

Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)[#]

Thomas SUTTER-SOMM*

I. Einleitung

1. Die Entstehung der ZPO und ihr Hintergrund

Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten¹⁾. Für die Schweiz ist damit ein epochaler Rechtswechsel verbunden, weil vorher für den Zivilprozess vor den kantonalen Gerichten seit jeher Prozessgesetze der schweizerischen Gliedstaaten, der sogenannten Kantone, zuletzt 26 verschiedene Gesetze, massgebend waren²⁾. Diese kantonalen Zivilprozessgesetze waren in vielen Punkten sehr unterschiedlich ausgestaltet³⁾. Nur für die Zivilprozesse vor dem obersten Schweizerischen Gericht, dem Bundesgericht, gilt seit langem eine bundesrechtliche Ordnung⁴⁾. Zusammenfassend kann

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel. Meinen wissenschaftlichen Assistenten, Herrn lic. iur. Johannes Vontobel und Herrn lic. iur. Nicolas Gut, beide Rechtsanwälte, danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und manche Verbesserung ganz herzlich.

This paper was supported by a grant-in-aid from the Zengin Foundation for Studies on Economics and Finance, and the Japan Society for the Promotion of Science..

1) Der Gesetzestext trägt in der Systematischen Rechtssammlung (SR) die Nummer SR 272. Der amtliche Gesetzestext ist abrufbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf. Der Gesetzestext existiert in den schweizerischen Amtssprachen auf deutsch, französisch und italienisch. Weiter existiert auch eine Übersetzung in *englischer* Sprache, die allerdings keine Gesetzeskraft hat: STEPHEN V. BERTI (Hrsg.), ZPO, CPC, CCP, Schweizerische Zivilprozessordnung, Code de procédure civile suisse, Codice di diritto processuale civile svizzero, Swiss Code of Civil Procedure, Basel 2009. Die zentralen Gesetzgebungsmaterialien sind unter der (privaten) Website www.zpo.ch abrufbar, insbesondere auch die bundesrätliche Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, Bundesblatt (BBl) 2006, S. 7221 ff. (Botschaft ZPO).

2) Vgl. zum rechtshistorischen Hintergrund in der Schweiz im Einzelnen THOMAS SUTTER, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im Schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich 1998, S. 3 ff.

3) Zu den Unterschieden der kantonalen Zivilprozessgesetze siehe THOMAS SUTTER-SOMM, *Werdegang und Charakteristika der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, hrsg. von ROLF STÜRNER/HIROYUKI MATSUMOTO/WOLFGANG LÜKE und MASAHISA DEGUCHI, Tübingen 2009, S. 754 f. Die Übersicht über das anwendbare Recht wurde zusätzlich dadurch erschwert, weil teilweise im formellen Privatrecht, insbes. im Zivilgesetzbuch (vgl. z.B. Art. 135-149 ZGB, alte Fassung) und im Obligationenrecht (vgl. z.B. Art. 343 OR, alte Fassung) auch Zivilprozessrecht enthalten war. Zudem war die örtliche Zuständigkeit der Gerichte im Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000 (Gerichtsstandsgesetz) bereits vereinheitlicht. Das genannte Gesetz ist durch die ZPO aufgehoben worden. Schliesslich anerkannte das Bundesgericht in zahlreichen Fällen sog. *ungeschriebenes* Bundeszivilprozessrecht, welches dem kantonalen Recht voringing, vgl. dazu THOMAS SUTTER, *Rechtseinheit*, S. 151 ff. (vgl. Anm. 2), insbes. S. 152 Anm. 901 sowie THOMAS SUTTER-SOMM, *Festschrift für Dieter Leipold*, S.756 ff.

4) Massgebend ist heute das Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom ↗

festgehalten werden, dass seit dem 1. Januar 2011 für Zivilprozesse vor den *kantonalen Gerichten* die neue Zivilprozessordnung und für das Verfahren vor dem Bundesgericht das Bundesgerichtsgesetz massgeblich sind.

Die früher mit den unterschiedlichen kantonalen Zivilprozessgesetzen einhergehende *Rechtszersplitterung* und die *Abschwächung des kantonalen Föderalismus* waren die Hauptgründe für die Schaffung der neuen ZPO⁵⁾. Die für den Erlass der Zivilprozessordnung notwendige Änderung der Bundesverfassung vom 8. Oktober 1999 (sog. Justizreform) war denn auch unbestritten⁶⁾.

2. Das Gesetzgebungsverfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung und ihre Leitlinien

a) Der Vorentwurf zur Zivilprozessordnung (VE ZPO)

Der Gesetzesentwurf zur Zivilprozessordnung wurde von einer Expertenkommission erarbeitet, die vom damaligen Justizminister, Bundesrat ARNOLD KOLLER, bereits vor der Verfassungsänderung im April 1999 eingesetzt wurde⁷⁾. Die Leitung dieser Expertenkommission oblag dem Schreibenden. Der sogenannte Vorentwurf der Expertenkommission wurde im Oktober 2002 an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, d.h. das schweizerische Justizministerium abgeliefert.

Inhaltlich basiert die ZPO auf Grundprinzipien, welche die Expertenkommission an ihrer ersten Sitzung diskutierte und beschloss⁸⁾. Diese Leitlinien bildeten gewissermassen das „Drehbuch“ für die Ausarbeitung des Konzepts, aber auch der einzelnen Normen. Die einzelnen Vorschriften wurden dann zwar im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in vielen einzelnen Punkten geändert, hinsichtlich der *Grundstruktur der ZPO* wurden sie aber unverändert beibehalten.

Leitlinien der ZPO sind folgende Prinzipien *rechtspolitischer* Natur:

1. Kodifikationsprinzip,

↘ 17. Juni 2005, SR 173.110. Der amtliche Gesetzestext ist abrufbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/1/173.110.de.pdf.

5) Zum Einfluss des Gerichtsstandsgesetzes und der Justizreform als Katalysatoren der Rechtsentwicklung bzw. die Schaffung der ZPO siehe auch THOMAS SUTTER-SOMM, Festschrift für Dieter Leipold, S. 758 f. (vgl. Anm. 3).

6) In der Volksabstimmung wurde der neue Art. 122 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101, einsehbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/1/101.de.pdf), wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes ist, mit grosser Mehrheit angenommen.

7) Zum Vorentwurf vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2002, S. 545 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2003.

8) Protokoll der Expertenkommission ZPO vom 14. Juni 1999, S. 35: siehe weiter auch THOMAS SUTTER-SOMM, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in Symposium zum 75. Geburtstag von WALTHER J. HABSCHIED, Beiheft ZSR 31, Basel 1999, S. 32 ff., insbes. S. 36 ff.

2. Anknüpfen an die bisherige kantonale Tradition des Zivilprozessrechts,
3. „Mut zur Lücke“,
4. Beachtung der Realien der Rechtswirklichkeit,
5. Kein Rückschritt beim „sozialen Zivilprozess“,
6. Die Gerichtsorganisation soll grundsätzlich weiterhin Sache der Kantone sein,
7. „Kompromisslösungen“ für rechtspolitisch schwierige Bereiche sind nötig,
8. Abstimmung und Koordination mit dem materiellen Privatrecht (insbesondere dem Zivilgesetzbuch [ZGB]⁹⁾ und dem Obligationenrecht [OR]¹⁰⁾) ist zentral.

Das *Anknüpfen an bisherige kantonale Traditionen* und nicht etwa an sog. „*prozessuale Megatrends*“ bei der Gesetzgebung, z.B. im Zusammenhang mit möglichen Modellen des kollektiven Rechtsschutzes wie etwa der Sammelklage (*class action*), waren aus föderalistischen und rechtspolitischen Gründen geboten, um die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts nicht zu gefährden.

„*Überreglementierung, Langatmigkeit und erschöpfender Perfektionismus*“ entsprechen nicht schweizerischer Rechtstradition¹¹⁾. Wenn die Gesetzgebung Spielraum für gerichtliche Rechtsentwicklungen lässt, namentlich durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, so entspricht dieses Vorgehen auch dem seinerzeit für das ZGB gewählten bewährten Weg zur Vereinheitlichung des Privatrechts¹²⁾.

b) Die Vernehmlassung bei den interessierten Kreisen und der Entwurf des Bundesrates von 2006 (E ZPO)

Über den Vorentwurf wurde anschliessend bei den interessierten Kreisen ein Konsultationsverfahren (sog. Vernehmlassung) durchgeführt, insbesondere bei den Kantonen, den kantonalen Obergerichten, den Anwaltsverbänden sowie den politischen Parteien. Das Resultat war eine sehr breit abgestützte grundsätzliche Zustimmung, indem der Vorentwurf – so der Bericht der Regierung, die sog. bundesrätliche Botschaft vom 28. Juni 2006 – „*grossmehrheitlich als sorgfältiges, ausgewogenes und ausgereiftes Werk*“ bezeichnet wurde und auch die „*formalen Aspekte des Vorentwurfs, seine prägnante Sprache, der systematische Aufbau sowie die Knappheit der Normen breite Anerkennung fanden*“¹³⁾. Obwohl die Vorlage der Regierung, die sog. bundesrätliche Botschaft, in vielen Einzelfragen der Detailkritik des Vernehmlassungsverfahrens am Vorentwurf Rechnung trug, entsprach der bundesrätliche Entwurf in den *Kernpunkten* voll und ganz dem Vorentwurf, zumal sich die Regierung „*voll*

9) Systematische Rechtssammlung (SR) 210, einsehbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf.

10) Systematische Rechtssammlung (SR 220), einsehbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf.

11) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7236.

12) Vgl. nur etwa Art. 1 ZGB; siehe weiter auch BERNHARD SCHNYDER, Zürcher Komm., Art. 1-10 ZGB, Zürich 1998, Allgemeine Einleitung, N. 238.

13) Botschaft ZPO, S. 7237 (unten).

und ganz hinter die Leitlinien der Expertenkommission“ stellte¹⁴⁾.

Hauptsächlich in zwei zentralen Punkten wich der Bundesrat jedoch vom Vorentwurf der Expertenkommission ab: Die Regierungsvorlage sah erstens keinen sogenannten Rekurs (appel simplifié) gegen Entscheide des summarischen Verfahrens als selbständiges Rechtsmittel mehr vor¹⁵⁾, sondern baute diesen aus Gründen der Vereinfachung beim primären Rechtsmittel der Berufung ein¹⁶⁾.

