



## Die Revision der ZPO

**PATRICK  
HONEGGER-MÜNTENER\***



**MATTHIAS RUFIBACH\*\***



**JULIUS SCHUMANN\*\*\***

Am 17. März 2023 verabschiedete das Parlament die ZPO-Revision, welche nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist per 1. Januar 2025 in Kraft treten wird. Die Revision bringt eine Vielzahl von Änderungen in der ZPO, die sich nicht nur auf eine Übernahme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beschränken und über den ursprünglichen Entwurf des Bundesrates hinausgehen. Die Verfasser geben einen umfassenden Überblick über die Revision und nehmen eine erste Einordnung vor.

Le 17 mars 2023, le Parlement a adopté la révision du CPC, qui, après l'expiration du délai référendaire, entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025. La révision entraîne un grand nombre de modifications du CPC, qui ne se limitent pas à la reprise de la jurisprudence du Tribunal fédéral et vont au-delà du projet initial élaboré par le Conseil fédéral. Les auteurs présentent une vue d'ensemble complète de la révision et procèdent à une première classification.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zuständigkeit
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Klagen gegen den Bund
  - C. Handelsgerichtliche Zuständigkeit
    1. Handelsrechtliche Streitigkeiten
    2. Handelsgerichtliche Zuständigkeit in internationalen Handelsstreitigkeiten
  - D. Kompetenzattraktion bei Streitgenossenschaft
- E. Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz bei vorsorglichen Massnahmen
- F. Amtswegige Weiterleitung bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts
  1. Entstehungsgeschichte und Neuregelung
  2. Würdigung
- III. Verfahrensgrundsätze
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Treu und Glauben bei unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen
  - C. Rechtliches Gehör und unbedingtes Replikrecht
- IV. Ausstand
- V. Parteien und Beteiligung Dritter
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Einfache Streitgenossenschaft
  - C. Objektive Klagenhäufung
  - D. Streitverkündungsklage
    1. Allgemeine Voraussetzungen der Streitverkündungsklage
    2. Bezifferung der Streitverkündungsklage
    3. Würdigung
- VI. Klage und Widerklage
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Unbezifferte Forderungsklage
  - C. Widerklage
    1. Widerklage, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wäre, auf eine Hauptklage, die im ordentlichen Verfahren beurteilt wird
    2. Negative Feststellungswiderklage auf eine Teilklage

\* PATRICK HONEGGER-MÜNTENER, MLaw, Rechtsanwalt, Assistent und Doktorand am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. TANJA DOMEJ für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Zürich. Diese Publikation wurde gefördert durch UZH Candoc Grant 2022, Verfügung Nr. FK-22-007.

\*\* MATTHIAS RUFIBACH, MLaw, Rechtsanwalt, SNF Doc.CH-Doktorand an der Universität Bern, betreut von Prof. Dr. ALEXANDER R. MARKUS und Prof. Dr. TANJA DOMEJ (Universität Zürich). Die Forschung für diese Publikation wurde gefördert durch den SNF.

\*\*\* JULIUS SCHUMANN, Dr. iur., Universitätsassistent an der Universität Wien. Zuvor Assistent am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. TANJA DOMEJ für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Zürich. Die Verfasser danken Prof. Dr. TANJA DOMEJ für ihre umsichtige Durchsicht und ihre zahlreichen Anregungen.

- VII. Streitwert
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Verbandsklage
  - C. Widerklage
- VIII. Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Tarife und Anspruch der Vertretung auf Parteientschädigung
  - C. Halbierung der Gerichtskostenvorschüsse
  - D. Verteilung der Prozesskosten bei mehreren Haupt- oder Nebenparteien
  - E. Liquidation der Prozesskosten
  - F. Unentgeltliche Rechtspflege für die vorsorgliche Beweisführung
- IX. Sprache
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Sprachenregelung in der ZPO
  - C. Sprachenregelung im BGG
- X. Fristen und Wiederherstellung
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Fristenlauf bei A-Post-Plus
  - C. Fristenstillstand
  - D. Anfechtung bei definitivem Rechtsverlust bei Verweigerung der Wiederherstellung
- XI. Einsatz elektronischer Mittel
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Mündliche Prozesshandlungen unter dem Einsatz von elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung
    - 1. Grundfall nach Art 141a Abs. 1
    - 2. Interessenabwägung bei gesetzlich vorgesehenem persönlichem Erscheinen (Art. 141a Abs. 2 nZPO)
  - C. Organisatorische und technische Voraussetzungen (Art. 141a Abs. 3, Art. 141b und Art. 133 lit. d)
    - 1. Bild- und Tonübertragung
    - 2. Verhandlungsort und Öffentlichkeit
  - D. Einvernahme mittels Videokonferenz (Art. 170a)
    - 1. Anwendungsbereich
    - 2. Verhältnis von Art. 170a zu 141a nZPO
  - E. Aufzeichnung und Protokollierung (Art. 141b Abs. 1 lit. b und Art. 176a nZPO)
  - F. Unterschriftenfordernisse und Kostennote
  - G. Säumnis und Vertagung
  - H. Anfechtung
  - I. Anwendbarkeit auf rechtshängige Verfahren
- XII. Beweisrecht
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Schutz der Tätigkeit des unternehmensinternen Rechtsdienstes
  - C. Privatgutachten
  - D. Anwendbarkeit auf rechtshängige Verfahren
- XIII. Schlichtungsverfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Geltungsbereich des Schlichtungsverfahrens
    - 1. Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium
    - 2. Verzicht auf das Schlichtungsverfahren
  - C. Schlichtungsverfahren
    - 1. Persönliche Erscheinungspflicht
    - 2. Ordnungsbusse bei Säumnis an der Schlichtungsverhandlung
  - D. Frist der Klagebewilligung
- E. Urteilsvorschlag und Entscheid
  - 1. Urteilsvorschlag
  - 2. Kostenverteilung im Entscheidverfahren
- XIV. Ordentliches Verfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Novenrecht
    - 1. Bei einfachem Schriftenwechsel
    - 2. Bei doppeltem Schriftenwechsel
    - 3. Nach den ersten Parteivorträgen
    - 4. Bei Geltung der Untersuchungsmaxime
  - C. Entscheid und Eröffnung
    - 1. Inhalt des Entscheids
    - 2. Unbegründete Eröffnung
    - 3. Erledigung ohne Entscheid
- XV. Vereinfachtes Verfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Säumnis an der Verhandlung bei Klage ohne schriftliche Begründung (Art. 245 Abs. 1 nZPO)
  - C. Säumnis an der Verhandlung bei Klage mit schriftlicher Begründung (Art. 245 Abs. 2 nZPO)
- XVI. Summarisches Verfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Geltungsbereich
  - C. Vorsorgliche Massnahmen gegen Medien
- XVII. Familienrechtliche Verfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens
    - 1. Bei gemeinsamem Begehren auf Scheidung; Fortsetzung des Verfahrens und Entscheid
    - 2. Scheidungsklage; nicht festgestellter Scheidungsgrund oder Scheitern der Einigungsverhandlung
    - 3. Selbständige Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange
  - C. Kompetenzattraktion; Parteistellung der Eltern
- XVIII. Rechtsmittelverfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Rechtsmittelfristen
    - 1. Berufungs-/Berufungsantwortfrist bei familienrechtlichen Streitigkeiten im Summarverfahren
    - 2. Beschwerdefrist bei anderen erstinstanzlichen Entscheiden
  - C. Entzug und Erteilung der Vollstreckbarkeit
    - 1. Entstehungsgeschichte
    - 2. Bei der Berufung
    - 3. Entzug der Vollstreckbarkeit bei der Beschwerde
    - 4. Entzug der Vollstreckbarkeit bei der Revision
  - D. Noven bei Geltung der Untersuchungsmaxime
  - E. Revisionsgründe
    - 1. Nachträglich entdeckte Tatsachen und Beweismittel
    - 2. Mängel im Entscheidsurrogat
    - 3. Nachträgliche Entdeckung eines Ausstandsgrundes (Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO)
- XIX. Vollstreckungsrecht
- XX. Schiedsverfahren
  - A. Überblick über die Änderungen
  - B. Anpassungen der ZPO an vorherige Änderungen im IPRG
  - C. Verfahrenskoordination

