Alexander R. Markus

nota bene

Revision der ZPO – Ende der Übung, wie weiter?

Mit der ZPO-Revision soll die Rechtsprechung sowohl kodifiziert als auch korrigiert werden. Ist dies gelungen? Ein Streifzug aus Sicht des Zivilprozessrechtlers.

La révision du CPC a pour but de codifier et corriger la jurisprudence. Le législateur y est-il parvenu ? Un aperçu du point de vue du praticien en procédure civile.

Mitte März dieses Jahres erreichte mich und meine Kolleginnen und Kollegen am CIVPRO-Institut der Universität Bern[1] das Ergebnis der Einigungskonferenz der beiden Räte.[2] Zwar war der kollektive Rechtsschutz aus der Revision ausgeklammert worden; das Thema hätte die Revision stark verzögert. Dennoch kam das Ergebnis für mich früher als erwartet, zumal erhebliche Streitpunkte bis zuletzt einer Lösung harrten.

Nachführung der Rechtsprechung als Grund für die Revision?

Obwohl keine Totalrevision, so sehen wir doch auf eine flächendeckende und entsprechend grossangelegte «Übung» zurück, die eine Reihe von prozessualen Instituten über alle Verfahrensarten hinweg betrifft. War sie nötig? Meine Haltung ist klar: Ein bestehendes Gesetz ist nur zu überarbeiten, wenn sich ein deutlicher Bedarf manifestiert, eine substantiell neue Regelung zu treffen. Formale Anpassungen, die allein eine neue Darstellung des ohnehin Geltenden bewirken,[3] erzeugen *ungewollte Effekte* und sind deshalb mit grosser Zurückhaltung anzugehen. Die Nachführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Gesetz mag gut gemeint sein, schafft jedoch häufig mehr Probleme, als sie löst. Gewiss kann ein Vorteil darin gesehen werden, dass sich das geltende Recht – und damit eben auch die höchstrichterliche Rechtsprechung – den Rechtssuchenden aus gut zugänglichem Gesetzestext erschliesst. Gleichzeitig zeigt sich als Nachteil, dass die Nachführung im Gesetz mit der Dynamik der Rechtsprechung nicht mithalten kann und ihr zuweilen sogar im Wege steht. Beispiel dafür ist Art. 224 Abs. 1bis lit. b revZPO zur Zulässigkeit der *negativen Feststellungswiderklage gegen eine Teilklage*. Die Bestimmung schreibt die Rechtsprechung in BGE 143 III 506 E. 4[4] fest, wonach die negative Feststellungswiderklage zulässig ist, auch wenn es am Erfordernis der gleichen Verfahrensart fehlt. Mit BGE 147 III 345 hat sich jedoch die Rechtsprechung – noch während laufender Revision – in einer Weise weiterentwickelt, welche die Fragestellungen neu setzt.[5]

Korrektur der Rechtsprechung: Neue statt alter Probleme?

Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn die Gesetzgebung die Rechtsprechung korrigieren will. Immerhin stand die Revision im Zeichen der Praxistauglichkeit. Eine solche Korrektur suchte der Gesetzgeber zum *Novenrecht* (Art. 229 ZPO). Die Absichten waren hehr: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Novenschranke

1 Internet: www.civpro.unibe.ch.

2 Es wurde kurz darauf in eine Referendumsvorlage umgegossen. Internet: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/786/de (Abruf 28.9.2023).

3 Vorwiegend unter diesem Zeichen stand z.B. die Revision des 12. Kapitels IPRG, welche am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Internet: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80184.html (Abruf 28.9.2023). Einen vertieften Überblick zur Revisionsvorlage vermittelt: Philipp Weber, Die ZPO-Revisionsvorlage 2023, ZBJV 2023, 377 ff.

4 Bestätigt in BGE 145 III 299 und 147 III 172.

5 So rücken die Fragen des Feststellungsinteresses und der Eventualwiderklage nach der überholenden Rechtsprechung in den Vordergrund. Dazu Lukas Rusch/Michelle Lindholm/Cyrill A. A. Chevalley, Die Teilklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZZZ 2021, 727 ff., 735.