Zweitens sah die Regierungsvorlage im Vergleich zum Vorentwurf ein völlig anderes System der Eventualmaxime vor, indem auch noch zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel hätten vorgebracht werden können¹⁷⁾. In diesem umstrittensten Punkt der ganzen Vorlage kehrte jedoch das Parlament, genauer die Kammer der Kantonsvertretungen (Ständerat) – nach starkem Widerstand der anderen Parlamentskammer (Nationalrat) – in grundsätzlicher Hinsicht zum Konzept des Vorentwurfs zurück¹⁸⁾.

Im Ständerat, der zuerst den Gesetzesentwurf zu behandeln hatte, begannen die Beratungen in der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen am 8. Januar 2007. An dieser Sitzung wurde Eintreten auf die Vorlage ohne Gegenstimme beschlossen. Bereits am 4. Mai 2007 konnten im Ständerat die Kommissionsberatungen abgeschlossen werden. Einstimmig wurde die Vorlage zuhanden des Plenums des Ständerates verabschiedet. Am 14. Juni 2007 begannen die Beratungen im Plenum des Ständerats. Am 21. Juni 2007 wurde mit einstimmigem Beschluss Eintreten beschlossen und bereits grosse Teile der Vorlage durchberaten. Bereits an der nächsten der ZPO gewidmeten Sitzung vom 21. Juni 2007 verabschiedete der Ständerat den Gesetzesentwurf ohne Gegenstimme zuhanden des Nationalrats. Anschliessend ging die Vorlage an die vorberatende Kommission der anderen Parlamentskammer (Rechtskommission des Nationalrats). Am 23. August 2007 fand die Eintretensdebatte statt, an welcher die Kommission dann ohne Gegenstimme Eintreten beschloss. An der ersten Sitzung im Plenum des Nationalrats vom 29. Mai 2008 wurde zunächst ein Rückweisungsantrag an den Bundesrat zur Überarbeitung der Vorlage abgelehnt, welcher den Kantonen mehr Spielraum einräumen wollte. Die Erstberatung im Nationalrat konnte am 12. Juni 2008 abgeschlossen werden. Nach dem Differenzbereinigungsverfahren zwischen den beiden Kammern des Parlaments konnten schliesslich am 19. Dezember 2008 die Gesetzesberatungen mit der Schlussabstimmung in den beiden Kammern abgeschlossen werden.

14) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7241 (oben).

15) Vgl. Art. 215 ZPO.

16) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7369.

17) Art. 225 Abs. 1 E ZPO, siehe Botschaft ZPO, S. 7463 sowie S. 7340 zur Begründung der Änderung. Zu den hauptsächlichsten Ergebnissen der parlamentarischen Beratungen vgl. auch THOMAS SUTTER-SOMM, Festschrift für DIETER LEIPOLD, S. 753 ff., insbes. S. 759 ff. (vgl. Anm. 3).

18) Vgl. dazu ausführlich RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, S. 117 ff., insbes. 157 ff.

Die neue ZPO wurde dabei im Ständerat einstimmig (43 zu 0 Stimmen), im Nationalrat mit 187 Ja-Stimmen bei nur einer einzigen Gegenstimme mit überwältigendem Mehr angenommen. Die Publikation der neuen ZPO erfolgte am 6. Januar 2009 im Bundesblatt. Am 16. April 2009 lief die Referendumsfrist unbenutzt ab, und der Bundesrat setzte die Schweizerische Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 in Kraft.

II. Konzept und Aufbau der ZPO

1. Kodifikation des Zivilprozessrechts vor den kantonalen Instanzen und Vorbehalte insbesondere zugunsten der kantonalen Gerichtsorganisation

Zentral ist zunächst, dass die ZPO als grundsätzlich abschliessende Kodifikation des Zivilprozessrechts vor den kantonalen Instanzen konzipiert ist. Das bedeutet, dass ergänzendes Recht durch die Kantone grundsätzlich ausgeschlossen ist. Nur wenn die ZPO selber einen entsprechenden Vorbehalt vorsieht, sind kantonale Regelungen möglich.

Wichtige Vorbehalte sind die *Gerichtsorganisation* und die *Kostenhöhe* der Verfahren (nicht aber die Kostenverteilung). Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörde richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 3 ZPO). Damit ergibt sich aus kantonalem Recht, aus wie vielen Richterinnen und Richtern sich der Spruchkörper bei bestimmten Streitigkeiten zusammensetzt. Ebenso können die Kantone bestimmen, ob sie für handelsrechtliche Streitigkeiten Handelsgerichte einsetzen wollen (Art. 5 ZPO)¹⁹⁾. Die Rechtsmittel und damit die Anzahl von übereinander geschalteten Instanzen hingegen richten sich nach der ZPO.

In der ZPO sind zwei Hierarchien von kantonalen Gerichtsinstanzen vorgesehen, nämlich untere kantonale Gerichte²⁰⁾ und ein oberes Gericht. Dieses entscheidet hauptsächlich als Rechtsmittelinstanz²¹⁾, ausnahmsweise als einzige kantonale Instanz²²⁾.

Für die Verteilung der Prozesskosten (d.h. Gerichtskosten und Parteientschädigung)²³⁾ ist die ZPO massgeblich. Sie legt auch die Kostenlosigkeit bestimmter Verfahren fest²⁴⁾. So ist z.B. die *Kostenlosigkeit der Mediation* in bestimmten kindesrechtlichen Angelegenheiten vorgeschrieben²⁵⁾. Im Übrigen richtet sich aber die *Kostenhöhe* nach den kantonalen

19) Vgl. weiter Art. 7 ZPO, wonach die Kantone bestimmen, ob sie für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung eine einzige kantonale Instanz vorsehen wollen.

20) Regelmässig sind auf der ersten Instanz mehrere Gerichtsbezirke vorhanden, so dass eine Vielzahl von erstinstanzlichen Gerichten existiert. Die Kantone können auch erstinstanzliche Fachgerichte wie Arbeitsgerichte oder Mietgerichte einsetzen.

21) Vgl. Art. 308 ff. ZPO.

22) Sieht die ZPO zwingend (vgl. Art. 5 ZPO) oder fakultativ (Art. 6 und 7 ZPO) eine einzige kantonale Instanz vor, so muss ein oberes Gericht als zuständig bezeichnet werden, vgl. Art. 75 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes.

23) Vgl. Art. 95 ff., insbes. 104 ff. ZPO.

24) Vgl. insbes. Art. 113 ff. ZPO.

25) Art. 218 Abs. 2 ZPO.

Gebührentarifen²⁶⁾. In der Praxis können somit hinsichtlich der Prozesskosten erhebliche Unterschiede resultieren.

2. Übersicht über die vier Teile der ZPO

Die ZPO gliedert sich in vier Teile. Der *erste* Teil enthält in Art. 1-196 ZPO die allgemeinen Bestimmungen. Der *zweite* Teil normiert in Art. 197-352 ZPO die besonderen Bestimmungen. Diese beiden Teile bilden gewissermassen den *Kern der ZPO*, welche das Verfahren vor den kantonalen Instanzen in streitigen Zivilsachen regelt (Art. 1 Bst. a ZPO).

Der *dritte* Teil (Art. 353-399 ZPO) regelt die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit (sog. Binnenschiedsgerichtsbarkeit), während die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit weiterhin durch den zwölften Titel des IPRG (Art. 176 ff. IPRG) normiert wird. Als Modell der Schiedsgerichtsbarkeit diente primär das bisherige zwischen den Kantonen geschlossene Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit, das in einer verbesserten Fassung Eingang in die ZPO fand. So gelten im Vergleich zum Konkordat erleichterte Formvorschriften für die Schiedsvereinbarung (Art. 358 ZPO), die Möglichkeit der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen durch das Schiedsgericht selbst (Art. 374 Abs. 1 ZPO), die Erleichterung der Verrechnungseinrede (Art. 377 Abs. 1 ZPO) sowie die grundsätzlich direkte Beschwerde gegen den Schiedsspruch an das Bundesgericht (Art. 389 Abs. 1, Art. 390 Abs. 1 ZPO). Expertenkommission, Bundesrat und Parlament lehnten einhellig einen sogenannten Code unique in Anlehnung an das UNCITRAL-Modellgesetz ab und befürworteten den Dualismus zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit²⁷⁾. Zentral ist, dass der dritte Teil der ZPO bewusst als eigenständiger, in sich abgeschlossener Bereich konzipiert wurde. Verweise auf andere Teile der ZPO fehlen, so dass es sich im Grunde genommen um ein eigenständiges Schiedsgerichtsbarkeitsgesetz handelt, das aus sich selbst zu interpretieren ist²⁸⁾. Deutlich wird das am Beispiel der Rechtshängigkeit, die in Art. 372 ZPO sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts der Rechtshängigkeit wie auch deren prozessuale Wirkungen für das Schiedsverfahren autonom geregelt ist und nicht etwa auf die allgemeinen Vorschriften der ZPO, d.h. Art. 62 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 64 Abs. 1 ZPO, verwiesen wird.

Der *vierte* Teil der ZPO (Art. 400 ff. ZPO) schliesslich enthält die *Schlussbestimmungen*. Für die Praxis zentral sind hier die übergangsrechtlichen Vorschriften in Art. 404 f. ZPO. Für Verfahren, die bei Inkrafttreten der ZPO rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Am 1. Januar 2011 vor einer kantonalen Instanz bereits rechtshängige Zivilprozesse werden somit regelmässig nach kantonalem Zivilprozessrecht zu beenden sein. Bei erstinstanzlich rechtshängigen

26) Vgl. Art. 96 ZPO.

27) Kritisch zu dieser Lösung insbes. GERHARD WALTER, Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit, Schweizerische Zivilprozessordnung, Dritter Teil, Schiedsgerichtsbarkeit, Art. 1-40, Entwurf mit Erläuterungen, Beiheft 40 der Bibliothek für Schweizerisches Recht, Basel 2004.

28) Vgl. auch Botschaft ZPO, S. 7392.

Zivilprozessen richtet sich dagegen die Anfechtung nach neuem Recht, sofern der Entscheid unter neuem Recht eröffnet wird (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

III. Die Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-196 ZPO)

1. Gegenstand und Geltungsbereich (Art. 1-3 ZPO)

Der erste Teil mit seinen *allgemeinen Bestimmungen* enthält insgesamt elf Titel. Zunächst werden im 1. Titel (Art. 1-3 ZPO) *Gegenstand und Geltungsbereich* geregelt. Vereinfacht ausgedrückt, geht daraus primär hervor, dass die ZPO – wie bereits ausgeführt – das Verfahren vor den *kantonalen* Instanzen in streitigen Zivilsachen regelt. Weiter wird die grundsätzliche *Autonomie der Kantone für die Gerichtsorganisation* verankert (Art. 3 ZPO). Es gilt das Prinzip, dass die ZPO die Instanzen bestimmt, die Kantone die Zusammensetzung der Gerichte.