## I. Einleitung

Nach sieben Jahren Praxis der Schweizerischen Zivilprozessordnung schickte der Bundesrat am 2. März 2018 eine Änderung der Zivilprozessordnung in die Vernehmlassung,<sup>1</sup> um «[d]urch punktuelle Verbesserungen [...] die Funktionsfähigkeit der ZPO und damit die Rechtsdurchsetzung weiter [...]» zu verbessern.<sup>2</sup> Gut fünf Jahre später verabschiedete das Parlament am 17. März 2023 unter Ausklammerung des kollektiven Rechtsschutzes einen ersten Teil dieser Revisionsvorlage, die im parlamentarischen Verfahren massgeblich durch dortige Vorstösse geändert sowie erweitert wurde.<sup>3</sup>

Das Ziel des Beitrages ist nicht eine gesamthafte Bewertung der nun verabschiedeten, durchaus vielfältigen Änderungen vorzunehmen, sondern den Lesern einen Überblick über diese zu verschaffen sowie zugleich, dort wo es uns relevant schien, für die künftige Praxis eine erste detailliertere dogmatische Analyse zu bieten. Bei letzterer wird jedoch an einigen Stellen deutlich, dass insb. im parlamentarischen Prozess mehr das politische Ziel als die anschliessende Integration in die Prozessrechtsdogmatik im Vordergrund stand. Aus Platzgründen konnte auf die neu eingefügten justizorganisatorischen Bestimmungen (Art. 400 Abs. 2<sup>bis</sup> und 3, Art. 401a nZPO) im Rahmen dieses Beitrages allerdings nicht eingegangen werden.

## II. Zuständigkeit

### A. Überblick über die Änderungen

Bei der Zuständigkeit ändert der Gesetzgeber die Normen über die Klagen gegen den Bund (Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO), die handelsgerichtliche Zuständigkeit (Art. 6 ZPO) und die direkte Klage beim oberen Gericht (Art. 8 ZPO). Zudem soll in bestimmten Fällen neu eine Pflicht des unzuständigen Gerichts zur amtswegigen Weiterleitung der Eingabe bestehen (Art. 63 Abs. 1 und Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO).

### B. Klagen gegen den Bund

Nach dem revidierten Recht ist die einzige kantonale Instanz für Klagen gegen den Bund nur noch zuständig, wenn

der Streitwert CHF 30'000 übersteigt (Art. 5 Abs. 1 lit. f nZPO). Bei Streitigkeiten bis zu CHF 30'000 sind dagegen künftig das Gericht in der Stadt Bern oder das ordentliche Gericht am Wohnsitz, Sitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort der klagenden Partei zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. c nZPO), wobei ein Schlichtungsverfahren obligatorisch ist. Der Gesetzgeber passt damit die ZPO bei Klagen gegen den Bund an die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>4</sup> an, wonach die Regelung über die Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich vorgeht.<sup>5</sup>

## C. Handelsgerichtliche Zuständigkeit

### 1. Handelsrechtliche Streitigkeiten

Bereits kurz nach dem Inkrafttreten der ZPO zeigte sich, dass die Regelung über die handelsgerichtliche Zuständigkeit zahlreiche Unklarheiten und Streitfragen aufwarf, die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwischenzeitlich weitgehend geklärt wurden. Dem Gesetzgeber war es ein Anliegen, diese bundesgerichtliche Rechtsprechung in der ZPO zu kodifizieren.<sup>6</sup> Einer solchen Kodifikation entspricht Art. 6 Abs. 2 lit. b nZPO, wonach die Streitigkeit einen Streitwert von mehr als CHF 30'000 aufweisen oder nicht vermögensrechtlicher Natur sein muss.<sup>7</sup> Gleiches gilt für die Klarstellung, dass die Parteien nach Art. 6 Abs. 2 lit. c nZPO als Rechtseinheit im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sein müssen, was auch eine Änderung von Abs. 3 bedingt.<sup>8</sup>

Mit dem Erlass von Art. 6 Abs. 2 lit. d nZPO, wonach eine Streitigkeit nicht handelsrechtlich ist,<sup>9</sup> wenn sie aus dem Arbeitsverhältnis, dem Arbeitsvermittlungsgesetz,

<sup>1</sup> Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-69961.html> (Abruf 12.8.2023).

<sup>2</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018 (zit. Erläuternder Bericht), 2.

<sup>3</sup> PHILIPP WEBER, Die ZPO-Revisionsvorlage 2023, ZBJV 2023, 377 ff., 379 f.

<sup>4</sup> Vgl. zur handelsgerichtlichen Zuständigkeit BGE 139 III 457 E. 4; 143 III 137 E. 2; ähnlich zu Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO beispielsweise auch OGer BE, ZK 17 418, 27.9.2017, E. 7 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft rev. ZPO), 2724.

<sup>6</sup> Vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2723 ff.; ferner FRANÇOIS BOHNET/JULIETTE SCHALLER, Projet 2020 de révision du code de procédure civile: plaidoyer pour la jurisprudence, SJ 2020 II, 189 ff., 197.

<sup>7</sup> Damit kodifiziert der Gesetzgeber die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Regelung über die Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit vorgehe und das vereinfachte Verfahren bis und mit einem Streitwert von CHF 30'000 anwendbar sei (vgl. dazu BGE 139 III 457 E. 4; 143 III 137 E. 2).

<sup>8</sup> Vgl. zur entsprechenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 140 III 409 E. 2; 142 III 96 E. 3.3.

