

Rechtsstandpunkt abgestellt zu haben. Ein solches Vorgehen sei unzutreffend, die Vorinstanz hätte selber bereits im Eintretensstadium eine rechtliche Würdigung vornehmen müssen.

In der Tat ist es bereits bei der Eintretensprüfung Aufgabe des Gerichts, den klägerischen Tatsachenvortrag, der im Rahmen dieser Prüfung nur, aber immerhin, betreffend doppelrelevanter Tatsachen als wahr zu unterstellen ist, zu subsumieren und dessen rechtliche Qualifikation, soweit für das Eintreten relevant, zu prüfen (siehe etwa BGE 125 III 346 E. 4c/aa S. 351; Urteil 4A\_305/2012 vom 6. Februar 2013 E. 2.2.4 mit Hinweisen, allerdings beide Urteile zur Abgrenzung zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen, die dort für die Zuständigkeit relevant war). Es geht nicht an, gestützt auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen bei der Eintretensprüfung die klägerische Rechtsauffassung zur Qualifikation des Anspruchs ebenso als zutreffend anzunehmen wie die behaupteten doppelrelevanten Tatsachen als wahr zu unterstellen sind. Das Gericht hat vielmehr eine eigene rechtliche Prüfung vorzunehmen (Art. 57 ZPO). Die hiervon abweichende Auffassung der Vorinstanz ist unzutreffend, blieb hier aber ohne Folgen. Denn sie prüfte die Qualifikation des Anspruchs bei der materiellen Beurteilung und stimmte dort der Ansicht der Klägerin zu, worauf sie sich in ihrer Eventualbegründung berief.

#### Örtliche Zuständigkeit – Compétence à raison du lieu – Competenza per territorio

[2061] Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. Trading AG gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017

*Art. 59 Abs. 2 lit. b, 60, 317 Abs. 1 ZPO; Umfang der Amtsprüfung von Prozessvoraussetzungen, insbesondere der örtlichen Zuständigkeit; antizipierte Beweiswürdigung*

Die gerichtliche Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen unterscheidet sich vom unbeschränkten und vom sozialen Untersuchungsgrundsatz. Sie besteht darin, auf der Grundlage der von den Parteien beigebrachten Tatsachen zu untersuchen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Auch wenn das Gericht dabei nicht an die Parteiauffassungen gebunden ist, kommt es ihm doch nicht zu, von Amtes wegen nach Informationen zu suchen, die für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sprechen. Entsprechend ist es gerechtfertigt, wenn ein Berufungsgericht zwar von Amtes wegen eine Tatsache überprüft, die gegen die Zuständigkeit der Vorinstanz spricht, nicht aber eine Tatsache, die vor erster Instanz nicht oder nicht rechtzeitig vorgebracht wurde, und die angeblich für die erstinstanzlich verneinte Zuständigkeit spräche.

*Art. 59 al. 2 lit. b, 60, 317 al. 1 CPC; Portée de l'examen d'office des conditions de recevabilité, en particulier de la compétence à raison du lieu; appréciation anticipée d'un moyen de preuve*

L'examen d'office des conditions de recevabilité par le tribunal se distingue des maximes inquisitoire et inquisitoire sociale. Il consiste à déterminer si ces conditions sont réunies, sur la base des éléments fournis par les parties. Si le juge n'est pas lié par l'accord des parties sur ce point, il ne lui revient pas en revanche de rechercher d'office les informations qui pourraient plaider en faveur de l'existence desdites conditions. Ainsi, l'examen d'office par la Cour d'appel d'un élément qui remettrait en cause la compétence du premier juge peut se justifier, mais non la prise en compte d'éléments non soumis ou soumis tardivement au premier juge et qui auraient soi-disant pu fonder une compétence que celui-ci a niée.