2. Zuständigkeit der Gerichte (Art. 4-51 ZPO)

Der 2. Titel über die *Zuständigkeit der Gerichte und den Ausstand* (Art. 4-51 ZPO) benennt insbesondere diejenigen Fälle, in denen die betreffenden Streitigkeiten von Bundesrechts wegen einer einzigen kantonalen Instanz zugewiesen werden müssen (Art. 5 ZPO) oder können (Art. 6 f. ZPO). Aus diesen Vorschriften – zusammen mit dem Rechtsmittelsystem der ZPO (Art. 311 Abs. 1, 321 Abs. 1 ZPO) – ergibt sich, dass die Kantone mindestens eine untere und (höchstens) eine obere kantonale Instanz einsetzen müssen. Die Kantone können unter den gesetzlichen Voraussetzungen ein Handelsgericht einsetzen, das als einzige kantonale Instanz entscheidet (Art. 6 ZPO).

Die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit (Art. 9-46 ZPO) entsprechen weitgehend dem bisherigen Gerichtsstandsgesetz²⁹⁾, das als einziges Bundesgesetz diesen Teilbereich des Zivilprozessrechts regelte.

Die Bestimmungen über den Ausstand (Art. 47-51 ZPO) sind ähnlich, aber nicht deckungsgleich mit denjenigen des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)³⁰⁾. So begründet Verwandtschaft oder Schwägerschaft in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad der Seitenlinie gemäss Art. 47 Abs. 1 Bst. e ZPO einen Ausstandsgrund, während nach Art. 34 Abs. 1 Bst. d BGG der Ausstandsgrund auch noch im dritten Grad besteht. Vor den kantonalen Instanzen sind Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert 10 Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 51 Abs. 1 ZPO). Im Verfahren vor Bundesgericht beträgt die Frist lediglich 5 Tage (Art. 38 Abs. 1 BGG). Obwohl im Vergleich zum Vorentwurf eine Systematisierung und Harmonisierung der

29) Vgl. Anm. 3.

30) SR 173.110.

Ausstandsvorschriften vorgenommen wurde³¹⁾, zeigen die Beispiele immer noch sachlich kaum begründbare Unterschiede, die bei nächster Gelegenheit eliminiert werden sollten.

3. Verfahrensgrundsätze (Art. 52-58 ZPO), Prozessvoraussetzungen (Art. 59-61 ZPO) sowie Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs (Art. 62-65 ZPO)

Der 3. Titel (Art. 52-61 ZPO) und der 4. Titel (Art. 62-65 ZPO) regeln zentrale Fragen des Zivilprozessrechts, nämlich die *Verfahrensgrundsätze* und die *Prozessvoraussetzungen* bzw. die *Rechtshängigkeit und die Folgen des Klagerückzugs*.

Hinsichtlich der *Verfahrensgrundsätze* geht die ZPO primär von der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime aus (Art. 55 Abs. 1, Art. 58 Abs. 1 ZPO). Eine (allgemeine) gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) schränkt jedoch den Verhandlungsgrundsatz, aber auch den Dispositionsgrundsatz ein³²⁾. Wie weit diese gerichtliche Fragepflicht geht wird die Praxis weisen. Nach den Materialien jedenfalls soll sich das Gericht bei anwaltlich vertretenen Parteien zurückhalten³³⁾.

Für sämtliche *Kinderbelange* gilt aber wie bis anhin der (uneingeschränkte) Untersuchungs- und Officialgrundsatz (Art. 296 ZPO)³⁴⁾.

Daneben können der ZPO zwei weitere Kategorien von Ausnahmen entnommen werden, in denen nicht der Verhandlungsgrundsatz gilt. Erstens sieht das *Beweisrecht* wesentliche Einschränkungen des Verhandlungsgrundsatzes vor. So kann das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Weiter kann das Gericht nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amtes wegen einen Augenschein vornehmen (Art. 181 Abs. 1 ZPO) oder ein Gutachten einholen (Art. 183 Abs. 1 ZPO). Diese Einschränkungen des Verhandlungsgrundsatzes kommen insbesondere auch im ordentlichen Verfahren zum Zug. Zweitens ergeben sich allenfalls aus der Verfahrensart gewisse Modifikationen: Die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime gilt für gewisse, nicht jedoch für alle vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 2 ZPO). In den übrigen Fällen des vereinfachten Verfahrens gilt der Verhandlungsgrundsatz mit einer – im Vergleich zur allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) – verstärkten Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Insofern besteht ein wichtiger Unterschied zwischen dem Entwurf des Bundesrats, der in allen Fällen des vereinfachten Verfahrens die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime vorsah³⁵⁾ und der endgültigen Fassung des Gesetzes. Das Parlament kehrte zum Konzept der Expertenkommission zurück, das den Untersuchungsgrundsatz auf

31) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7273 (oben).

32) Unzutreffend die Erläuterungen der Botschaft ZPO, S. 7275, wo nur von einer „Abschwächung der Verhandlungsmaxime“ gesprochen wird. Auch ein unklares Rechtsbegehren ist – jedenfalls bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei – mittels Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht klarzustellen.

33) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7348 (unten).

34) Die Geltung dieser beiden Verfahrensgrundsätze resultierte bereits vor Inkrafttreten der ZPO aus Bundesrecht, nämlich Art. 133 ZGB bzw. dem nun aufgehobenen Art. 145 aZGB.

35) Art. 243 E ZPO, vgl. Botschaft ZPO, S. 7348 und S. 7468.

die klassischen Materien des Sozialprozesses beschränkte³⁶⁾.

Weiter gilt für den gesamten Scheidungsprozess – mit Ausnahme des Güterrechts und des nahehelichen Unterhalts – der (eingeschränkte) Untersuchungsgrundsatz (Art. 277 ZPO). Dagegen gilt für den gesamten Eheschutz – einschliesslich des Güterrechts und des Unterhalts – der (eingeschränkte) Untersuchungsgrundsatz (Art. 271 Bst. a i.V.m. Art. 272 ZPO)³⁷⁾. Schliesslich gilt auch für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen der (eingeschränkte) Untersuchungsgrundsatz³⁸⁾.

Die Eventualmaxime ist nicht bei den Verfahrensgrundsätzen, sondern primär beim ordentlichen Verfahren geregelt³⁹⁾.

Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit wurde in Art. 62 Abs. 1 ZPO auf den frühesten Zeitpunkt festgelegt, indem bereits die Einreichung des Schlichtungsgesuchs ausreicht. Nach Ausstellung der Klagebewilligung hat die klagende Partei drei Monate Zeit, die Klage einzureichen (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Verstreicht diese Frist ungenützt, so entfällt die Rechtshängigkeit ohne Auswirkung auf das materielle Recht. Denn die Obliegenheit zur Fortführung des Prozesses (sog. Fortführungslast) setzt erst mit der Zustellung der Klage durch das Gericht an die beklagte Partei ein (Art. 65 ZPO)⁴⁰⁾. Im Gegensatz zum bisherigen Recht hat die Rechtshängigkeit nicht nur prozessuale, sondern auch materiell-rechtliche Wirkungen, indem sie die bisherige Funktion der sog. Klageanhebung⁴¹⁾ übernimmt, die vom Bundesgericht als materiell-rechtliches Institut des ungeschriebenen Bundesprivatrechts anerkannt wurde. Während der bundesrätliche Entwurf – im Gegensatz zum Vorentwurf⁴²⁾ – darüber keine explizite Vorschrift enthielt, hat das Parlament in Art. 64 Abs. 2 ZPO eine entsprechende Norm geschaffen. Damit wird klargestellt, dass für die Einhaltung von materiell-rechtlichen Verwirkungsfristen die Einreichung des Schlichtungsgesuchs ausreichend ist.

4. Die Parteien und die Beteiligung Dritter (Art. 66-83 ZPO)

Der 5. Titel (Art. 66-83 ZPO) enthält Vorschriften über die *Parteien und die Beteiligung Dritter*.

36) Art. 240 VE ZPO.

37) Diese Inkohärenz ist stossend, weil es vom Zufall des Einzelfalls abhängt, ob die güterrechtliche Auseinandersetzung bereits im Eheschutz (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) stattfindet. Auch die verfahrensrechtliche Differenzierung bei der Feststellung des Sachverhalts im Kontext von Unterhalt im Rahmen eines Eheschutzverfahrens bzw. im Scheidungsprozess ist nicht sachgerecht.

38) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7276.

39) Vgl. unten IV./3.

40) Diese Regelung lehnt sich an die bisherige bundesgerichtliche Praxis zu den bundesrechtlichen Grenzen der (kantonalen) Fortführungslast an, vgl. insbes. Pra 2003, Nr. 16, S. 77 ff., Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 118 II 479 ff. Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) sind einsehbar unter www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm.

41) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7277 mit Hinweisen auf das bisherige Institut der Klageanhebung.

42) Art. 208 Abs. 2 VE ZPO.

Die Vorschriften über die Parteien und die Beteiligung Dritter (Art. 66-83 ZPO) entsprechen dem herkömmlichen Zivilprozessrecht der Kantone. Das in Art. 73 ZPO vorgesehene Institut der Hauptintervention kannten jedoch viele Kantone nicht. Die Hauptintervention führt zu einem Prozess, in dem sich drei Hauptparteien gegenüberstehen, die alle entgegenlaufende Interessen geltend machen. Die Hauptintervention wird ohne Schlichtungsverfahren erklärt (Art. 198 Bst. g ZPO). Typische Anwendungsfälle sind z.B. Streitigkeiten um das Eigentum⁴³⁾ oder Erbschaftsklagen⁴⁴⁾.

Neben der einfachen Streitverkündung (Art. 78 ff. ZPO) sieht die ZPO für das ordentliche Verfahren die sog. Streitverkündungsklage vor, welche es der streitverkündenden Partei (Litisdenunziant) gleichzeitig erlaubt, die streitberufene Partei (Litisdenunziat) zu verklagen, so dass im gleichen Prozess nötigenfalls bei Unterliegen des Streitverkünders dessen Regressansprüche gegen den Streitberufenen in einem Annexverfahren, an dem der obsiegende Dritte nicht mehr beteiligt ist, zu beurteilen sind (Art. 81 ZPO).

