen sind, nicht mit der Apellation angefochten werden). Man muss also schauen, welche Entscheide mit welchem Rechtsmittel angefochten werden können. Zu beachten ist dabei insbesondere die Subsidiarität der zulässigen Rechtsmittel (Die Zulässigkeit von gewissen Rechtsmittel behindern die Zulässigkeit von anderen Rechtsmitteln)
4. Die **Rüge**, welche geltend gemacht wird, muss für das ergriffene Rechtsmittel **zulässig** sein (so z.B. die Rügegründe für die Beschwerde in Art. 266 ZPO-LU umfassend festgelegt. Eine Beschwerde muss sich auf diese Rügen beziehen, andernfalls wird nicht auf sie eingetreten.)
5. **Legitimation** für das Rechtsmittel: Erfüllt die Partei, welche das Rechtsmittel eingelegt hat, die gesetzlichen Voraussetzungen? (Handelt die Nebenpartei z.B. im Einverständnis der Hauptpartei der ersten Instanz?). Es handelt sich hier also nicht um die Aktiv- und Passivlegitimation.
6. **materielle Beschwer (=Rechtsschutzinteresse)**.
7. allenfalls **formelle Beschwer** (Gravamen) oder ein **Mindeststreitwert** (so sieht der Kanton Luzern für die Apellation ein Mindeststreitwert von 8000 Franken vor in Art. 245 Abs. 1 ZPO).
8. Unterschiedliche Regelungen in den Kantonen im Einzelnen (Regelung der Rechtsmittel als kantonale Domäne)

---

<sup>18</sup> Zur Anschlussappellation ist zu sagen, dass sie wegfällt, wenn die Apellation wegfällt (z.B. durch Rückzug oder durch Nichteintretensentscheid). Sie hat also nicht die Wirkung einer von der Gegenpartei eigenhändig ergriffenen Apellation.

## Abschliessende Worte des Referenten

Trotz fehlender Vorlesungszeit sind die Rechtsmittel Stoff der mündlichen Prüfung und sollten eigenständig behandelt werden. Dabei gilt es besonders im Kanton Luzern folgende Eigenständigkeit zu beachten:

Die **Beschwerde gemäss Art. 267 ZPO im Kanton Luzern ist zweierlei**, es gibt zwei Arten von Beschwerden: Es wird unterschieden zwischen **Beschwerden gegen Urteile** (Sachurteile) also ordentliches Rechtsmittel, welches dieselben Wirkungen wie die Appellation hat; d.h. Suspensiveffekt (Hemmung der Rechtskraft des vorgängigen Entscheids) und zwischen der **Beschwerde gegen Entscheide** als ausserordentliches Rechtsmittel ohne Suspensiveffekt.

---