*Art. 59 cpv. 2 lit. b, 60, 317 cpv. 1 CPC; Portata dell'esame d'ufficio delle condizioni di ricevibilità, in particolare della competenza territoriale; apprezzamento anticipato di un mezzo di prova*

L'esame d'ufficio delle condizioni di ricevibilità da parte del tribunale si distingue dalla massima inquisitoria e inquisitoria sociale. Consiste a determinare se le condizioni sono date, in base agli elementi forniti dalle parti. Se il giudice non è vincolato dall'accordo delle parti su questo punto, non gli compete invece di ricercare d'ufficio le informazioni che potrebbero militare in favore dell'esistenza di queste condizioni. In particolare, l'esame d'ufficio da parte della Corte d'appello di un elemento che rimetterebbe in causa la competenza del primo giudice può giustificarsi, ma non la considerazione di elementi non sottoposti, o sottoposti tardivamente al primo giudice e che avrebbero eventualmente potuto fondare una competenza che costui ha negato.

### **Zusammenfassung des Sachverhalts:**

Nachdem die A. Trading AG (Arbeitgeberin und Beschwerdeführerin) das Arbeitsverhältnis mit B (Arbeitnehmer und Beschwerdegegner) gekündigt hatte, machte sie eine Forderung von CHF 750 000 geltend. Da anlässlich des Schlichtungsversuchs keine Einigung erzielt werden konnte, klagte die Arbeitgeberin den Betrag vor dem Zivilgericht Basel-Stadt ein. Dieses trat mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Die dagegen erhobene Berufung wies das Appellationsgericht Basel-Stadt ab. Strittig war, ob der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz in Basel (Art. 59 Ziff. 1 LugÜ i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG) oder in Paris (Art. 59 Ziff. 2 LugÜ) hat. Die Vorinstanz nahm einen Wohnsitz in Paris an und verneinte seine Zuständigkeit, da Klagen des Arbeitgebers nach Art. 20 Ziff. 1 LugÜ nur vor den Gerichten erhoben werden können, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat (E. 2).

### **Aus den Erwägungen:**

**3.1** Gemäss Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen, zu denen die örtliche Zuständigkeit gehört (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), erfüllt sind. Daraus kann indessen nicht abgeleitet werden, das Gericht müsse von sich aus nach Tatsachen forschen, welche die Klage als zulässig erscheinen lassen könnten (BGE 141 III 294 E. 6.1 S. 301; 139 III 278 E. 4.3 S. 281 f. mit Hinweisen).

Art. 60 ZPO enthebt die Parteien weder der Beweislast noch davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken (vgl. Art. 160 ZPO), dem Gericht das in Betracht fallende Tatsachenmaterial zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Dabei hat die klagende Partei die Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage begründen, die beklagte Partei diejenigen Tatsachen, welche sie angreifen (BGE 139 III 278 E. 4.3 S. 281 f. mit Hinweisen).

**3.3** Die Tragweite der aus Art. 60 ZPO fliessenden Untersuchungsmaxime, wird in der Literatur nicht einheitlich umschrieben. Häufig findet sich die Formulierung, es gelte ein eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm und andere [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N 4 zu Art. 122 ZPO) beziehungsweise eine beschränkte Untersuchungsmaxime (SIMON ZINGG, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N 4 zu Art. 60 ZPO; DOMEJ, a.a.O., N 5 zu Art. 60 ZPO; FRANCESCO TREZZINI, in: Trezzini und andere [Hrsg.], Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC], Bd. I, 2. Aufl. 2017, N 2 zu Art. 60 ZPO; vgl. auch GEHRI, a.a.O., N 3 zu Art. 60 ZPO). Vereinzelt wird die Auffassung, wonach die Untersuchungsmaxime bei Prozessvoraussetzungen bloss in beschränktem Umfang zur Anwendung komme, abgelehnt, weil eine teleologische Reduktion der klaren Bestimmung von Art. 60 ZPO nicht in Frage komme, da bei uneingeschränkter Anwendung dieser Bestimmung kein unhaltbarer Rechtszustand entstehe (ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 231). Zum Teil wird allgemein darauf verwiesen, es komme die einfache Untersuchungsmaxime (la maxime inquisitoire simple) zur Anwendung (HOHL, a.a.O., S. 111 Rz. 603), wobei diese der sozialen Untersuchungsmaxime (maxime inquisitoire sociale) entspricht (HOHL, a.a.O., S. 236 Rz. 1429 und 1431).