5. Klagen (Art. 84-90 ZPO)

Der 6. Titel regelt die einzelnen Klagen. Im Grund genommen sind hier keine wesentlichen Neuerungen zu verzeichnen. Im Anschluss an die Legaldefinition der *Leistungsklage* regelt Art. 85 ZPO die *unbezifferte Forderungsklage*. Deren Umschreibung entspricht im Wesentlichen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴⁵⁾.

Nach den Gesetzesmaterialien umfasst Art. 85 ZPO jedoch auch die sog. *Stufenklage*⁴⁶⁾. Diese dogmatische Einordnung ist fraglich, weil es sich bei der Stufenklage zunächst um die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Informationsanspruchs handelt, nach dessen Erstreitung anschliessend gegen die beklagte Partei im gleichen Verfahren gestützt auf die gewonnene Information regelmässig ein Anspruch auf Leistung geltend gemacht wird. Die Stufenklage, ebenfalls in der bisherigen Rechtsprechung anerkannt⁴⁷⁾, ist deshalb bei genauer Betrachtungsweise keine unbezifferte Forderungsklage, sondern eine objektive Klagenhäufung⁴⁸⁾.

6. Streitwert (Art. 91-94 ZPO), Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege (Art. 95-123 ZPO)

Der 7. Titel (Art. 91-94 ZPO) normiert den *Streitwert*. Zentral ist für diesen Bereich, dass die Bestimmung des Streitwerts sich abschliessend nach der ZPO richtet. Obwohl das kantonale Gerichtsorganisationsrecht grundsätzlich die sachliche Zuständigkeit bestimmt,

43) Art. 641 ZGB.

44) Art. 598 ZGB.

45) Vgl. BGE 131 III 243; 116 II 215.

46) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7287.

47) Vgl. BGE 123 III 140 ff., 116 II 215 ff., 220; zum Ganzen PASCAL LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2004.

48) Vgl. Art. 90 ZPO.

erfolgt die Streitwertberechnung im Zusammenhang mit der sachlichen Zuständigkeit ausschliesslich nach Bundesrecht (Art. 4 Abs. 2 ZPO). Dies gilt erst recht dann, wenn die ZPO für besondere Kostenregelungen bzw. Kostenfreiheit (Art. 113 Abs. 2 Bst. d, Art. 114 Bst. c ZPO), die Verfahrensart (Art. 243 Abs. 1 ZPO) oder Rechtsmittel (Art. 308 Abs. 2 ZPO) abstellt.

Der 8. Titel (Art. 95-123 ZPO) regelt die *Prozesskosten* und die *unentgeltliche Rechtspflege*. In grundsätzlicher Hinsicht gilt hinsichtlich der Kostenhöhe, dass sich diese nach den kantonalen Tarifen richtet (Art. 96 ZPO)⁴⁹⁾, die Kostenverteilung jedoch nach der ZPO (Art. 105 ZPO) erfolgt. Eine bundesrechtliche Vereinheitlichung der Tarife kam aus rechtspolitischen Gründen nicht in Frage⁵⁰⁾. Für die Festsetzung und Verteilung der Gerichtskosten gilt der Offizialgrundsatz (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 58 Abs. 2 ZPO). Für die Festsetzung und Verteilung der Parteientschädigungen gilt dagegen der Dispositionsgrundsatz (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Mit Ausnahme der Kostenhöhe des Verfahrens richten sich somit grundsätzlich alle anderen Fragen des Kostenrechts nach der ZPO. Detaillierte Vorschriften regeln weiter die unentgeltliche Rechtspflege. Die Grundnorm für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 117 ZPO) orientiert sich am bisherigen verfassungsrechtlichen Mindeststandard, nämlich fehlende finanzielle Mittel für die Prozessführung und höhere Erfolgs- als Verlustchancen. Bewusst lässt das Gesetz die Frage offen, ob unentgeltliche Rechtspflege auch für juristische Personen in Betracht kommt⁵¹⁾. Neu vorgesehen ist zudem ein bundesrechtlicher *Anspruch auf unentgeltliche Mediation in kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Natur*, wenn die erforderlichen Mittel fehlen und das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt (Art. 218 Abs. 2 ZPO). Die Kantone können über diesen bundesrechtlichen Minimalstandard hinausgehen (Art. 218 Abs. 3 ZPO).

7. Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen (Art. 124-149 ZPO)

Die ausführlichen Vorschriften über *Prozessleitung, prozessuales Handeln und Fristen* des 9. Titels (Art. 124-149 ZPO) enthalten wenig erwähnenswerte Besonderheiten. Der Gesetzestext ist hier relativ detailliert und weitgehend selbsterklärend. Erwähnenswert ist aber die Möglichkeit der *Prozessüberweisung bei zusammenhängenden Verfahren*. Sind bei verschiedenen Gerichten Klagen rechtshängig, die miteinander in einem sachlichen Zusammenhang stehen, so kann ein später angerufenes Gericht die bei ihm rechtshängige Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, wenn dieses mit der Übernahme einverstanden ist (Art. 127 ZPO).

49) Vgl. zu den bundesrechtlichen Schranken im Zusammenhang mit dem sog. Äquivalenzprinzip (d.h. Verhältnis zwischen Aufwand und Kosten) BGE 126 I 180, 124 I 241, 1200 Ia 171 ff.

50) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7292.

51) Vgl. auch Botschaft ZPO, S. 7301 f.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die Vorschriften über Säumnis und Wiederherstellung streng sind. Säumnis tritt bereits bei erstmaligem Verpassen der Frist ein. Es gilt grundsätzlich der sog. Fortführungsgrundsatz, wonach das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt⁵²⁾. Allerdings muss das Gericht die Parteien auf die Säumnisfolgen hinweisen (Art. 147 ZPO). Dieser Hinweis ist konstitutiv für eine allfällige Säumnis. Die Wiederherstellung setzt voraus, dass die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass sie „*kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft*“ (Art. 148 Abs. 1 ZPO).

8. Beweis (Art. 150-193 ZPO)

Einer der zentralsten Punkte sind Bestimmungen des *Beweisrechts*, das im 10. Titel (Art. 150-193 ZPO) geregelt ist.

Das Beweisrecht ist in drei Teile gegliedert: Allgemeine Bestimmungen (Art. 150-159 ZPO) regeln namentlich Beweisgegenstand (Art. 150 ZPO), Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO) und Beweisverfügung (Art. 154 ZPO). Die Bestimmung des Vorentwurfs betreffend antizipierte Beweiswürdigung wurde gestrichen, was aber nichts daran ändert, dass sie entsprechend der bisherigen Bundesgerichtspraxis⁵³⁾ weiterhin zulässig ist⁵⁴⁾. Die Wirkung der Streichung besteht lediglich darin, dass das Gesetz seinen Informationsgehalt verloren hat. Die Vorschrift über die Beweisverfügung (Art. 154 ZPO) ermöglicht es dem Gericht zu bestimmen, welche Partei die Beweislast trägt. Nach dem Konzept der ZPO wird die Beweisverfügung erst nach dem Schriftenwechsel erlassen und dient der Vorbereitung der Hauptverhandlung.

Der zweite Teil des Beweisrechts regelt die *Mitwirkungspflichten und die Verweigerungsrechte der Parteien und Dritter* (Art. 160-167 ZPO).

Der dritte Teil (Art. 168-193 ZPO) schliesslich regelt die *Beweismittel*. Es gilt – mit Ausnahme der nach dem uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz zu führenden Verfahren – ein geschlossenes Beweismittelsystem (sog. *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel, Art. 168 Abs. 1 ZPO). Zugelassene Beweismittel sind Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Parteibefragung und Beweisaussage. Nur für Prozesse betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten kommt der sog. *Freibeweis* zum Zug (Art. 168 ZPO)⁵⁵⁾.

9. Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten (Art. 194-196 ZPO)

Der 11. Titel über die *Rechtshilfe zwischen schweizerischen Gerichten* (Art. 194-

52) Nur ausnahmsweise sieht die ZPO einen Anspruch auf eine Nachfrist vor, vgl. Art. 101 Abs. 3, Art. 223 Abs. 1 ZPO.

53) Vgl. statt vieler BGE 131 III 226 E. 4.3.

54) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7312.

55) Vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO.

196 ZPO) schliesst den allgemeinen Teil ab. Die Verpflichtung der Gerichte zur gegenseitigen Rechtshilfe gilt allgemein und nicht nur bezüglich Beweishilfe. Bei Rechtshilfe im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren ergeben sich die Mitwirkungs- und Verweigerungsrechte der Parteien und Dritter direkt aus der ZPO⁵⁶⁾. Ob im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens eine Mitwirkungspflicht Privater besteht, ist nicht etwa durch eine Beurteilung von Grundrechtspositionen (insbes. der persönlichen Freiheit), sondern anhand der von der ZPO festgelegten Mitwirkungs- und Verweigerungsrechten zu beurteilen.

IV. Der zweite Teil: Besondere Bestimmungen (Art. 197-352 ZPO)

1. Grundsatz des Obligatoriums eines Schlichtungsverfahrens

Bei den besonderen Bestimmungen der ZPO stehen der 1. Titel und der 3. Titel im Vordergrund. Die Vorschriften des 1. Titels über den *Schlichtungsversuch* (Art. 197-212 ZPO) sind deshalb absolut zentral, weil der Grundsatz gilt, dass dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vorausgeht (Art. 197 ZPO)⁵⁷⁾. Grundsätzlich bestimmen die Kantone – entsprechend ihrer Organisationsautonomie (Art. 3 ZPO) – die Zusammensetzung der Schlichtungsbehörde. Für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz müssen jedoch *paritätische* Schlichtungsbehörden eingesetzt werden (Art. 200 ZPO). Ausserhalb dieses Bereichs können die Kantone wählen, ob sie z.B. bereits vorhandene Friedensrichter oder aber Gerichtspräsidenten einsetzen. Möglich ist auch, dafür Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen zu wählen. Zu beachten ist, dass die Schlichtungsbehörde im Zusammenhang mit dem Urteilsvorschlag (Art. 210 Abs. 1 Bst. c ZPO) und erst recht bei einem allfälligen Entscheid, der bis zu einem Streitwert von 2'000 Franken auf Antrag der klagenden Partei möglich ist (Art. 212 ZPO)⁵⁸⁾, zweifellos eine gerichtliche Tätigkeit ausübt. Deshalb müssen die Voraussetzungen bezüglich Unparteilichkeit und Unabhängigkeit sowie gesetzlicher Grundlage im Sinne von Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention erfüllt sein⁵⁹⁾, auch wenn kein Gericht im formellen Sinn geschaffen werden muss⁶⁰⁾. Für die Schlichtungsbehörde gelten deshalb insbesondere die Ausstandsvorschriften der ZPO.