<sup>9</sup> Anders als der Vorentwurf nimmt die nun beschlossene Revision arbeits- und mietrechtliche Streitigkeiten damit generell (und nicht nur mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 ZPO) von der handelsgerichtlichen Zuständigkeit aus, dazu Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2728 f.

dem Gleichstellungsgesetz, aus der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht resultiert, wendet sich der Gesetzgeber dagegen mindestens teilweise gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Bundesgericht hielt in Bezug auf Streitigkeiten aus Miete oder Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, die nicht unter das vereinfachte Verfahren fielen, nämlich dafür, dass diese grundsätzlich der handelsgerichtlichen Zuständigkeit unterstehen konnten.<sup>10</sup> In Bezug auf die vergleichbare Situation bei Arbeitsstreitigkeiten bestand kein höchstrichterliches Präjudiz.<sup>11</sup> Mit dem Ausschluss dieser Streitigkeiten von der handelsgerichtlichen Zuständigkeit korrigiert der Gesetzgeber die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Die Lösung des Gesetzgebers ist begrüssenswert. Bei der Beurteilung miet- und arbeitsrechtlicher Streitigkeiten bedarf es regelmässig nicht des spezifischen Fachwissens, für welches die Handelsgerichte geschaffen wurden. Es erscheint daher zweckmässig, diese Streitigkeiten unabhängig vom anwendbaren Verfahren bei den ordentlichen Gerichten bzw. bei spezifischen Arbeits- und Mietgerichten zu konzentrieren. Keine ausdrückliche Regelung sieht die revidierte ZPO schliesslich für Fälle der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vor. Nach der Botschaft besteht in diesen Fällen weiterhin eine handelsgerichtliche Zuständigkeit auch in Bezug auf arbeits- und mietrechtliche Streitigkeiten.<sup>12</sup> Unklar bleibt aber, ob dem Gesetzgeber in diesen Fällen eine ausschliessliche Kompetenzattraktion zu Gunsten des Handelsgerichts vorschwebte<sup>13</sup> oder ob die Streitigkeit alternativ auch gesamthaft durch die Arbeits- oder Mietgerichte bzw. die ordentlichen Gerichte beurteilt werden könnte.

<sup>10</sup> BGE 139 III 457 E. 3.

<sup>11</sup> Ebenso Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2728; die handelsgerichtliche Zuständigkeit ablehnend HGer ZH, HG120101, 16.7.2012, E. 5 f., in: ZR 2012 Nr. 58; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 6 N 6, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 3. A., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-Verfasser); bejahend dagegen BK ZPO I-BERGER, Art. 6 N 11 und 24, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO I-Verfasser).

<sup>12</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2729; vgl. dazu auch BOHNET/SCHALLER (FN 6), 199.

<sup>13</sup> Vgl. zum geltenden Recht MEINRAD VETTER/MATTHIAS BRUNNER, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte – eine Zwischenbilanz, ZZZ 2013, 254 ff., 261 f.; ferner zu Art. 5 ZPO eingehend und mit weiteren Nachweisen TANJA DOMEJ, Vor Art. 9–13a UWG, N 49 ff., in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

## 2. Handelsgerichtliche Zuständigkeit in internationalen Handelsstreitigkeiten

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO können die Kantone das Handelsgericht künftig ausserdem für die Lösung internationaler Handelsstreitigkeiten zur Verfügung stellen, sofern (i) die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betrifft, (ii) der Streitwert mindestens CHF 100'000 beträgt, (iii) die Parteien der Zuständigkeit des Handelsgerichts zustimmen und (iv) im Zeitpunkt der Zustimmung mindestens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihren Sitz im Ausland hat. Gleichzeitig ergänzt der Gesetzgeber Art. 5 Abs. 3 IPRG mit einer neuen lit. c, die vorsieht, dass das nach Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO vereinbarte Handelsgericht oder das obere Gericht nach Art. 8 ZPO seine Zuständigkeit nur ablehnen darf, wenn das kantonale Recht dies erlaubt.

Für die Begründung der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte dürfte Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO lediglich von geringer Bedeutung sein, da die Norm nur zum Tragen kommt, wenn bereits eine internationale und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichtskantons besteht. In diesem Fall sind die Handelsgerichte indes auch für internationale Handelsstreitigkeiten regelmässig bereits auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 ZPO zwingend zuständig.<sup>14</sup> Die strengeren Voraussetzungen (Streitwert von CHF 100'000, Zustimmung und Auslandsbezug) sind daher in Handelsgerichtskantonen vor allem ausserhalb des Zuständigkeitsrechts für die Frage relevant, ob das handelsgerichtliche Verfahren in englischer Sprache durchgeführt werden kann (Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO)<sup>15</sup> und ob das Gericht einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangen darf (Art. 98 Abs. 2 lit. a nZPO).<sup>16</sup> Nur wenn sich die handelsgerichtliche Zuständigkeit nicht schon aus Art. 6 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO ergibt, ist Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO für die sachliche Zuständigkeit relevant. Dies ist insoweit der Fall, als Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO keinen Eintrag der Parteien als Rechtseinheit in einem schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register verlangt und den Ausschluss von arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 2 lit. d nZPO nicht übernimmt. Während der Verzicht auf den Registereintrag dem klaren Willen der Botschaft entspricht,<sup>17</sup> ist dies beim Nichtausschluss von arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten diskutabel. Nach

<sup>14</sup> Vgl. dazu BGE 140 III 155 E. 4, mit weiteren Nachweisen.

<sup>15</sup> Zur Regelung der Sprache in der revidierten ZPO hiernach IX.B.

<sup>16</sup> Zur Regelung der Kostenvorschusspflicht in der revidierten ZPO hiernach VIII.C.

<sup>17</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2730.

der Botschaft sollen nämlich auch in diesen spezifisch internationalen Streitfällen nur Streitigkeiten, die kaufmännischer, technischer oder ähnlicher Natur sind, von einem Handelsgericht beurteilt werden, wobei der Begriff weit zu fassen sei.<sup>18</sup> Der Nichtausschluss im Bewusstsein, dass das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung auch mietrechtliche Streitigkeiten der geschäftlichen Tätigkeit zuordnete,<sup>19</sup> dürfte u.E. dafür sprechen, miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten unter Art. 6 Abs. 4 lit. c Ziff. 1 nZPO nicht auszuschliessen. Dafür spricht auch, dass solche Streitigkeiten nach Art. 177 Abs. 1 IPRG schiedsfähig sind und die internationale Handelsgerichtsbarkeit letztlich eine alternative zur Schiedsgerichtsbarkeit bieten soll.

Der Wortlaut des Ingresses von Art. 6 Abs. 4 ZPO («können das Handelsgericht ausserdem zuständig erklären») indiziert, dass die Kantone eigentlich eine Zuständigkeit für internationale Handelsstreitigkeiten nur vorsehen können, sofern sie bereits über ein «gewöhnliches» Handelsgericht verfügen. Gleichwohl dürften Kantone ohne Handelsgericht im Rahmen der Organisation ihres oberen Gerichts nach Art. 8 ZPO im Sinne einer eigenständigen Gerichtskammer eine internationale Handelsgerichtsbarkeit einrichten können.<sup>20</sup> Dafür spricht prinzipiell auch die Regelung in Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO. Fraglich erscheint aber, ob bei internationalen Handelsgerichtsstreitigkeiten vor der einzigen kantonalen Instanz – anders als wohl bei Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO – sich die Zustimmung weiterhin auf den konkreten Rechtsstreit beziehen muss,<sup>21</sup> wodurch diese Alternative wohl weniger attraktiv wäre.

## D. Kompetenzattraktion bei Streitgenossenschaft

Nach Art. 6 Abs. 6 nZPO ist bei Klagen von mehreren (aktiven oder passiven)<sup>22</sup> Streitgenossen, die nicht alle als Rechtseinheiten im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, das ordentliche Gericht zuständig (Kompetenzattraktion). Eine Änderung der Rechtslage ist damit nicht verbunden, da alle Handelsgerichtskantone auch nach geltendem Recht eine (mindestens stillschweigende) Kompetenzattraktion zu Gunsten der ordentlichen Gerichte kennen.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2730.