Alexander R. Markus, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor und Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern CIVPRO, Co-Präsident der Schweizerischen Konferenz der Hochschuldozierenden für Zivilverfahrensrecht.

beim kleinen Vorbereitungsverfahren[6] bereits vor den ersten Parteivorträgen fallen soll,[7] ist unpraktisch.[8] Es galt somit, die vor dieser Rechtsprechung ganz herrschende Meinung,[9] wonach die Novenschranke erst nach Abschluss der ersten (vier) mündlichen Parteivorträge eintritt, im Gesetz festzuschreiben. Was den Zeitraum nach Aktenschluss be-

Die Nachführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Gesetz mag gut gemeint sein, schafft jedoch häufig mehr Probleme, als sie löst.

trifft, so rief zudem die Frist, innert welcher zulässige Noven nach ihrer Entdeckung vorzubringen sind, nach einer Klärung. Die Revision wollte beide Punkte lösen. Neben der erwähnten Korrektur der Novenschranke ist aus dem neuen Normtext das Bestreben erkennbar, eine verbesserte Koordination des Novenrechts mit der formellen Prozessleitung zu erreichen: Er hält fest, dass die Novenfrist richterlicher Ansetzung zugänglich sein soll. Die angestrebten Verbesserungen in der Sache relativieren sich jedoch ganz entscheidend vor dem Hintergrund, dass sich die Norm schwer verständlich und lückenhaft präsentiert und damit eine ganze Reihe neuer Interpretationsprobleme eröffnet.[10]

Erstaunlich wenig Unruhe rief der Entwurf zu Art. 177 ZPO hervor, welcher private *Parteigutachten* zum Urkundenbeweismittel erhebt. Auch hier ging es um eine Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Parteigutachten sind nach Bundesgericht nur – aber immerhin[11] – als substantiierte Parteibehauptungen zu qualifizieren.[12] Diese Rechtsprechung ist weise, zumal die Tendenz, dass die Gutachtensperson das Lied der Partei singt, strukturell angelegt ist (auch wenn die Befürchtung selbstverständlich nicht in jedem Fall zutreffen wird). Wohlverstanden: die Nützlichkeit eines Parteigutachtens, das den Sachverhalt mit fachlicher Präzision ausleuchtet, soll nicht in Frage gestellt werden.

Das *gerichtliche Gutachten* kann sich jedoch auf ein fein austariertes Verfahren stützen, das Unbefangenheit, Gleichbehandlung und rechtliches Gehör garantiert (Art. 183 ff. ZPO) und strafrechtlich abgesichert wird (Art. 307 StGB). Das Gefälle zum Privatgutachten, dem sämtliche diese Garantien abgehen, ist entsprechend gross. Eine quantitative Zunahme der Eingaben ist zudem zu befürchten. Gerade auch im Gespräch mit Richterinnen und Richtern höre ich hingegen Gelassenheit: Auch Partei- und Zeugenaussagen seien ja häufig tendenziös. Freie Beweiswürdigung heisse die Zauberformel, die dem Gericht erlaubt, das Parteigutachten jeweils zu dem Wert zu nehmen, der ihm im konkreten Fall zukommt. Diese Worte in Gottes Ohr. Der zusätzliche Aufwand für die Gerichte könnte jedenfalls beträchtlich werden, ohne dass ein Mehrwert an beweisrechtlichen Erkenntnissen resultiert.

Zu weiteren Neuerungen

Ein substantieller Anlass zur Revision waren die *Kosten*. Die Gerichte schöpfen den Vorschuss nach Art. 98 ZPO häufig aus, die Hürde liegt für die Klägerschaft entsprechend hoch. Hier hat die Revision viel erreicht: Nicht nur, dass der Vorschuss auf ein realistisches Mass gesenkt wurde (Art. 98 revZPO), sondern auch, dass die obsiegende Klagepartei vom Risiko der Eintreibbarkeit des Vorschusses entlastet ist (Art. 111 Abs. 1 revZPO).

Die Revision trägt zwar zur Klärung der *handelsgerichtlichen Zuständigkeit* bei, indem sie die Arbeits- und Mietstreitigkeiten ausklammert (Art. 6 Abs. 2 lit. d revZPO). Warum sie hingegen diese Klärung nicht auch für die Konsumentenstreitigkeiten vorgenommen hat, bleibt für mich im Dunkeln. So wird weiterhin die Zufälligkeit, dass neben dem Anbieter auch die Endverbraucherin im Handelsregister eingetragen ist, eine zwingende sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts auslösen.[13]

Die Räte griffen eine Regelung zur *Prozessüberweisung bei Unzuständigkeit* wieder auf, welche der Bundesrat infolge eines kritischen Vernehmlassungsverfahrens fallen gelassen hatte. In welchen Fällen die amtswegige Überwei-