56) Vgl. Art. 160 ff. ZPO.

57) Nur ausnahmsweise entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 ZPO) oder kann auf dieses verzichtet werden (Art. 199 ZPO).

58) Gemäss Art. 212 Abs. 1 ZPO kann die Schlichtungsbehörde in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 2'000 Franken entscheiden, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt.

59) Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Systematische Rechtssammlung (SR 0.101), einsehbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/i1/0.101.de.pdf. Vgl. auch BGE 118 Ia 478 E. 5a.

60) So zu diesem letzten Punkt Botschaft ZPO, S. 7328.

2. Mediation

Die Diskussion über die Mediation, als Modell für das Erarbeiten von tragfähigen, einvernehmlichen Lösung für Konflikte mit Hilfe interdisziplinär ausgebildeter neutraler Drittpersonen unter eigenverantwortlicher Mitwirkung der beteiligten Personen, wurde in der Schweiz vor allem im Kontext der parlamentarischen Beratung über die Scheidungsrechtsrevision (1996-1998) ausgelöst. Die Regierung sah damals im Gesetzesentwurf eine Bestimmung vor, wonach die Kantone dafür zu sorgen haben, dass die Ehegatten sich an in der Mediation ausgebildete Personen wenden können, die ihnen helfen, sich über die Scheidung und ihre Folgen zu verständigen. Der Bundesrat machte damals diesen Vorschlag vor dem Hintergrund ausländischer Erfahrungen, namentlich in der sog. *divorce mediation*. Dabei war stets die Meinung, dass die Mediationsstellen *ausserhalb* der organisatorischen Strukturen der Gerichte angesiedelt sein sollen. Eine wesentliche Rolle bei den ganzen Diskussionen spielte die Kostenfrage. Die Kreise, welche die gesetzliche Verankerung der Mediation im Kontext der Scheidungsrechtsrevision befürworteten, wiesen darauf hin, dass damit letztlich die Kosten für den Staat gesenkt würden, weil damit die Zahl der kostenaufwändigen Abänderungsverfahren von Scheidungsurteilen erheblich reduziert würde. Die Gegner einer Einführung der Mediation befürchteten eine untragbare Kostenerhöhung für die Kantone, welche dadurch eigens Mediationsstellen einrichten oder hierzu private Organisationen finanzieren müssten⁶¹⁾. Die von der Regierung vorgeschlagene Vorschrift für eine Verankerung der Mediation im neuen Scheidungsrecht wurde jedoch vom Parlament praktisch diskussionslos gestrichen. Hauptgrund waren die befürchteten Kosten für den Staat.

In den folgenden Jahren entwickelte sich die Mediation in der Praxis auch ohne gesetzliche Grundlagen weiter. So wurden Ausbildungsgänge für Mediatorinnen und Mediatoren mit entsprechender Zertifizierung etabliert. Die Mediation im Bereich des Wirtschaftslebens begann in der Praxis Fuss zu fassen⁶²⁾.

Bei der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung blieb aber die Haltung gegenüber der Mediation zunächst sehr zurückhaltend. Der Vorentwurf trägt der Mediation zwar an verschiedenen Stellen Rechnung, z.B. im Zusammenhang mit der Sistierung von Verfahren⁶³⁾ oder durch Verweigerungsrechte im Beweisverfahren⁶⁴⁾. Auf eine weitergehende Implementierung der Mediation wurde aber verzichtet.

61) Vgl. zum Ganzen Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, Bundesblatt 1996 I, S. 1 ff., insbes. S. 35, 151-154, 214; einsehbar unter www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do.

62) In der Schweiz – im Gegensatz zu den europäischen Nachbarländern – allerdings mit grosser Zurückhaltung, vgl. umfassend zur Wirtschaftsmediation DOMINIQUE BROWN-BERSET, *La médiation commerciale: le géant s'éveille*, ZSR 2002, S. 319 ff. Zwischenzeitlich ist die Wirtschaftsmediation in der Schweiz ziemlich stark etabliert, so unter anderem auch die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation (www.skwm.ch).

63) Vgl. Art. 116 Abs. 1 VE ZPO.

64) Vgl. Art. 157 Abs. 1 Bst. c VE ZPO.

Im Vernehmlassungsverfahren wurde jedoch eine Stärkung der aussergerichtlichen Streitbeilegung gefordert. Gerichte sollten nicht vorschnell angerufen werden, sondern der Gang zum Gericht sollte die letzte Eskalationsstufe eines Konflikts sein. Stärkung und Ausbau der aussergerichtlichen Streitbeilegung sollte über die bestehenden staatlichen Schlichtungsverfahren (sog. Friedensrichter) durch sog. *Alternative Dispute Resolutions* im Sinne der modernen europäischen und angelsächsischen Entwicklungen gefördert werden. Die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf der Regierung enthalten denn auch detaillierte Ausführungen zur wachsenden Bedeutung der sog. *Alternative Dispute Resolutions*, zur Entwicklung der Mediation in der Europäischen Union und aussereuropäischen Staaten und insbesondere herausragenden Bedeutung der Mediation in Familiensachen⁶⁵⁾.

Mit viel stärkerem Nachdruck als noch bei der Scheidungsrechtsrevision verlangte nun die Regierung eine Verankerung der Mediation in der Zivilprozessordnung. Auch das Parlament unterstützte nun in grundsätzlicher Hinsicht diese Sichtweise. Im Laufe von rund zehn Jahren hat sich die Haltung des schweizerischen Gesetzgebers gegenüber der Mediation grundlegend geändert.

Die ZPO räumt der Mediation im 2. Titel des 2. Teils (Art. 213-218 ZPO) im Sinne allgemeiner, nicht auf familienrechtliche Verfahren beschränkter Vorschriften, einen ziemlich grossen Stellenwert ein. In der Marginalie von Art. 213 ZPO wird sogar von „Mediation statt Schlichtungsverfahren“ gesprochen. Dies entspricht allerdings inhaltlich nicht dem Konzept des Gesetzes. Wie allerdings aus der genannten Vorschrift hervorgeht, ist der Antrag auf Mediation im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen. Bei genauer Betrachtungsweise hat weder das Mediationsgesuch noch die Mediation selber eine zivilprozessuale Wirkung. Denn die Rechtshängigkeit mit all ihren Wirkungen (Art. 64 ZPO) kommt nur dem Schlichtungsgesuch zu.

Folgende Gesichtspunkte sind für die Mediation nach dem Konzept der ZPO zentral: Organisation und Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts (Art. 215 ZPO). Dies gilt auch für die Kosten. Nur in kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Natur schreibt die ZPO unter bestimmten Voraussetzungen unentgeltliche Mediation vor (Art. 218 ZPO)⁶⁶⁾.

Mediation setzt Einverständnis der Parteien voraus, eine Zwangsmediation ist grundsätzlich ausgeschlossen⁶⁷⁾. In zeitlicher Hinsicht ist sowohl eine Mediation während

65) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7241 f., 7252 ff.

66) Allerdings können die Kantone gemäss Art. 218 Abs. 3 ZPO über diesen bundesrechtlichen Mindeststandard hinausgehen. Dies tun vereinzelt Kantone, indem sie für sämtliche familienrechtliche Angelegenheiten einen Anspruch auf unentgeltliche Mediation vorsehen, sofern den Parteien die erforderlichen Mittel fehlen und die zuständige Behörde bzw. das zuständige Gericht eine Mediation empfiehlt.

67) Eine Zwangsmediation kommt nur im Fall einer sog. Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB in Frage, ist aber umstritten, vgl. etwa LISELOTTE STAUB, Die Pflichtmediation als scheidungsbezogene Kinderschutzmassnahme, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Band 145 (2009), S. 404 ff.

des Schlichtungsverfahrens als auch im Entscheidungsverfahren vor Gericht möglich. Scheitern der Mediation bedeutet, dass das Verfahren seinen Fortgang nimmt, indem entweder die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung ausstellt bzw. die Sistierung des Gerichtsverfahrens aufgehoben wird (Art. 213 f. ZPO). Die Mediation ist unabhängig und vertraulich, und die Aussagen der Parteien dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden (Art. 216 ZPO). Schliesslich ist wesentlich, dass erst die von den Parteien gemeinsam beantragte Genehmigung der in der Mediation erzielten Vereinbarung diese zu einem gerichtlichen Vergleich mit Urteilswirkung macht (Art. 217 ZPO)⁶⁸⁾. Dagegen hat eine ausserhalb eines Schlichtungsverfahrens oder gerichtlichen Verfahrens in einer Mediation erzielte Einigung keine solche Wirkung, sondern ist ein gewöhnlicher Vertrag.

3. Das ordentliche Verfahren als „Grundmodell“

Den eigentlichen Kern der besonderen Bestimmungen bilden die Vorschriften des 3. Titels über das *ordentliche Verfahren* (Art. 219-242 ZPO), das grundsätzlich bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bei einem Streitwert über 30'000 Franken (Art. 243 Abs. 1 ZPO, e contrario) sowie grundsätzlich bei allen nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zur Anwendung kommt, sofern die ZPO nichts anderes bestimmt⁶⁹⁾. Diese Verfahrensart ist deshalb mit Abstand am ausführlichsten geregelt. Zudem gelten die betreffenden Vorschriften gemäss Art. 219 ZPO *sinngemäss* für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. So finden z.B. die Vorschriften über neue Tatsachen und Beweismittel (Art. 229 ZPO) oder die Eröffnung und Begründung des Entscheids (Art. 239 ZPO) auch für das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) Anwendung⁷⁰⁾.

Das ordentliche Verfahren der ZPO ist der *klassische Zivilprozess* entsprechend dem herkömmlichen Verständnis des Zivilprozesses in der Schweiz. Es wird grundsätzlich vom Dispositionsgrundsatz und der Verhandlungsmaxime beherrscht⁷¹⁾. Nach erfolglosem Abschluss des Schlichtungsverfahrens hat die klagende Partei eine schriftlich begründete Klage mit all ihren Rechtsbegehren, den Tatsachenbehauptungen und den Beweisanträgen

68) In Verbindung mit Art. 241 ZPO betreffend Vergleich. Steht das strittige Recht in der freien Dispositionsbefugnis der Parteien, so hat die Genehmigungsinstanz keine Inhaltskontrolle vorzunehmen. Vereinbarungen betreffend Rechte, über welche die Parteien nicht frei verfügen können, namentlich im Bereich des Familienrechts, unterliegen allerdings auch einer gerichtlichen Inhaltskontrolle. Es handelt sich meistens um Fälle, in denen gar kein Schlichtungsverfahren stattfindet (vgl. insbes. Art. 198 Bst. c ZPO für Scheidungsklagen), so dass die Inhaltskontrolle und die Genehmigung regelmässig durch das Gericht erfolgt, vgl. dazu insbes. Art. 279/280 ZPO.