<sup>19</sup> BGE 139 III 457 E. 3; vgl. auch Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2727 f.

<sup>20</sup> In diesem Sinne auch WEBER (FN 3), 392.

<sup>21</sup> Vgl. dazu KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF (FN 11), Art. 8 N 5, mit weiteren Nachweisen.

<sup>22</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2731.

<sup>23</sup> Vgl. für den Kanton Aargau § 12 Abs. 2 EG ZPO/AG; für den Kanton Bern HGer BE, HG 12 127, 9.12.2012, E. II (CAN 2013 Nr. 58); für den Kanton St. Gallen § 10 Abs. 2 EG ZPO/SG; für den Kanton Zü-

## E. Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz bei vorsorglichen Massnahmen

Die einzige kantonale Instanz ist nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 nZPO auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit zuständig. Diese Klarstellung entspricht der herrschenden Auffassung zum geltenden Recht.<sup>24</sup>

## F. Amtswegige Weiterleitung bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts

### 1. Entstehungsgeschichte und Neuregelung

Ursprünglich enthielt der bundesrätliche Vorentwurf noch eine Norm zur Prozessüberweisung bei Unzuständigkeit (Art. 60a VE-ZPO) sowie eine Norm zur amtswegigen Weiterleitung (Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZPO). Art. 60a VE-ZPO sah vor, dass das Gericht unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit eine Klage oder ein Gesuch auf Antrag der betroffenen Partei an das von ihr bezeichnete Gericht zu überweisen hätte, sofern es dieses nicht für offensichtlich unzuständig hielte.<sup>25</sup> Gemäss Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZPO sollten Eingaben, die innert Frist irrtümlich bei einem offensichtlich unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht würden, als rechtzeitig eingereicht gelten und von Amtes wegen unverzüglich an das zuständige Gericht weitergeleitet werden. Beide Vorschläge waren in der Vernehmlassung sehr umstritten. Moniert wurden namentlich die Zusatzbelastung für die Gerichte sowie der fehlende Nutzen von Art. 60a VE-ZPO im Vergleich zum geltenden Art. 63 Abs. 1 ZPO, aber auch die Unklarheit des Verhältnisses zwischen Art. 60a VE-ZPO und Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZPO.<sup>26</sup>

Angesichts der Kritik im Vernehmlassungsverfahren verzichtete der Bundesrat auf die Übernahme von Art. 60a VE ZPO in den Entwurf. An der amtswegigen Weiterlei-

rich HGer ZH, HG110187, 11.12.2011, E. 5; OGer ZH, LF130065, 28.3.2014, E. 3.3. Das Bundesgericht erlaubte den Kantonen zudem ohnehin nur eine Kompetenzattraktion zugunsten des ordentlichen Gerichts (BGE 138 III 471 E. 5); kritisch zur Neuregelung der Kompetenzattraktion in der ZPO BOHNET/SCHALLER (FN 6), 199.

<sup>24</sup> Statt vieler PATRICK HONEGGER-MÜNTENER, Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO, N 54, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung – Version 22.12.2022, Internet: <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/zpo261> (zit. OK-Verfasser; Abruf 22.8.2023).

<sup>25</sup> Vgl. dazu Erläuternder Bericht (FN 2), 33.

<sup>26</sup> Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassung, Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/auswertung-d.pdf.download.pdf/auswertung-d.pdf> (zit. Auswertung Vernehmlassungsverfahren; Abruf 10.8.2023), 30 ff., 207 ff.; vgl. dazu auch BOHNET/SCHALLER (FN 6), 195.

tung wollte er dagegen in leicht modifizierter Form festhalten.<sup>27</sup> Nach Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> E-ZPO sollte es bei offensichtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts und bei offensichtlicher Zuständigkeit eines anderen Gerichts bei einer amtswegigen Weiterleitung bleiben. Bei Zweifeln an der Zuständigkeit des erstangerufenen Gerichts wäre dagegen ein Nichteintretensentscheid (oder im bejahenden Fall ein Zwischenentscheid) zu fällen gewesen, der den Weg über Art. 63 Abs. 1 ZPO eröffnet hätte.

Im parlamentarischen Verfahren erfuhr Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> eine weitere Änderung. Da ein Gericht nur zuständig oder nicht zuständig sein könne, verzichtete der Gesetzgeber auf das Erfordernis der «Offensichtlichkeit» der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts bzw. der Zuständigkeit des verwiesenen Gerichts.<sup>28</sup> Gleichzeitig ergänzte der Gesetzgeber Art. 63 Abs. 1 ZPO dahingehend, dass auch bei einer amtswegigen Weiterleitung als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gilt.

## 2. Würdigung

Die künftig geltende Regelung wirft – nicht nur, aber vor allem auch aufgrund der Entstehungsgeschichte – zahlreiche Fragen auf und ist u.E. bedauernswerterweise nicht klarer als die Regelung im bundesrätlichen Vorentwurf.<sup>29</sup> Aus dogmatischer Perspektive ist – wie dies u.E. der Vorentwurf jedenfalls im Grundsatz noch zutreffend zum Ausdruck brachte – auch im Zivilprozessrecht zwischen der *Prozessüberweisung* und der *Weiterleitung* durch das unzuständige Gericht (bzw. die Schlichtungsbehörde)<sup>30</sup> zu unterscheiden.<sup>31</sup> Die Weiterleitung erfolgt grundsätzlich, ohne dass das angerufene Gericht ein förmliches Verfahren eröffnet. Da damit kein anfechtbarer Entscheid verbunden ist, kommt die Weiterleitung nur bei zweifelsfreien Fällen zum Zuge.<sup>32</sup> Bestehen dagegen Zweifel bezüglich der Zu-

ständigkeit des angerufenen Gerichts, ist grundsätzlich ein förmliches Verfahren zu eröffnen, welches im ablehnenden Fall mit einem Nichteintretensentscheid zu erledigen ist. Die Prozessüberweisung an das zuständige Gericht ist dann Folge dieses prozessualen Nichteintretensentscheids.<sup>33</sup>

Während der bundesrätliche Vorentwurf (und letztlich auch der Entwurf) diese dogmatische Unterscheidung in Art. 60a VE-ZPO (Prozessüberweisung nach Nichteintreten) und in Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZPO (Weiterleitung bei offensichtlicher Unzuständigkeit) noch einigermaßen nachvollzogen, kam es im parlamentarischen Verfahren zu einer gewissen Vermischung. Aus der Streichung der Voraussetzung der Offensichtlichkeit<sup>34</sup> lässt sich auf die gesetzgeberische Intention schliessen, der amtswegigen Weiterleitung nach Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO prinzipiell einen erweiterten Anwendungsbereich einzuräumen. Diese Erweiterung ist indes nur beschränkt geglückt. Sofern man der gesetzgeberischen Intention Nachachtung verschaffen möchte und Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO auch bei nicht offensichtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts anwenden möchte, wird man nicht davon absehen können, einzelne Elemente des Art. 60a VE-ZPO, der keinen Eingang ins Gesetz fand, in den Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO zu implementieren. Eine amtswegige Weiterleitung (ohne Eröffnung eines Verfahrens vor der betreffenden Instanz) ist aus rechtsstaatlichen Gründen nur möglich, wenn das angerufene Gericht offensichtlich, d.h. ohne jegliche Zweifel und von vornherein, unzuständig ist. In allen anderen Fällen hat das angerufene Gericht ein Verfahren zu eröffnen, welches es auch unter Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO (wie in Art. 60a VE-ZPO vorgesehen) aus rechtsstaatlichen Gründen mit einem Nichteintretensentscheid beenden müsste. Eine amtswegige Weiterleitung (Prozessüberweisung) im Anschluss an diesen Nichteintretensentscheid setzt zudem mindestens voraus, dass jedenfalls die klagende Partei dazu angehört wird, an welches Gericht (insbesondere bei alternativen Gerichtsständen) die Streitigkeit überwiesen werden sollte.