6 Vorbereitungsverfahren ohne zweiten Schriftenwechsel und ohne Instruktionsverhandlung (Art. 225 f. ZPO).

7 BGE 144 III 67; bestätigt in BGE 147 III 475.

8 S. die Literaturmeinungen in BGE 147 III 475 E. 2.3.2.1.

9 S. die «einhelligen» Literaturmeinungen, dargestellt in BGer, 5A_767/2015, E. 3.3.1.

10 Zur Revision des Art. 229 ZPO: Baptiste Hurni/David Hofmann, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 2023, 212 ff., 216; Alexander R. Markus/Lucas A. T. Brönnimann, Erste Gedanken zur Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO), ZZZ 2023, 120 ff.

11 Franco Lorandi (ZZZ 2023, 3 f.) verzeihe mir den Ausdruck, der vorliegend (natürlich nur ausnahmsweise) allzu gut passt.

12 BGE 132 III 83; für die Beibehaltung dieser Rechtsprechung prägnant Johann Zürcher, Vernehmlassung zur Revision ZPO, Internet: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/ve-organisationen.pdf.download.pdf/ve-organisationen.pdf (Abruf 29.8.2023), 9 ff.; kritisch hingegen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung Lucas T. A. Brönnimann/Lea Millonig, Privatgutachten – Beweismittel oder besonders substantiierte Parteibehauptung, in: Florian Eichel/Christoph Hurni/Alexander R. Markus (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Bern 2022, 23 ff.

13 Von dieser Kritik unberührt bleibt die vernünftige Regelung des Art. 6 Abs. 3 (rev)ZPO, wonach die Konsumentenpartei zwischen dem ordentlichen und dem Handelsgericht wählen kann.

sung greift,[14] und wie sich das Verhältnis zum «Notnagel» des überarbeiteten Art. 63 ZPO gestaltet, werden Literatur und Praxis aufwendig erarbeiten müssen. Die Antwort auf die Frage, wie der Fall zu lösen ist, in welchem das angerufene Gericht die Eingabe der «falschen» Behörde überweist, darf ich hoffentlich den Scherzkolumnen überlassen.[15]

Die Revision wurde auch zur Lösung von Problemen genutzt, welche seit langer Zeit ungelöst vor sich hin gären. Eine solche Frage bestand im Rechtsmittelrecht, was Zuständigkeit und Zeitpunkt für die richterliche *Erteilung bzw. den richterlichen Entzug der aufschiebenden Wirkung* betrifft. Die erhoffte Klärung wurde insofern erreicht, als die kantonale Rechtsmittelinstanz darüber bereits vor Einreichung des Rechtsmittels entscheiden kann (Art. 315 Abs. 4 und 5, Art. 325 Abs. 2 revZPO).[16]

Die Effizienz der Justiz ist ein Anliegen, dem jede Revision des Verfahrensrechts Rechnung tragen muss. Effizient ist auch die Möglichkeit, dass die Parteien auf eine Begründung des erstinstanzlichen Entscheids verzichten können. Dass die Revision diese Option nunmehr als Regelfall darstellt,[17] wird für die erstinstanzliche Praxis keine Rolle spielen, zumal sie ohnehin bereits Regelfall ist. Bedenklich finde ich hingegen die Neuerung, wonach auch kantonale *Rechtsmittelentscheidungen ohne Begründung* eröffnet werden können.[18] Die Sorge gilt nicht primär den Parteien im konkreten Fall, aus derer Perspektive die Kosten im Vordergrund stehen, deren Reduktion mit dem Verzicht einhergeht. Für eine Rechtsordnung, die sich der Rechtssicherheit für die Rechtsunterworfenen verpflichtet fühlt, sind einheitliche, gut nachvollziehbare Gerichtspraxen unerlässlich. Vorab hat das Bundesgericht die Aufgabe, die Rechtsprechung zu vereinheitlichen und weiterzuentwickeln. Es trägt die Verantwortung dafür aber nicht alleine. So ist es unter dem Streitwert von Art. 74 Abs. 1 BGG nur zuständig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Diese Bedeutung wird u.a. daran gemessen, ob eine widersprüchliche kantonale Rechtsprechung vorliegt.[19] Auch deshalb trägt die Rechtsprechung der oberen kantonalen Gerichte einen sehr wichtigen Teil dazu bei, dass die Schweizer Justiz voraussehbare, einheitliche Lösungen generiert. Ohne schriftlich begründete Entscheide verliert die kantonale Rechtsprechung diese Funktion weitgehend. Angesichts der Tragweite, welche die Änderung für das öffentliche Interesse an der richterlichen Vereinheitlichung und Weiterentwicklung des Rechts nach sich zieht, erscheint der Umstand, dass es die Revision versäumt hat, die Änderung der ZPO mit Art. 112 Abs. 2 und 3 BGG widerspruchsfrei zu koordinieren, lediglich als betrüblicher Kollateralschaden. Entgegen dem Revisionswortlaut darf der Begründungsverzicht bei den höheren kantonalen Gerichten nicht zur Regel werden. Die erstinstanzlichen Gerichte müssen wissen, warum ihre Urteile reformiert werden. Bei Rückweisungsentscheidungen verbietet sich das Vorgehen ohnehin.