69) Sondervorschriften gelten insbesondere für das Scheidungsverfahren, vgl. Art. 274 ff. ZPO.

70) Weil aber im vereinfachten Verfahren regelmässig kein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt wird (vgl. jedoch auch Art. 246 Abs. 2 ZPO) können neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt zu Beginn der Hauptverhandlung vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Bei Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen (Art. 247 Abs. 2 ZPO) sind neue Tatsachen und Beweismittel zudem bis zur Urteilsberatung zulässig (Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 219 ZPO).

71) Diese Grundsätze ergeben sich aus den allgemeinen Bestimmungen in Art. 55 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 1 ZPO.

einzureichen (Art. 221 ZPO). Die gleichen Regeln gelten grundsätzlich für die schriftliche Klageantwort der beklagten Partei (Art. 222 ZPO), die zudem in der Klageantwort Widerklage erheben kann (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Wie das Verfahren seinen Fortgang nimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Erfordern es die Verhältnisse, so kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel durchführen (Art. 225 ZPO). Möglich ist auch eine sog. Instruktionsverhandlung, welche vor allem der Ergänzung des Sachverhalts, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung dient (Art. 226 ZPO). Das Gericht kann aber bei Verhandlungsreife nach dem ersten Schriftenwechsel direkt zur Hauptverhandlung laden. Für eine Klageänderung vor der Hauptverhandlung gelten keine strengen Vorschriften. Es genügt, dass der geänderte oder neue Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO).

Die Hauptverhandlung dient primär der Beweisabnahme (Art. 231 ZPO). Zu Beginn der Hauptverhandlung ist das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt zulässig, sofern nur ein einfacher Schriftenwechsel stattgefunden hat. In allen anderen Fällen, d.h. bei doppeltem Schriftenwechsel oder einfachem Schriftenwechsel und Instruktionsverhandlung, sind nur noch echte Noven und unechte Noven, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden, zulässig. Hat das Gericht ausnahmsweise den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären⁷²⁾, so werden neue Tatsachen bis zur Urteilsberatung berücksichtigt (Art. 229 ZPO).

Die Ausgestaltung der *Eventualmaxime* war – wie ausgeführt – einer der rechtspolitisch umstrittensten Punkte der Gesetzgebung. Im Ergebnis hat sich das relativ strenge Konzept der Expertenkommission durchgesetzt. Auch die Klageänderung in der Hauptverhandlung ist nur noch unter relativ strengen Voraussetzungen zulässig. Erforderlich sind nicht nur die dargestellten Voraussetzungen einer Klageänderung vor der Hauptverhandlung, sondern zusätzlich, dass die Klageänderung auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 230 ZPO)⁷³⁾.

Im Anschluss an die Hauptverhandlung erfolgt die Urteilsberatung. Im Sinne eines Einbruchs in das Kodifikationsprinzip bestimmt das kantonale Recht, ob die Urteilsberatung öffentlich ist oder nicht, wobei familienrechtliche Verfahren von Bundesrechts wegen nicht öffentlich sind. Zudem kann in jedem Fall – unabhängig vom kantonalen Recht – die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, wenn es das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Person erfordert (Art. 54 ZPO).

Das Gericht hat die Möglichkeit, den Parteien das Urteil mit einer kurzen mündlichen Begründung zu eröffnen. In diesem Fall erhalten die Parteien nur den schriftlichen Entscheid

72) Z.B. im Scheidungsverfahren betreffend Kinderbelange, vgl. Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO. Für den Scheidungsprozess vgl. weiter Art. 277 und Art. 280 Abs. 3 ZPO.

73) Obwohl in Art. 230 ZPO nicht explizit erwähnt, ist die Klageänderung ohne spezielle Voraussetzungen zulässig, falls der Offizialgrundsatz gilt, d.h. das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist. Dies ist z.B. der Fall für sämtliche Kinderbelange im Scheidungsprozess, vgl. Art. 58 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 Abs. 3 ZPO.

mit Dispositiv, d.h. dem Urteilsspruch. Eine schriftliche Begründung ist vom Gericht nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt. Verlangt keine Partei innert dieser Frist eine schriftliche Begründung, so gilt dies als unwiderlegbarer Verzicht auf die Rechtsmittel der Berufung oder Beschwerde (Art. 239 ZPO)⁷⁴⁾.

4. Das vereinfachte Verfahren (Art. 243-247 ZPO)

Das im 4. Titel (Art. 243-247 ZPO) geregelte vereinfachte Verfahren ist der Nachfolger und die bundesrechtliche Konkretisierung des sog. sozialen Zivilprozesses bzw. des bisherigen „*einfachen und raschen Verfahrens*“, dessen Ausgestaltung den Kantonen oblag⁷⁵⁾. Art. 243 ZPO sieht *zwei Kategorien von Streitigkeiten* vor, die darunter fallen. Einerseits kommt das vereinfachte Verfahren für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Streitwertunabhängig gilt es für ausgewählte Sachbereiche wie etwa Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz, Kernbereiche des sozialen Miet- und Pachtrechts oder Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (Art. 243 Abs. 2 ZPO).

Der Hauptunterschied zum ordentlichen Verfahren besteht primär darin, dass die Parteien eine Klage *ohne schriftliche Begründung* einreichen können (Art. 244 ZPO). In einem solchen Fall stellt das Gericht der beklagten Partei die unbegründete Klage zu und lädt die Parteien zugleich zur Hauptverhandlung (Art. 245 ZPO). Im einfachen Verfahren steht damit das Element der Mündlichkeit viel stärker im Vordergrund als beim ordentlichen Verfahren. Der prozessuale Formalismus ist weniger stark. Allerdings gilt nur für die eigentlichen Kernbereiche des sozialen Zivilprozesses unabhängig vom Streitwert der Untersuchungsgrundsatz⁷⁶⁾. Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten etwa stellt das Gericht nur bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

Für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten, z.B. aus einem Kaufvertrag, in denen das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt, weil der Streitwert nicht mehr als 30'000 Franken beträgt, gilt der Verhandlungsgrundsatz mit einer erweiterten gerichtlichen Fragepflicht (Art. 243 ZPO).

Die Vorschriften über das vereinfachte Verfahren sind sehr rudimentär. Diese geringe Regelungsdichte ist ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers. Denn Lücken sind durch die sinngemässe Anwendung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren zu schliessen (Art. 219 ZPO). Namentlich gelten die dargestellten Bestimmungen über die Eröffnung des

74) Kein Verzicht gilt jedoch für das Rechtsmittel der Revision, mit welchem jedoch nur qualifizierte Mängel des Entscheids geltend gemacht werden können wie Einwirkung durch Verbrechen oder Vergehen auf den Entscheid, vgl. zu den Revisionsgründen Art. 328 ZPO.

75) Vgl. insbes. Art. 280 Abs. 1 aZGB sowie Art. 274d Abs. 1, 343 Abs. 2 aOR. In diesen Vorschriften verpflichtete der Bund bereits vor Inkrafttreten die Kantone in ihrem Zivilprozess „*ein einfaches und rasches Verfahren*“ vorzusehen, ohne dessen Inhalt näher zu konkretisieren.

76) Vgl. die Aufzählung in Art. 243 Abs. 2 ZPO.

Entscheid (Art. 239 ZPO) auch für das vereinfachte Verfahren.

5. Summarisches Verfahren (Art. 248-270 ZPO)

Der 5. Titel über das summarische Verfahren (Art. 248-270 ZPO) gilt – neben anderen Regelungsmaterien – insbesondere für die *vorsorglichen Massnahmen* und die sog. *Schutzschrift* (Art. 261 ff. ZPO) sowie den sog. *Rechtsschutz in klaren Fällen* (Art. 257 ZPO). Unter anderem gilt das summarische Verfahren der ZPO neu auch für zahlreiche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Art. 251 ZPO), ohne dass diese dadurch zu eigentlichen Erkenntnisverfahren im zivilprozessualen Sinn würden.

Für das summarische Verfahren ist das vorgängige Schlichtungsverfahren ausgeschlossen⁷⁷⁾.

Die *Schutzschrift* (Art. 270 ZPO) ist vom Konzept her gesehen eine antizipierte Stellungnahme gegen eine befürchtete superprovisorische Massnahme oder ein Arrestgesuch, d.h. die Beschlagnahme von Vermögen bei Vorliegen einer besonderen Gefährdungssituation. Die Schutzschrift wird auf Vorrat beim Gericht hinterlegt, wo der Eingang eines Gesuchs um Erlass einer superprovisorischen Massnahme oder eines Arrestgesuchs befürchtet wird. Die Schutzschrift ist während 6 Monaten ab Einreichung beachtlich und wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn das entsprechende Verfahren eingeleitet wird.

Ein Sonderfall des summarischen Verfahrens ist der *Rechtsschutz in klaren Fällen* (Art. 257 ZPO). Es handelt sich um eine Option, statt einer Klage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren ein Gesuch um Rechtsschutz im summarischen Verfahren einzureichen. Ausgeschlossen ist das Verfahren für Angelegenheiten, die dem Offizialgrundsatz unterliegen, z.B. Scheidungsprozesse. Voraussetzungen für die Gutheissung des Gesuchs sind ein *unbestrittener oder sofort beweisbarer Sachverhalt* und eine *klare Rechtslage*. Der Rechtsschutz in klaren Fällen steht auch für Geldforderungen zur Verfügung⁷⁸⁾. Im Gegensatz zu den anderen summarischen Verfahren ist jedoch das Beweismass nicht reduziert. Es ist voller Beweis durch Beweismittel zu erbringen, die das Verfahren nicht wesentlich verzögern⁷⁹⁾. Blosses Glaubhaftmachen genügt nicht. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so erfolgt keine Abweisung des Gesuchs, sondern ein Nichteintretensentscheid⁸⁰⁾. Der Gesuchsteller, der seinen Anspruch weiterverfolgen will, hat dann – je nach Streitwert –

77) Vgl. Art. 198 Bst. a ZPO.

78) Es handelt sich auch in diesem Fall um ein zivilprozessuales Erkenntnisverfahren und nicht etwa um ein Vollstreckungsverfahren im Sinne des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts.

79) Vgl. Art. 254 Abs. 2 Bst. a ZPO.