In der Praxis dürfte die geschilderte Problematik der Anwendung von Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO bei nicht offensichtlicher Unzuständigkeit aber wohl vor allem auch

<sup>27</sup> Vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2747; dazu auch BOHNET/SCHALLER (FN 6), 195.

<sup>28</sup> Vgl. dazu AB 2022 N 672 (Votum BREGY); sich für die Offensichtlichkeit auf die Rechtsprechung zur Prüfung der Zuständigkeit durch die Schlichtungsbehörde beziehend BOHNET/SCHALLER (FN 6), 195.

<sup>29</sup> Vgl. mit Blick auf Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> E-ZPO auch bereits die kritischen Bemerkungen von NADJA ERK, Prozessvoraussetzungen: Eine Untersuchung der Prozessvoraussetzungen im Zivilverfahrensrecht unter Berücksichtigung des Schiedsverfahrensrechts, Habil. St. Gallen 2022, Basel 2022, 279.

<sup>30</sup> Zur Anwendbarkeit der Regelung auf die Schlichtungsbehörde Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2747.

<sup>31</sup> Treffend aus zivilprozessualer Optik jüngst LUCAS A. T. BRÖNNIMANN, BGer 5D\_131/2022 vom 26. September 2022, ZZZ 2023, 84 ff., 85 ff.; vgl. dagegen etwas unklarer ERK (FN 29), 279.

<sup>32</sup> Vgl. mit Blick auf Art. 48 Abs. 3 BGG BRÖNNIMANN (FN 31), 86; ferner für das zürcherische Verwaltungsverfahrenrecht beispiels-

weise KASPAR PLÜSS, § 5 N 41, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Auflage, Zürich 2014.

<sup>33</sup> Vgl. jüngst BRÖNNIMANN (FN 31), 86.

<sup>34</sup> Offenbar trotz der gegenteiligen Entstehungsgeschichte Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO nur bei Eingaben an «offensichtlich» unzuständige Gerichte für anwendbar haltend DANIEL STAEHELIN/FLORENCE VON MUTZENBECHER, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 2023, 815 ff., 823; zum Erfordernis der Offensichtlichkeit in Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> E-ZPO bereits kritisch ERK (FN 29), 279.

über das im Gesetzgebungsverfahren kaum thematisierte Erfordernis der *irrtümlichen* Eingabe bei einem unzuständigen Gericht weitgehend entschärft werden.<sup>35</sup> Die Botschaft verwendet für die Umschreibung der irrtümlichen Eingabe auch das Wort *versehentlich*, ohne indes weitere Anhaltspunkte für die Auslegung zu liefern.<sup>36</sup> Es ist u.E. damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung, die der Prozessüberweisung aufgrund der (vermeintlichen) Mehrbelastung ohnehin wohl eher kritisch gegenübersteht, das Kriterium des Irrtums sehr eng auslegen wird. In diesem Sinne dürfte ein Irrtum über die Rechts- oder Tatsachenlage bezüglich der Zuständigkeit kaum als irrtümlich i.S.v. Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO qualifiziert werden, solange die betreffende Partei die Eingabe mit Wissen und Willen (und entsprechenden Ausführungen zur Zuständigkeit) beim unzuständigen Gericht einreichte.<sup>37</sup> Ein Irrtum dürfte von der Praxis wohl nur bejaht werden, wenn aus der Eingabe klar hervorgeht, dass die Partei tatsächlich nicht an das angerufene unzuständige Gericht, sondern an ein anderes Gericht gelangen wollte,<sup>38</sup> wie dies beispielsweise bei der als Vorbild dienenden<sup>39</sup> Einreichung des Rechtsmittels bei der Erstinstanz der Fall wäre. Ob dieses enge Verständnis der Norm im Einklang mit der gesetzgeberischen Intention stünde, kann u.E. zwar zweifelhaft erscheinen, ist aber für die fehlbare Partei im Ergebnis nicht entscheidend, solange sie sich bei einem Nichteintretensentscheid (ohne Prozessüberweisung) – wie bisher – auf Art. 63 Abs. 1 ZPO berufen kann.<sup>40</sup> Letzteres könnte aber ebenso unter Druck geraten, da bei einer Nichtanwendung von Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO künftig erstellt wäre, dass die Eingabe nicht irrtümlich bzw. versehentlich beim unzuständigen Gericht eingereicht wurde. Es ist dann nur noch ein kleiner Schritt für die Argumentation, dass auch Art. 63 Abs. 1 ZPO auf eine «bewusst» beim unzuständigen Gericht eingereichte Eingabe nicht anwendbar sei.

<sup>35</sup> Die Frage, ob der Irrtum subjektiv oder objektiv sein muss, bereits in Bezug auf den bundesrätlichen Entwurf aufwerfend BOHNET/SCHALLER (FN 6), 196; vgl. ferner auch ERK (FN 29), 279.

<sup>36</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2747.

<sup>37</sup> Vgl. im sozialversicherungsrechtlichen Kontext, wo Art. 30 ATSG das Erfordernis des Versehens statuiert, UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. A., Zürich 2020, Art. 30 ATSG N 20; grosszügiger BGE 140 III 636 E. 3.5, wo das Bundesgericht in Bezug auf Art. 48 Abs. 3 BGG (der indes kein Irrtumserfordernis kennt) festhält, dass die Norm stets anwendbar sei, wenn die Einreichung bei der unzuständigen Instanz auf Versehen oder *Zweifeln der Partei* oder auf einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung beruhe, nicht aber wenn die unzuständige Instanz bewusst angerufen werde; offenlassend ERK (FN 29), 279.

<sup>38</sup> Diese Frage offenlassend ERK (FN 29), 279.

<sup>39</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2747.

<sup>40</sup> In diesem Sinne auch ERK (FN 29), 280.

Die Lösung des Gesetzgebers hat vor diesem Hintergrund bedauerlicherweise nicht zu Rechtsklarheit geführt. Unseres Erachtens wäre es zwar wünschenswert, wenn die Gerichte der Intention des Gesetzgebers, die amtsweilige Weiterleitung grosszügig vorzusehen, Ausdruck verleihen und gemeinsam mit der Lehre entsprechende Verfahrensregeln entwickeln. Jedenfalls ist aber mindestens darauf zu achten, dass das Schutzniveau gegenüber dem bisherigen Recht nicht verringert wird.