**3.3.1** Ordnet das Gesetz die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime an, spricht es davon, das Gericht erforsche den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 1 ZPO und Art. 446 Abs. 1 ZGB). Diese Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen erfolgt im öffentlichen Interesse, um möglichst ein mit den wirklichen Verhältnissen übereinstimmendes Urteil zu garantieren (HOHL, a.a.O., S. 233 Rz. 1412; C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, 1989, S. 98 f.). Soll die einfache oder die soziale Untersuchungsmaxime gelten, bestimmt das Gesetz, das Gericht stelle den Sachverhalt von Amtes wegen fest (vgl. beispielsweise Art. 247 Abs. 2, Art. 255, Art. 272 und 277 Abs. 3 ZPO; HOHL, a.a.O., S. 236 Rz. 1430). Im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime erfolgt die Sachverhaltsermittlung im Interesse der Parteien und ist aus sozialpolitischen Überlegungen motiviert (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 99 f.). Die einfache (oder soziale) Untersuchungsmaxime verpflichtet nicht zur eigentlichen Erforschung des Sachverhaltes, sondern dient in erster Linie dazu, eine unbeholfene oder die schwächere Partei zu unterstützen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575; Urteil des Bundesgerichts 5A\_2/2013 vom 6. März 2013 E. 4.2; HOHL, a.a.O., S. 236 Rz. 1429).

**3.3.2** Derartige Überlegungen spielen bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen keine Rolle. Nach Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvor-

aussetzungen erfüllt sind. Art. 60 ZPO soll einen Sachentscheid ohne gerichtliche Überprüfung der Prozessvoraussetzungen verhindern (ROGER MORF, in: Gehri und andere [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2015, N 1 zu Art. 60 ZPO). Die Prozessvoraussetzungen bezeichnen die Grenzen, innerhalb derer die Rechtsverwirklichung erfolgen darf. Ob diese einzuhalten sind, kann nicht von den Parteien abhängen (FRANÇOIS BOHNET, CPC annoté, 2016, N 1 f. zu Art. 60 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4P.239/2005 vom 21. November 2005 E. 4.3; vgl. schon MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 224). Daher erfolgt nach Art. 60 ZPO die Prüfung von Amtes wegen selbst ohne diesbezüglichen Einwand. Die Prozessvoraussetzungen werden insoweit der Disposition der Parteien entzogen. Aber auch in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts darf den Parteien nicht erlaubt sein, durch Zugeständnisse in tatsächlicher Hinsicht das Verbot der freien Verfügung zu umgehen (vgl. BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 106 und S. 109 f.). Die soziale Untersuchungsmaxime (vgl. HOHL, a.a.O., S. 111 Rz. 603) vermöchte dies nicht zu gewährleisten, denn im Rahmen der einfachen oder sozialen Untersuchungsmaxime darf der Richter grundsätzlich gegen den Willen der Parteien keine Tatsachen und Beweismittel berücksichtigen (HOHL, a.a.O., S. 236 f. Rz. 1432), da diese Untersuchungsmaxime die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und den Tatsachenstoff grundsätzlich nicht einschränkt (vgl. BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 100).