80) In diesem Zusammenhang sind in der Literatur bereits zwei Fragen streitig: 1) Ist eine Abweisung des Gesuchs zulässig, wenn der Gesuchsgegner liquid nachweist, z.B. mittels Quittung, dass der Anspruch des Gesuchstellers nicht besteht. 2) Besteht nach dem Nichteintretensentscheid die Rechtshängigkeit während einem Monat weiter, weil der Gesuchsteller die „falsche Verfahrensart“ gewählt hat (Art. 63 Abs. 2 ZPO) oder entfällt die Rechtshängigkeit. Diese Frage kann im Zusammenhang mit einer geplanten negativen Feststellungsklage des seinerzeitigen Gesuchsgegners bei alternativen Gerichtsständen, allenfalls auch im Ausland, eine praktische Rolle spielen.

mittels Klage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren vorzugehen⁸¹⁾.

6. Besondere eherechtliche Verfahren

Im 6. Titel (Art. 271-294 ZPO) werden die besonderen eherechtlichen Verfahren geregelt. Es geht hier zunächst vor allem um das Eheschutzverfahren (Art. 271 Bst. a ZPO), für welches zudem der (eingeschränkte) Untersuchungsgrundsatz gilt.

Eigentlicher Kernpunkt des 6. Titels ist das Scheidungsverfahren, das einlässlich in Art. 274-293 ZPO geregelt wird. Bei diesen Verfahren handelt es sich im Grunde genommen um ein ordentliches Verfahren, das durch Sonderbestimmungen modifiziert wird. Zahlreiche Vorschriften entsprechen dem bisherigen, aber nur teilweise und rudimentär geregelten Scheidungsverfahrensrecht des ZGBs⁸²⁾, allerdings teilweise mit Präzisierungen und vereinzelt Modifikationen⁸³⁾.

Die Bestimmungen des 8. Titels (Art. 305-307 ZPO) betreffend Verfahren bei eingetragener Partnerschaft enthalten bloss Verweise auf die besonderen eherechtlichen Verfahren.

Ferner sieht der 7. Titel (Art. 295-304 ZPO) Vorschriften betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten vor. Für selbständige Klagen, d.h. Angelegenheiten ausserhalb eines Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens, z.B. eine Unterhaltsklage, eine Vaterschaftsklage oder eine objektive Klagenhäufung solcher klageweise geltend gemachten Rechte, gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 295 ZPO). Es gilt allgemein der (uneingeschränkte) Untersuchungsgrundsatz und der Offizialgrundsatz (Art. 296 ZPO). Dies entspricht der bisherigen Rechtslage⁸⁴⁾. Die bisherigen scheidungsrechtlichen Vorschriften betreffend Anhörung und Vertretung des Kindes⁸⁵⁾ haben nun einen weiteren gesetzlichen Anwendungsbereich, indem sie für sämtliche eherechtlichen Verfahren gelten⁸⁶⁾. Neu

81) Bereits jetzt umstritten ist jedoch die Frage, ob eine Abweisung mit Rechtskraftwirkung möglich ist, wenn der Gesuchsgegner liquid nachweist, z.B. durch Quittung, dass der Anspruch nicht besteht.

82) Art. 135-149 aZGB, die durch das Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurden. Diese Bestimmungen regelten im Zusammenspiel mit den jedoch unterschiedlichen kantonalen Zivilprozessgesetzen bis zum Inkrafttreten der ZPO das Scheidungsverfahren.

83) So entspricht Art. 279 ZPO dem bisherigen Art. 140 aZGB, wobei richtigerweise wegen des zeitlichen Ablaufs die Absätze umgestellt wurden. Klargestellt wurde des Weiteren, dass bezüglich der beruflichen Vorsorge (Art. 122 ff. ZGB) nicht die gewöhnlichen Genehmigungsmassstäbe, sondern der Offizial- und Untersuchungsgrundsatz gelten, vgl. auch Art. 280 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 ZPO. Art. 280 und 281 ZPO entsprechen Art. 141 und 142 ZGB, wobei allerdings die Teilungsbefugnisse des Scheidungsgerichts im Vergleich zum bisherigen Recht erweitert wurden, vgl. insbes. Art. 281 Abs. 1 ZPO.

84) Vgl. auch Art. 145 Abs. 1 und Art. 254 aZGB; Botschaft ZPO, S. 7366; BGE 122 I 55 E. 4; 111 II 229 E. 4.

85) Art. 144 sowie Art. 146 f. a ZGB.

86) Das Bundesgericht wendete allerdings bereits in seiner bisherigen Praxis das Anhörungsrecht des Kindes auch in Eheschutzverfahren an, vgl. BGE 131 III 553 E. 1.1. Die Vertretung des Kindes ausserhalb des Scheidungsrechts wurde zwar von der Lehre mehrheitlich bejaht, vom Bundesgericht jedoch offen gelassen, vgl. BGer. 5P.139/2002 vom 3. Juni 2002, E. 2a.

bezeichnet das Gericht die Person des Beistands (Art. 299 Abs. 1 ZPO) und nicht mehr die Vormundschaftsbehörde⁸⁷⁾. Art. 302-304 ZPO regeln Angelegenheiten, die im summarischen Verfahren zu behandeln sind, namentlich vorsorglichen Kinderunterhalt.

7. Rechtsmittel (Art. 308-334 ZPO)

a) Übersicht

Bei den besonderen Bestimmungen sieht die ZPO im 9. Titel (Art. 308-334 ZPO) – neben Erläuterung und Berichtigung (Art. 334 ZPO) – drei eigentliche Rechtsmittel vor, nämlich 1. die *Berufung* (Art. 308-318 ZPO) als grundsätzlich primäres Rechtsmittel, 2. die *Beschwerde* (Art. 319-327 ZPO) als grundsätzlich subsidiäres Rechtsmittel sowie 3. die *Revision* (Art. 328-333 ZPO) bei bestimmten schwerwiegenden Mängeln des Entscheids wie Einwirkung durch ein Verbrechen oder Vergehen.

Im Zusammenhang mit der Berufung und der Beschwerde ist Art. 239 Abs. 2 ZPO absolut zentral. Verlangt eine Partei nicht innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Entscheids eine schriftliche Begründung, so gilt dies unwiderruflich als *Rechtsmittelverzicht*.

b) Berufung (Art. 308-318 ZPO)

Die Berufung ist das ordentliche (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und primäre (Art. 319 Bst. a ZPO) Rechtsmittel. Es gilt das System der sogenannten *Teilrechtskraft*. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt. Es gilt somit das Streitwertsystem und nicht das System der formellen Beschwer, d.h. Differenz zwischen Rechtsbegehren und Entscheid⁸⁸⁾.

Ausserordentlich streng für die Anwaltschaft sind die gesetzlichen Fristen für die Berufung und die Berufungsantwort: Der Berufungskläger muss seine Berufung schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zugang der schriftlichen Entscheidung einreichen. Der Berufungsbeklagte hat entsprechend innert 30 Tagen seit Zustellung der Berufung schriftlich und begründet seine Berufungsantwort einzureichen (Art. 311 Abs. 1, Art. 312 Abs. 2 ZPO). Da es sich um gesetzliche Fristen handelt, scheidet die Möglichkeit einer Fristverlängerung aus. Mit diesem System soll der Prozessverschleppung entgegengewirkt werden. Ob sich diese strenge Fassung der ZPO hinsichtlich dieser Fristen in der Praxis bewährt, bleibt abzuwarten.

Als vollkommenes Rechtsmittel erlaubt die Berufung eine freie Prüfung der Tat- und

87) Vgl. Art. 147 Abs. 1 aZGB.

88) Anders noch der Vorentwurf, wonach eine Partei nur appellieren konnte, wenn zwischen ihren Anträgen und dem Entscheid eine *Differenz* von mindestens 10'000 Franken vorhanden ist, Art. 290 Abs. 2 VE ZPO. Nachdem im Bundesgerichtsgesetz – entgegen dessen Vorentwurf – ebenfalls das Streitwertsystem gewählt wurde (vgl. Art. 74 Abs. 1 BGG), war der Entscheid zugunsten des Streitwertsystems gefallen, obwohl das andere System für die Entlastung des Bundesgerichts sinnvoller gewesen wäre. Vgl. Art. 47 Abs. 1 sowie Art. 70 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs vom 28. Februar 2001 zum Bundesgerichtsgesetz, BBl 2001, S. 4490 und S. 4497.

Rechtsfragen (Art. 310 ZPO). Das Novenrecht und die Möglichkeit der Klageänderung sind wie vor erster Instanz streng ausgestaltet (Art. 317 ZPO)⁸⁹⁾.

Die Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind ebenfalls mit Berufung anfechtbar, wenn der nötige Streitwert erreicht ist (Art. 308 Abs. 1 Bst. b ZPO). Allerdings hat hier die Berufung keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 Bst. b ZPO). Jedoch ist der Aufschub der Vollstreckbarkeit möglich (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Gegen im summarischen Verfahren ergangene Entscheide beträgt die Frist für die Berufung und für die Berufungsantwort 10 Tage. Zudem ist die Anschlussberufung ausgeschlossen (Art. 314 ZPO).

c) Beschwerde (Art. 319-327 ZPO)

Die Beschwerde ist das subsidiäre ausserordentliche Rechtsmittel (Art. 319 Bst. a ZPO). Der Beschwerde kommt deshalb kein Suspensiveffekt zu, allerdings ist ein Aufschub der Vollstreckbarkeit möglich (Art. 325 ZPO). Die Rechtsmittelfrist beträgt grundsätzlich 30 Tage (Art. 321 Abs. 1 ZPO), bei Anfechtung von Entscheiden, die im summarischen Verfahren ergangen sind oder gegen prozessleitende Verfügungen jedoch nur 10 Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Hinsichtlich der Fristen für die Beschwerde und die Beschwerdeantwort gilt das gleich strenge System wie bei der Berufung mit nicht erstreckbaren gesetzlichen Fristen (Art. 321 f. ZPO). In Rechtsfragen ist die Kognition der Beschwerdeinstanz frei, bezüglich des Sachverhalts besteht eine Beschränkung auf offensichtlich unrichtige Feststellung durch die Vorinstanz (Art. 320 ZPO). Noven und neue Rechtsbegehren sind ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), ebenso eine Anschlussbeschwerde (Art. 323 ZPO).