### III. Verfahrensgrundsätze

#### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich der Verfahrensgrundsätze fanden Konkretisierungen der Grundsätze des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) sowie des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO) Eingang in die revidierte ZPO. Beide Bestimmungen waren im (Vor-)Entwurf des Bundesrates nicht enthalten und wurden erst im parlamentarischen Verfahren vorgeschlagen.<sup>41</sup> Nach langem Ringen in den Räten nicht durchsetzen konnte sich dagegen eine Bestimmung, nach welcher die Verfahrensregeln unter Berücksichtigung des Zugangs der Parteien zur Justiz bzw. ohne überspitzten Formalismus auszulegen seien.<sup>42</sup>

#### B. Treu und Glauben bei unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen

Nach Art. 52 Abs. 2 nZPO sind unrichtige Rechtsmittelbelehrungen gegenüber allen Gerichten insoweit wirksam, als sie zum Vorteil der Partei lauten, die sich darauf beruft. Auf den ersten Blick mag man darin keine grundlegende Änderung der Rechtslage erkennen, dürfen doch auch nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung einer Partei, die die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung nicht erkennen konnte, keine Rechtsnachteile entstehen.<sup>43</sup> Allerdings ging die Praxis regelmässig davon aus, dass eine anwaltlich vertretene Partei die Unrichtigkeit hätte erkennen müssen.<sup>44</sup> Der Wortlaut von Art. 52 Abs. 2 nZPO unterscheidet nun aber nicht zwischen anwaltlich vertretenen und nicht anwaltlich vertretenen Parteien, was die Praxis bei anderen Bestimmungen

<sup>41</sup> Vgl. AB 2022 N 687.

<sup>42</sup> Der Nationalrat verwarf den Vorschlag in der Differenzvereinbarung (vgl. AB 2023 N 217); WEBER (FN 3), 398.

<sup>43</sup> Statt aller BGer, 5A\_350/2021, 17.5.2021, E. 5.

<sup>44</sup> Statt aller BGer, 4A\_573/2021, 17.5.2022, E. 4; BGer, 5A\_350/2021, 17.5.2021, E. 5.

(beispielsweise bei Art. 56 ZPO) freilich nicht davon abgehalten hat, eine Differenzierung vorzunehmen.<sup>45</sup> Auch vor diesem Hintergrund sind die im parlamentarischen Verfahren mehrfachen Betonungen zu sehen, dass diese Bestimmung auch für anwaltlich vertretene Parteien gelten soll.<sup>46</sup> Angesichts dieser klaren Entstehungsgeschichte ist die Norm grundsätzlich uneingeschränkt auf anwaltlich und nicht anwaltlich vertretene Parteien anwendbar.<sup>47</sup> Freilich bleibt theoretisch der Rechtsmissbrauch vorbehalten,<sup>48</sup> doch darf die Berufung darauf nicht dazu führen, dass über diesen Umweg die vom Parlament ausdrücklich abgelehnte strengere Rechtsprechung des Bundesgerichts für anwaltlich vertretene Parteien weiterhin Geltung beanspruchen kann und insoweit Art. 52 Abs. 2 nZPO für diese zur Makulatur würde. Die ausdrückliche gesetzgeberische Betonung, dass auch anwaltlich vertre-

tene Parteien sich auf unrichtige Rechtsmittelbelehrungen berufen können, könnte auch Rückwirkungen auf die Anwendung anderer Verbesserungsvorschriften (Art. 56 oder Art. 132 ZPO) bei anwaltlich vertretenen Parteien haben. Art. 52 Abs. 2 nZPO wirft indes einige Fragen auf, die hier nur kurz umrissen werden können.

Zunächst erscheint nicht gänzlich klar, wie vorzuziehen ist, wenn ein Gericht in der Rechtsmittelbelehrung das Rechtsmittel der Berufung angibt, obwohl nur die Beschwerde zulässig wäre. Der weite Wortlaut gäbe es u.E. zwar her, zu argumentieren, dass in diesen Fällen aufgrund *der unrichtigen, aber zum Vorteil der Partei gleichwohl wirksamen* Rechtsmittelbelehrung das Rechtsmittel vollständig als Berufung zu behandeln wäre.<sup>49</sup> Doch erscheint es aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte, die vor allem das Erleiden von Nachteilen der (anwaltlich vertretenen) Parteien durch eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung vor Augen hatte<sup>50</sup> und nicht bezweckte, diesen über das nach dem Gesetz vorgesehene Rechtsmittel hinaus prozessuale Vorteile aus unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen zu verschaffen, zweckmässiger, den Wortlaut teleologisch zu reduzieren und das als Berufung erhobene Rechtsmittel gleichwohl lediglich als Beschwerde zu behandeln, d.h. es zu konvertieren.<sup>51</sup> Sofern das als Berufung verfasste, aber als Beschwerde behandelte Rechtsmittel sich als mangelhaft erweist, weil die Partei entsprechend der Regelung bei der Berufung nur eine unrichtige und nicht wie bei der Beschwerde erforderliche offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts rügte (vgl. Art. 310 lit. b im Vergleich zu Art. 320 lit. b ZPO), erfordert u.E. bereits Art. 52 Abs. 2 nZPO die Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung.<sup>52</sup>

Aus ähnlichen Gründen dürfte, wenn ein unanfechtbarer Entscheid eine Rechtsmittelbelehrung enthält, u.E. gleichwohl kein Rechtsmittel geschaffen werden können.

<sup>45</sup> Vgl. statt aller BGer, 4A\_601/2020, 11.5.2021, E. 4.3.2, mit weiteren Verweisen auf die Praxis.

<sup>46</sup> Vgl. AB 2022 S 641 (Votum VARA), «*J'insiste sur ce point: un avocat ou une avocate ne doit pas se voir pénalisé si il ou elle s'en est remis aux indications de l'acte qu'il ou elle conteste.*»; AB 2022 N 2251 (Votum von FALKENSTEIN), «*Ein Beispiel dazu finden wir in Artikel 52a. Absatz 2 wird ergänzt, damit sich der Anwalt und die Klägerschaft auf die Verfahrenshinweise verlassen können. Diese Verlässlichkeit soll immer gelten, unabhängig davon, ob der Rechtssuchende einen Rechtsbeistand hat oder nicht.*»; AB 2022 N 2256 (Votum BREGY), «*Die Gerichte sollen an ihre Rechtsmittelbelehrung gebunden sein, auch dann, wenn sie diese gegenüber Anwälten äussern. Es kann nicht sein, dass das Gericht eine Rechtsmittelbelehrung macht, die falsch ist, und dann die Rechtssuchenden davon betroffen sind.*»; AB 2023 S 6 (Votum BAUER), «*Le Conseil national souhaite introduire un nouvel article 52a rappelant que les tribunaux interprètent les règles de procédure sans formalisme excessif et surtout que, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'indication erronée des voies de droit au pied d'un jugement ou d'une décision fait foi même si la partie était représentée par un mandataire professionnel. Nous vous proposons aujourd'hui de maintenir notre décision de biffer le nouvel article 52a proposé, mais d'aller tout de même à la rencontre du Conseil national en introduisant un alinéa 2 à l'article 52 en ce qui concerne l'indication erronée des voies de droit. Il nous est en effet apparu que si nous pouvions nous rallier à la décision du Conseil national à ce sujet, il n'y avait pas de raison de faire figurer dans le code de procédure civile l'interdiction du formalisme excessif: c'est un principe communément admis et bien connu des praticiens.*».