**3.4** Lehre und Rechtsprechung wenden daher für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes eine andere Form einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime an. Diese beanspruchte, soweit es sich um bundesrechtliche Prozessvoraussetzungen handelte, bereits vor Inkrafttreten der ZPO allgemeine Geltung (vgl. schon BGE 66 II 15 S. 16 f.; MAX KUMMER, in: Berner Kommentar, 1962, N 16 zu Art. 8 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 4C.59/1989 vom 22. März 1990 E. 2b; zit. Urteil 4P.239/2005 E. 4.3 je mit Hinweisen), fand aber auch in kantonalen Prozessordnungen Anwendung (ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht, 1992, S. 112 § 11 Rz. 35). Es handelt sich nicht um eine allgemeine Feststellung oder Erforschung, sondern um eine beschränkte richterliche Überprüfung des Sachverhalts, bei der sich der Richter vom Bestehen der behaupteten klagebegründenden Tatsachen zu überzeugen hat (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 106 und 109 f.; DERSELBE, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, in: ZBJV 126/1990, S. 329 ff., S. 349 inkl. Fn. 58 nachfolgend; BRÖNNIMANN, Gedanken; STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., S. 112 § 11 Rz. 35). Diese eingeschränkte oder «partielle» (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, S. 168 § 11 Rz. 6) Untersuchungsmaxime zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich für beide Prozessparteien nicht gleichmässig, sondern asymmetrisch auswirkt, indem für den Kläger weiter die gewöhnliche Verhandlungsmaxime (beziehungsweise das gewöhnliche Verfahrensrecht einschliesslich des darin vorgesehenen Novenrechts) gilt, während dem Beklagten die Bestreitungslast abgenommen wird und in Bezug auf klaghindernde Sachumstände auch verspätet bekannt gewordene Tatsachen von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 107 f.; DERSELBE, Gedanken, a.a.O., S. 360 f.). Der Richter muss lediglich von Amtes wegen erforschen, ob Tatsachen bestehen, die gegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sprechen (STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., S. 112 § 11

Rz. 35). Nicht verlangt wird dagegen, Tatsachen, die für das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen sprechen, zu berücksichtigen, wenn solche vom Kläger nicht oder verspätet vorgebracht worden sind (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 110; vgl. schon BGE 66 II 15 S. 16 f.; KUMMER, a.a.O., N 16 zu Art. 8 ZGB; HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N 18 zu Art. 8 ZGB). Wenn in der Botschaft zur ZPO festgehalten wird, die Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen sei ein allgemein anerkannter Grundsatz (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7276, Ziff. 5.3.2 zu Art. 58 E-ZPO), ging es offensichtlich darum, diese Regelung in die ZPO zu übernehmen. Nicht nur in der alten, sondern auch in der neueren Lehre wird die Regelung in diesem Sinne verstanden:

**3.4.2** Das Gericht hat aber von Amtes wegen unabhängig von den Vorbringen der Parteien darüber zu wachen, dass die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Der Richter ist daher an die Zugeständnisse der Parteien nicht gebunden und muss von Amtes wegen erforschen, ob Tatsachen bestehen, die *gegen* das Vorliegen der Prozessvoraussetzung sprechen (vgl. STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., S. 112 § 11 Rz. 35; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, 1999, N 1b zu Art. 79 ZPO/SG; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, N 3b zu § 191 ZPO/BE). Die Pflicht, Tatsachen nachzugehen oder von Amtes wegen zu berücksichtigen, betrifft lediglich Umstände, welche die Zulässigkeit der Klage hindern und ein Nicht-eintreten begründen können (TREZZINI, a.a.O., N 2 zu Art. 60 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., S. 168 § 11 Rz. 6; GEHRI, a.a.O., N 10 zu Art. 60 ZPO; vgl. auch ZÜRCHER, a.a.O., N 4 zu Art. 60 ZPO; MORF, a.a.O., N 2 zu Art. 60 ZPO; MÜLLER, a.a.O., N 16 zu Art. 59 ZPO; DOMEJ, a.a.O., N 2 zu Art. 60 ZPO), wobei, soweit für das Verfahren nicht generell die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, das Gericht allerdings nicht zu ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet ist. Eine amtswegige Tatsachenermittlung ist freilich geboten, wenn nach den Parteivorträgen, aufgrund von notorischen Tatsachen oder sonst nach der Wahrnehmung des Gerichts Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Prozessvoraussetzung fehlen könnte (zit. Urteil 4A\_100/2016 E. 2.1.1 mit Hinweisen; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3b zu § 191 ZPO/BE; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1998, N 5 zu § 173 ZPO/AG).