Mit der Beschwerde können auch „andere erstinstanzliche Entscheide“⁹⁰⁾ und prozessleitende Verfügungen⁹¹⁾ angefochten werden, wenn es das Gesetz vorsieht oder wenn durch sie ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 319 Bst. b Ziff. 2 ZPO).

d) Revision (Art. 328-333 ZPO)

Die Vorschriften über die Revision entsprechen herkömmlichem Prozessrecht. Insbesondere erlaubt die Revision die Anfechtung von gerichtlichen Vergleichen wegen

89) Gilt der Untersuchungsgrundsatz können jedoch in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO (i.V.m. Art. 219 ZPO) Noven bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden.

90) Z.B. Art. 50 Abs. 2 ZPO: Entscheide über den Ausstandsgrund, Art. 128 Abs. 4 ZPO: Ordnungsbussen, Art. 184 Abs. 3 ZPO: Entschädigung der sachverständigen Person.

91) Z.B. Art. 75 Abs. 2 ZPO: Entscheid über Interventionsgesuch, Art. 82 Abs. 4 ZPO: Entscheid über die Zulassung der Streitverkündungsklage, Art. 103 ZPO: Entscheide über Vorschüsse und Sicherheitsleistungen, Art. 120 ZPO: Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege, Art. 126 Abs. 2 ZPO: Sistierung des Verfahrens, Art. 127 Abs. 2 ZPO: Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren, Art. 167 Abs. 2 ZPO: Gerichtliche Anordnung betreffend Verweigerungsrechte von Drittpersonen, Art. 298 Abs. 3 ZPO: Anfechtung durch das urteilsfähige Kind bei verweigerter Anhörung, Art. 299 Abs. 3 ZPO: Anfechtung der verweigerten Vertretung durch das Kind.

Willensmängeln (Art. 328 Abs. 1 Bst. c ZPO).

8. Vollstreckung (Art. 335-352 ZPO)

Der 11. Titel (Art. 335-352 ZPO) regelt die Vollstreckung von Entscheidungen. Bereits vor dem Inkrafttreten richtete sich die Vollstreckung von Entscheidungen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gesamtschweizerisch nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs⁹²⁾. Dies gilt auch weiterhin (Art. 335 Abs. 2 ZPO).

Neu wird die sogenannte *Realvollstreckung*, z.B. auf Herausgabe einer Sache, auch von der ZPO geregelt. Früher galten dafür ebenfalls die kantonalen Zivilprozessgesetze.

Innerschweizerisch sind sämtliche vollstreckbaren Entscheide einander gleichgestellt. Weder gibt es ein vorgängiges Anerkennungsverfahren (sog. Exequaturverfahren), noch sind zusätzliche Einreden vorgesehen⁹³⁾. Schliesslich kommt die ZPO auch bei der Vollstreckung ausländischer Entscheide, die auf Geldzahlung lauten, zur Anwendung, sofern weder ein Staatsvertrag noch das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht⁹⁴⁾ etwas anderes bestimmen (Art. 335 Abs. 3 ZPO).

Ein neues Institut ist die *Vollstreckung öffentlicher Urkunden* (Art. 347 ff. ZPO), die es einer Partei erlaubt, die Vollstreckung ohne vorgängigen Zivilprozess direkt einzuleiten: Voraussetzungen dafür sind, dass die verpflichtete Partei in der Urkunde ausdrücklich erklärt hat, die direkte Vollstreckung zu anerkennen und die Erwähnung des Rechtsgrunds der geschuldeten Leistung in der Urkunde⁹⁵⁾.

V. Wissenschaftliche Bearbeitung der ZPO in der Literatur, vereinzelte an der neuen ZPO geübte Kritik

1. Literatur zur neuen ZPO

Der Umstand, dass nun eine einheitliche Zivilprozessordnung für alle Kantone existiert, führte zu einer Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen. Neben einer Vielzahl von Publikationen zu Einzelfragen erscheinen laufend Lehrbücher und Kommentare zum neuen Gesetz. Den Reigen der Publikationen eröffneten bereits 2009 der Lausanner Professor JACQUES HALDY⁹⁶⁾, seinerzeit Mitglied der Expertenkommission, sowie der Genfer Advokat und Nationalrat CHRISTIAN LÜSCHER, Berichterstatter der Rechtskommission des Nationalrats, zusammen mit seinem Anwaltskollegen DAVID HOFMANN⁹⁷⁾. Es folgten 2010

92) Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1, einsehbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/2/281.1.de.pdf.

93) Entsprechendes gilt auch für die Vollstreckung von Geldforderungen, vgl. den durch die ZPO geänderten Art. 81 Abs.1 SchKG.

94) Systematische Rechtssammlung (SR) 291, einsehbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/2/291.de.pdf.

95) Für Einzelheiten vgl. Botschaft ZPO, S. 7386 ff.

96) JACQUES HALDY, *La nouvelle procédure civile suisse*, Basel 2009.

97) DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, Bern 2009.

die Darstellung des Zürcher Zivilprozessualisten ISAAK MEIER⁹⁸⁾ sowie des St. Galler Handelsgerichtspräsidenten und Professors CHRISTOPH LEUENBERGER in Co-Autorenschaft mit der St. Galler Kantonsrichterin BEATRICE UFFER-TOBLER⁹⁹⁾. Weiter sind auch Kommentierungen zur neuen ZPO erschienen. Zunächst zu nennen ist der Kurzkomentar von DOMINIK GASSER und BRIGITTE RICKLI, beide im parlamentarischen Verfahren seinerzeit als Mitarbeitende im Bundesamt für Justiz an der Normgenese unmittelbar beteiligt¹⁰⁰⁾. Auch eigentliche Grosskommentare zur ZPO sind in der Zwischenzeit erschienen, so das von KARL SPÜHLER, ehemaliger Bundesrichter und Zürcher Ordinarius, zusammen mit den Churer Rechtsanwälten LUCA TENCHIO und DOMINIK INFANGER herausgegebene Werk¹⁰¹⁾. Einen derartigen Kommentar herausgegeben haben weiter THOMAS SUTTER-SOMM, FRANZ HASENBÖHLER und CHRISTOPH LEUENBERGER, alle Mitglieder der seinerzeitigen Expertenkommission¹⁰²⁾. Seither sind weitere Kommentare erschienen¹⁰³⁾.

Auch in einigen Dissertationen sind bereits wichtige Themen der neuen ZPO bearbeitet worden, so etwa in den Arbeiten von RAFAEL KLINGLER¹⁰⁴⁾, TOYLAN SENEL¹⁰⁵⁾, YVES RÜEDI¹⁰⁶⁾ oder BENEDIKT SEILER¹⁰⁷⁾.

2. Kritikpunkte

In der Wissenschaft werden vereinzelt gewisse Punkte der ZPO kritisiert. Diese Kritik ist einerseits rechtspolitischer Natur, indem insbesondere die angeblich zu strenge Ausgestaltung der Eventualmaxime gerügt wird. Andererseits wird in gesetzestechnischer bzw. dogmatischer Hinsicht bemängelt, das Gesetz sei in wichtigen Punkten lückenhaft. Mit Vehemenz wird eine Legaldefinition des der ZPO zugrunde liegenden Streitgegenstandsbegriffs und des Umfangs der materiellen Rechtskraft gefordert. Der Umstand, dass die materielle Rechtskraft im Gesetz nicht geregelt werde, sei eine „*bemerkenswerte Fehlleistung des Gesetzgebers*“; es sei nicht

98) ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010.

99) CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.

100) DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010.

101) KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010. Vgl. weiter auch KARL SPÜHLER/ANETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010.

102) THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010.

103) Zu nennen sind weiter folgende Kommentare zur Zivilprozessordnung: MYRIAM A. GEHRI/MICHAEL KRAMER (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2010; BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010; PAUL OBERHAMMER (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, Basel 2010.

104) Vgl. oben Anm. 18.

105) TOYLAN SENEL, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010.

106) YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, St. Gallen 2009.

107) BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010.

ausgeschlossen, dass die künftige Rechtsprechung zu ganz anderen Ergebnissen gelange¹⁰⁸⁾. Diese Auffassung steht aber ziemlich isoliert im Raum und mehrheitlich wird die gegenteilige Meinung vertreten, nämlich dass der Gesetzgeber die richtige Lösung gewählt habe¹⁰⁹⁾. Vielmehr setzt die ZPO an diversen Stellen den Inhalt von Streitgegenstand und materieller Rechtskraft stillschweigend voraus, so etwa bei den negativen Prozessvoraussetzungen, der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit des Streitgegenstands und der fehlenden materiellen Rechtskraft (Art. 59 Abs. 2 Bst. d und e ZPO) sowie im Zusammenhang mit den Folgen des Klagerückzugs (Art. 65) oder der Klageänderung (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Damit sind auch Weiterentwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich¹¹⁰⁾. Gesetzgeberisch war es sinnvoll, auf eine Legaldefinition von Streitgegenstand und materieller Rechtskraft zu verzichten, um die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht unnötig einzuschränken.

Erst die Gerichtspraxis der nächsten Jahre wird zeigen, in welchen Bereichen wirklicher gesetzgeberischer Bedarf für Verbesserungen in der neuen ZPO besteht.

108) So PAUL OBERHAMMER, in Basler Kommentar (hrsg. von K. SPÜHLER), Vor Art. 236-242 N. 27 (vgl. Anm. 101). Vgl. im Übrigen auch den für die schweizerische Rechtstradition zentralen Art. 1 ZGB. In einem neueren Entscheid vom 10. März 2010 hat das Bundesgericht wiederum seine Rechtsprechung zur Umschreibung des Streitgegenstands bestätigt: „Gemäss Rechtsprechung wird der Streitgegenstand durch die Klagebegehren und durch die zu deren Stützung angerufenen Tatsachen, nämlich die Gesamtheit der Tatsachen auf die sich die Begehren stützen, bestimmt.“ Siehe BGE 136 III 123 ff., E. 4.3.1 mit Hinweisen.

109) Zum Verzicht auf eine Legaldefinition des Streitgegenstands und der materiellen Rechtskraft vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 2005, S. 9 ff. Vgl. weiter zu den Grundsatzfragen und zur Gerichtspraxis THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2007, Rz. 504 ff.; D. GASSER/B. RICKLI, Kurzkommentar ZPO, Art. 60 ZPO, N. 5 f. (vgl. Anm. 100); ferner CH. LEUENBERGER/B. UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, S. 164 ff., Rz. 7.3 ff. (vgl. Anm. 99); KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht (vgl. Anm. 101), S. 121 ff., insbes. S. 123 f.).

110) Zur Entwicklung und den Tendenzen des Streitgegenstandsbegriffs in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. insbes. GREGOR VON ARX, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2006. Zum letzten, in der offiziellen Sammlung publizierten Entscheid siehe oben Anm. 108.