<sup>47</sup> So auch PHILIPPE BAUER, *Des améliorations utiles, une incongruité et une erreur*, *Anwaltsrevue* 2023, 200 ff., 200; PHILIPP MATTHIAS BREGY, *Die Laienfreundlichkeit in der überarbeiteten ZPO*, *Anwaltsrevue* 2023, 218 ff., 218; CHRISTIAN LÜSCHER, *L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé*, *Anwaltsrevue* 2023, 204 ff., 204; WEBER (FN 3), 399.

<sup>48</sup> FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, *Falsche Rechtsmittelbelehrung: Der Anwalt muss die veröffentlichte Rechtsprechung kennen... vor allem, wenn das Gericht sie übersieht*, *ZPO/CPC-Online* 2022-N 15, N 8; vgl. zu diesem Gedankengang auch bereits PATRICK HONEGGER-MÜNTENER, *Konversion von Rechtsmitteln nach der ZPO: ein kritischer Diskussionsbeitrag*, *AJP* 2022, 939 ff., FN 53.

<sup>49</sup> Der Wortlaut von Art. 52 Abs. 2 nZPO ist deutlich grosszügiger als jener nach Art. 49 BGG, der nur davon spricht, dass den Parteien aus unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen keine Nachteile erwachsen dürfen.

<sup>50</sup> Vgl. dazu die ausführlichen Nachweise in FN 46 hiavor.

<sup>51</sup> Vgl. zur Konversion von Rechtsmitteln vor der ZPO-Revision bereits HONEGGER-MÜNTENER (FN 48), *AJP* 2022, 939 ff.; dadurch lässt sich ein Gleichklang mit Art. 49 BGG schaffen, der u.E. künftig auch bei anwaltlich vertretenen Parteien grosszügiger anzuwenden sein wird; in diesem Sinne wohl auch WEBER (FN 3), 399.

<sup>52</sup> Das Bundesgericht lässt eine Verbesserung mangelhafter Rechtsbegehren bzw. mangelhafter Rechtsmittelbegründungen über Art. 132 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht zu (dazu erstmals BGer, 4A\_659/2011, 7.12.2011, E. 4; BGE 137 III 617 E. 6.4, seither ständige Rechtsprechung). Zu dieser u.E. fragwürdigen Rechtsprechung soll und muss hier (noch) keine Stellung bezogen werden, da sich die Nachfrist bei falscher Rechtsmittelbelehrung unmittelbar aus Art. 52 Abs. 2 nZPO ableiten lässt, da nur so jegliche Nachteile aufgrund einer falschen Rechtsmittelbelehrung verhindert werden können.

Erhebt in einer solchen Konstellation eine Partei entsprechend der Rechtsmittelbelehrung ein Rechtsmittel, sollte u.E. die falsche Rechtsmittelbelehrung aber jedenfalls bei der Kostenverteilung berücksichtigt werden.

Gibt das erstinstanzliche Gericht in der Rechtsmittelbelehrung sodann das Rechtsmittel der Beschwerde an, obwohl eigentlich die Berufung zulässig wäre, so folgt *e contrario* aus Art. 52 Abs. 2 nZPO, dass die unrichtige Rechtsmittelbelehrung unwirksam ist. Art. 52 Abs. 2 nZPO wird wohl auch in solchen Fällen seinem Zweck nach regelmässig die Ansetzung einer kurzen Nachfrist durch die Rechtsmittelinstanz verlangen, damit die durch die unrichtige Rechtsmittelbelehrung betroffene Partei ihr Rechtsmittel entsprechend der vorteilhafteren Berufung begründen kann und durch die Abfassung der Rechtsmitteleingabe nach den Regeln des unzutreffenden Rechtsmittels keine Nachteile erleidet.<sup>53</sup> Jedenfalls muss die Partei aber wohl innert Frist handeln.

### C. Rechtliches Gehör und unbedingtes Replikrecht

Nach Art. 53 Abs. 3 nZPO haben die Parteien das Recht, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen. Das Gericht setzt ihnen dazu eine Frist von mindestens zehn Tagen an. Nach unbenutztem Ablauf der Frist wird Verzicht angenommen. Die Bestimmung, die erst im parlamentarischen Verfahren eingeführt wurde, war zwischen den Räten bis zum Schluss strittig. Der Ständerat wollte die Ansetzung der Frist ins gerichtliche Ermessen stellen und bei ausbleibender Fristansetzung nach zehn Tagen Verzicht annehmen. Am Schluss setzte sich aber der Nationalrat mit der zwingenden Ansetzung einer Frist von mindestens zehn Tagen in der Einigungskonferenz durch.<sup>54</sup> Eine Erwähnung von Art. 53 Abs. 3 nZPO in der Übergangsbestimmung (vgl. Art. 407f nZPO) fehlt.<sup>55</sup>

Der Anwendungsbereich von Art. 53 Abs. 3 nZPO ist nach seinem Wortlaut («sämtliche Eingaben») weit gefasst. Ein gerichtliches Ermessen besteht prinzipiell nur für die Frage, wie lange die Frist zu bemessen ist (mindestens aber zehn Tage), nicht aber für jene, ob überhaupt eine solche zu setzen ist. In den Materialien finden sich immerhin Hinweise, die darauf hindeuten, dass dem Gericht auch in Bezug auf letztere Frage ein gewisses Ermessen zukommt. So führte der Berichterstatter aus, dass die Fristsetzung Entscheidungen über die aufschiebende Wirkung nicht betreffe, da diese von ihrer Natur aus

dringlich seien.<sup>56</sup> In Anschluss daran postuliert die Lehre bereits, dass es Aufgabe des Gerichts sei, eine Interessenabwägung zwischen der Dringlichkeit und dem Anspruch auf rechtliches Gehör vorzunehmen. Eine solche Interessenabwägung soll insbesondere im Massnahmeverfahren stattfinden, obwohl der Gesetzgeber dieses bei der Anwendung von Art. 53 Abs. 3 nZPO nicht vorbehalten habe.<sup>57</sup> Das Konzept der Dringlichkeit ist für die Verweigerung des Replikrechts nicht unproblematisch, zumal im Massnahmeverfahren für den Nachweis des Verfügungsgrunds ohnehin eine zeitliche Dringlichkeit bestehen muss.<sup>58</sup> Es fragt sich, ob für die Interessenabwägung Kriterien gefunden werden könnten, um zwischen der «gewöhnlichen Dringlichkeit», bei der ein Replikrecht besteht, und der «gesteigerten Dringlichkeit», bei der ein Replikrecht entfällt, zu differenzieren, zumal noch die «besondere Dringlichkeit» existiert, bei der eine vorgängige Anhörung der Gegenpartei gänzlich entfällt (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO).