**3.4.3** In seiner jüngsten Rechtsprechung hielt das Bundesgericht fest, eine obere kantonale Instanz habe die sachliche Zuständigkeit ihrer Vorinstanz auch ohne entsprechende Rügen zu prüfen. Die Pflicht zur amtswegigen Prüfung bezieht sich grundsätzlich auch auf die Ebene der Sachverhaltsermittlung (Urteil 4A\_100/2016 E. 2.1.1 mit Hinweisen). Das Novenverbot, das gemäss der in der Beschwerde kritisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 138 III 625, bestätigt in: BGE 141 III 569 E. 2.3.3 S. 577) unter Vorbehalt von Art. 317 Abs. 1 ZPO bei Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime gilt, wäre nicht sinnvoll, soweit das Gericht die Umstände ohnehin von Amtes wegen zu ermitteln und zu berücksichtigen hat (vgl. schon GULDENER, a.a.O., S. 227 Fn. 37 mit Hinweis). Die Prüfung von Amtes wegen hat aber nur zu erfolgen, wenn die Gefahr besteht, dass ein Sachurteil trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung erging. Während diese Gefahr es rechtfertigen kann,

verspätet vorgebrachte Tatsachen zu berücksichtigen, besteht unter Vorbehalt von Art. 317 Abs. 1 ZPO keinerlei Anlass, Tatsachen, die für das Vorhandensein einer erstinstanzlich verneinten Prozessvoraussetzung sprechen, zu berücksichtigen, wenn sie vom Kläger nicht oder verspätet vorgebracht wurden, um damit den Kläger, der unsorgfältig prozessiert, von Amtes wegen unter die Arme zu greifen, damit der an sich zulässige Prozess auch tatsächlich in ein Sachurteil ausmünde (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 110 mit Hinweisen auch auf die abweichende Lehrmeinungen). Der klagenden Partei zu ermöglichen, mit der Behauptung der die Zuständigkeit begründenden Tatsachen bis zu einem allfälligen Rechtsmittelverfahren zuzuwarten, würde vielmehr dem Grundsatz, dass die Prüfung hinsichtlich jeder Prozessvoraussetzung sobald als möglich erfolgen soll (BGE 140 III 159 E. 4.2.4 S. 165), widersprechen.

**3.5** Die Frage, ob im Rechtsmittelverfahren mit Blick auf Art. 60 ZPO zur Vermeidung von Entscheidungen in der Sache trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung ein über Art. 317 Abs. 1 ZPO hinausgehendes Novenrecht anzunehmen ist, stellt sich im Rahmen der örtlichen Zuständigkeit beispielsweise, wenn keine Einlassung erfolgt oder zulässig ist und die beklagte Partei, nachdem der Fall erstinstanzlich materiell beurteilt worden ist, erst zweitinstanzlich gestützt auf Vorbringen, die nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zulässig wären, aufzeigt, dass die örtliche Zuständigkeit eigentlich nicht gegeben gewesen wäre. Sie braucht hier nicht vertieft zu werden. Im zu beurteilenden Fall geht es nämlich nicht darum, dass das Fehlen einer Prozessvoraussetzung nicht berücksichtigt worden wäre. Erstinstanzlich ist ein Nichteintretensentscheid ergangen. Insoweit besteht keine Gefahr, dass trotz fehlender Prozessvoraussetzungen ein Urteil in der Sache ergehen könnte. Die Beschwerdeführerin strebt durch ein erweitertes Novenrecht im Ergebnis eine Erleichterung ihrer Beweis- und Mitwirkungslast an. Davon entbindet sie Art. 60 ZPO nicht (BGE 139 III 278 E. 4.3 S. 281 f. mit Hinweisen). Da die Gefahr, die mit der Prüfung von Amtes wegen gebannt werden soll, im zu beurteilenden Fall nicht besteht, kann die Beschwerdeführerin aus Art. 60 ZPO nichts ableiten.