Ein substantieller Anlass zur Revision waren die Kosten. Hier hat die Revision viel erreicht.

Entgegen dem Revisionswortlaut darf der Begründungsverzicht bei den höheren kantonalen Gerichten nicht zur Regel werden.

Eine Reihe von Verbesserungen wurden im Übrigen erreicht, so etwa der vermehrte und entsprechend abgesicherte *Einsatz elektronischer Mittel*[20] sowie eine verbesserte Klarheit und Konsistenz der Verfahrensarten im *familienrechtlichen Verfahren*.[21] Die Attraktivität des *Schieds- und Justizplatzes Schweiz* wurde gesteigert mit einer Erweiterung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit (International Commercial Court)[22] und der teilweisen Zulassung der englischen Sprache[23]. Ob das Verweigerungsrecht der *unternehmensinternen Rechtsdienste*[24] den angestrebten Zweck erreichen kann, wird sich allerdings noch zeigen müssen.

14 Die Einlassung nach Art. 18 ZPO wird zu berücksichtigen sein.

15 Probleme: Qualifikation bzw. Anfechtbarkeit der Überweisungsentscheidung, Übersteuerung durch die überwiesene Behörde mit einem unvereinbaren Zwischen- oder Endentscheid.

16 Dazu Melanie Huber-Lehmann, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit zwischen Entscheideröffnung und Ergreifung eines Rechtsmittels, in: Florian Eichel/Christoph Hurni/Alexander R. Markus (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Bern 2022, 55 ff.; Alexander R. Markus/Melanie Huber-Lehmann, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit, Zuständigkeit de lege lata und de lege ferenda, AJP 2020, 1555 ff. *(passim)*.

17 Art. 239 Abs. 1 und lit. b revZPO.

18 Art. 318 Abs. 2; 327 Abs. 5 revZPO i.V.m. Art. 239 revZPO; Art. 112 Abs. 2 revBGG. Von der Revision erfasst sind auch die einziginstanzlichen Entscheide nach Art. 5-8 ZPO (Art. 112 Abs. 2 revBGG).

19 BGE 135 III 397 E. 1.2.

20 Art. 133d, 141a, 141b, 170a, 176a, 187 und 298 revZPO.

21 Art. 288 Abs. 2, 291 und 295 revZPO.

22 Art. 6 Abs. 4 lit. c revZPO.

23 Art. 129 Abs. 2 lit. b, 251a Abs. 2 revZPO; Art. 42 Abs. 1bis revBGG.

24 Art. 167a revZPO; dazu Alexander Wintsch/Marco Borsari, Inhouse Privilege – Quo Vadis?, ZZZ 2023, 110 ff.

Zeitpunkt des Inkrafttretens?

Der Bundesrat hat den Zeitpunkt des Inkrafttretens noch nicht bestimmt. Die Änderungen greifen zum Teil tief. Andererseits gibt es keinen Revisionspunkt, der wirklich dringlich umzusetzen ist. Die Praxis hat einen Bedarf an Reflexion und Vorbereitung. Die Lehre kann und wird die Gelegenheit nutzen, Probleme der Revision im einen oder anderen Punkt zu antizipieren und damit den Übergang zum neuen Recht zu ebnen. Vor diesem Hintergrund scheint mir eine Inkraftsetzung per Januar 2024 *verfrüht*.

Anzeige

Pascal Grolimund | Anton K. Schnyder

Internationales Privat- und Zivilprozessrecht

in a nutshell
3. Auflage

Kurzlehrbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht der Schweiz.

Darstellung des Zuständigkeits- und des Kollisionsrechts sowie der Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen für alle Bereiche des Privatrechts.

2022, 226 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-384-9
CHF 45.–

www.dike.ch/3849

DIKE