#### NOTE

*Prof. Dr. Alexander R. Markus, RA, und MLaw Melanie Huber-Lehmann, RAin, Institut CIVPRO, Universität Bern*

#### **Partielle oder asymmetrische Untersuchungsmaxime**

Die Ausführungen des Bundesgerichts verstehen sich über weite Strecken dahin, dass für zuständigkeitshindernde Tatsachen die unbeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, und zwar unabhängig vom Sachverhaltsermittlungsgrundsatz, wie er ansonsten im konkreten Verfahren anzuwenden wäre. In diesem Kontext ist nicht ganz einsichtig, wie die gleichzeitige Einschränkung zu verstehen ist, dass das Gericht zu keinen eigenen ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet sei (E. 3.4.2). Ist diese Einschränkung als eine Annäherung an die beschränkte (soziale) Untersuchungsmaxime im Sinne des Art. 247 Abs. 2 ZPO zu verstehen, so dass wir uns bei den Sachverhaltsermittlungsgrundsätzen neu mit fünf (!) Abstufungen konfrontiert sähen? Gleichzeitig statuiert das Bundesgericht zweifellos, dass für zuständigkeitsbegründende Tatsachen die Verhandlungsmaxime gilt (unter Vorbehalt eines abweichenden Sachverhaltsermittlungsgrundsatzes, der für das konkrete Verfahren

Geltung beansprucht). Man kann sich fragen, ob es konsequent ist, die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen vollumfänglich der Parteidisposition zu belassen, während für zuständigkeitshindernde Tatsachen das Gericht auf intensiver Stufe in der Verantwortung steht. Die grosse Spannweite zwischen der Behandlung von zuständigkeitsbegründenden und zuständigkeitshindernden Tatsachen wirkt einseitig zu Ungunsten der gerichtlichen Zuständigkeit und kann in einer Gesamtsicht als Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs verstanden werden. Vermag allein das – an sich durchaus gerechtfertigte – Bestreben, Prozesse vor unzuständigen Gerichten zu verhindern, diese Waffenungleichheit zu rechtfertigen? Oder müsste konsequenterweise auch zu Gunsten der gerichtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen ermittelt werden?

Was das Novenrecht auf Rechtsmittelstufe betrifft, so äussert sich das Bundesgericht recht ausführlich zu Gunsten des Prinzips, dass die Einschränkungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime nicht gelten. Ein Novenverbot für zulässigkeitshindernde Tatsachen wäre nicht sinnvoll, weil das Gericht diese Umstände ohnehin von Amtes wegen zu ermitteln und zu berücksichtigen hat. Demgegenüber sind Vorbringen, die für das Vorhandensein einer (erstinstanzlich) verneinten Prozessvoraussetzung sprechen, nicht zu beachten, wenn diese vom Kläger nicht oder verspätet vorgebracht wurden (E. 3.4.3). Dass das BGer diese gut begründete und nachvollziehbare Regel als blosses «obiter dictum» aufstellt (vgl. E. 3.5), ändert wahrscheinlich nichts daran, dass es in Zukunft in diesem Sinne entscheiden wird.

## VIII. Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege – Frais et assistance judiciaire – Spese e assistenza giudiziaria

Sicherheit – Sûretés – Cauzione

[2062] Auszug aus der Verfügung der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. Staat X. gegen A. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_396/2017 vom 23. November 2017

*Art. 62 Abs. 2 BGG; HaagerÜ 1905 und 1954; Vertragsstaat, keine Sicherheitsleistung vor Bundesgericht*

**Art. 17 HaagerÜ 1954** verbietet es, einen Vertragsstaat zur Leistung von Sicherheiten zu verpflichten, wenn sich dieser wie eine Person des Privatrechts den ausländischen Gerichten unterwirft.

*Art. 62 al. 2 LTF; CLaH 1905 et 1954; Etat étranger, dispense de sûretés devant le Tribunal fédéral*

**L'art. 17 ClH 1954** dispense un Etat étranger, qui se retrouve dans la même position qu'une entité de droit privé devant une juridiction étrangère, de verser des sûretés.