In der Tat erscheint u.E. aber der Wortlaut von Art. 53 Abs. 3 nZPO überschüssend. Der Gesetzgeber bezweckte wohl keine sachlich unbegrenzte Erweiterung des Replikrechts, sondern wollte aus Gründen der Laienfreundlichkeit wohl nur klarstellen, dass die Parteien über ein vorhandenes Replikrecht aufgeklärt werden sollen. Insoweit erscheint es u.E. vertretbar, den Wortlaut teleologisch zu reduzieren und die Frist nur anzusetzen, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör aufgrund der Erheblichkeit des Vorbringens die Gewährung eines Replikrechts verlangt.<sup>59</sup> Im Einzelfall ist die Beantwortung dieser Frage indes freilich eine delikate Angelegenheit, zumal das Risiko einer Gehörsverletzung besteht. Immerhin dürfte bei den routinemässigen Fristerstreckungsgesuchen, die unter den Begriff «sämtliche Eingaben» fallen, kaum je eine zehntägige Frist für die Ausübung des unbedingten Replikrechts anzusetzen sein.<sup>60</sup>

Bedauerlich ist u.E., dass der Gesetzgeber die in der Praxis ohnehin bereits problematische Entwicklung der zahlreichen (prozessual und grundrechtlich oftmals unnötigen) Schriftenwechsel aufgrund des unbedingten Replikrechts nicht adressierte, sondern durch eine nicht gänzlich klare Regelung die Problematik vielleicht gar verschärft hat und damit die Verfahren weiter verzögert.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Vgl. dazu bereits HONEGGER-MÜNTENER (FN 48), 947.

<sup>54</sup> AB 2023 S 242; vgl. auch AB 2022 N 672 (Votum BREGY).

<sup>55</sup> U.E. dürften daher die allgemeinen Übergangsbestimmungen nach Art. 404 f. ZPO anwendbar sein.

<sup>56</sup> AB 2022 N 670 (Votum LÜSCHER); darauf ebenso hinweisend BAPTISTE HURNI/DAVID HOFMANN, *Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé*, *Anwaltsrevue* 2023, 209 ff., 213.

<sup>57</sup> HURNI/HOFMANN (FN 56), 213.

<sup>58</sup> Dazu eingehend OK-HONEGGER-MÜNTENER (FN 24), Vorb. zu Art. 261–269 ZPO und Art. 261 ZPO, N 14 ff.

<sup>59</sup> Im Ergebnis wohl auch HURNI/HOFMANN (FN 56), 213.

<sup>60</sup> Ebenso HURNI/HOFMANN (FN 56), 213.

<sup>61</sup> Vgl. dazu auch WEBER (FN 3), 400, der eine praktikable Handhabung für möglich und notwendig hält.

## IV. Ausstand

Art. 51 Abs. 3 nZPO kodifiziert die bundesgerichtliche Rechtsprechung,<sup>62</sup> wonach die Revision nur subsidiär ist, wenn ein Ausstandsgrund erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt wird. Daher ist vor Erhebung der Revision zu prüfen, ob ein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht.<sup>63</sup> Zugleich wird spiegelbildlich der abschliessende Katalog der Revisionsgründe in Art. 328 Abs. 1 ZPO auch um den Fall des Entdeckens eines Ausstandsgrundes erst nach Abschluss des Verfahrens ergänzt.<sup>64</sup> Wie BOHNET und SCHALLER bereits angemerkt haben, ist es bedauerlich, dass nicht zugleich der Rechtsmittelweg vor Eintritt der formellen Rechtskraft im Gesetz explizit festgehalten wurde.<sup>65</sup>

## V. Parteien und Beteiligung Dritter

### A. Überblick über die Änderungen

Der Gesetzgeber modifiziert die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft (Art. 71 nZPO), der objektiven Klagenhäufung (Art. 90 Abs. 2 nZPO) sowie der Streitverkündungsklage (Art. 81 Abs. 1 und Art. 82 Abs. 1 nZPO).

### B. Einfache Streitgenossenschaft

Bei der einfachen Streitgenossenschaft werden die Voraussetzungen des Art. 71 ZPO im Kern lediglich umformuliert und neu strukturiert. Mit der nun explizit gemachten Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit (lit. c) wird bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert.<sup>66</sup> Weitergehende Bestrebungen hinsichtlich einer Lockerung der in Art. 71 Abs. 2 ZPO (bzw. Art. 71 Abs. 1 lit. b nZPO) vorgesehenen Voraussetzung der gleichen Verfahrensart blieben dagegen im parlamentarischen Verfahren chancenlos.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> BGE 139 III 466 E. 3.4; 139 III 120 E. 2 und 3.1.1; 138 III 702 E. 3.4. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2732 f.

<sup>63</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2774.

<sup>64</sup> BOHNET/SCHALLER (FN 6), 193 f.

<sup>65</sup> BGE 138 III 471 E. 5.1; 142 III 581 E. 2.1; 145 III 460 E. 4.1.2.

<sup>67</sup> Die im Vorentwurf vorgesehene Lockerung, dass die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart bei einzelnen Ansprüchen entfallen kann, wenn diese nur auf dem Streitwert beruht, stiess in der Vernehmlassung auf Kritik und wurde vom Bundesrat nicht in den Entwurf übernommen (vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2733 f.). Parlamentarische Bestrebungen, die Regelung wieder aufzugreifen, waren erfolglos (vgl. AB 2022 N 687; ferner AB 2022 N 2258; AB 2022 S 642; AB 2023 S 6).

## C. Objektive Klagenhäufung

Art. 90 Abs. 2 nZPO geht ebenso auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zurück. Dieses erklärt bereits bislang eine Klagenhäufung auch dann für zulässig, wenn die unterschiedliche sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart lediglich auf dem Streitwert beruht.<sup>68</sup> Wechselt dadurch die streitwertabhängige Verfahrensart, so sind nach Art. 90 Abs. 2 nZPO die Ansprüche gesamthaft im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. Das Bundesgericht hat in der hier kodifizierten Rechtsprechung offengelassen, ob ein sachlicher Zusammenhang zwischen den gehäuften Ansprüchen eine Voraussetzung bildet, um auf den zusammengerechneten Streitwert abzustellen.<sup>69</sup> Der Gesetzgeber hat sich nun wohl mindestens implizit gegen diese Voraussetzung entschieden, da sie – obwohl im Vorentwurf vorgesehen – keinen Eingang in den Entwurf und das verabschiedete Gesetz fand. Es wäre u.E. aber anzudenken gewesen, anstelle der sachlichen Zuständigkeit auch den sachlichen Zusammenhang im Einklang mit Art. 15 Abs. 2 ZPO für die Klagenhäufung ausreichen zu lassen, wie in der Literatur bereits zum geltenden Recht diskutiert wurde.<sup>70</sup>

Unabhängig davon können aber auch künftig Ansprüche nach Art. 125 lit. b ZPO bei Bedarf wieder getrennt werden, wenn die gemeinsame Behandlung unzweckmässig ist.<sup>71</sup> Bei einer Verfahrenstrennung kann sich indessen die Frage stellen, ob für die weiteren Verhandlungen wieder auf einzelne, den Streitwert nicht erreichende (vermögensrechtliche) Ansprüche das vereinfachte Verfahren anzuwenden ist. Nach der überwiegenden Lehre führt allerdings eine blossе Verfahrenstrennung nicht zu einer Änderung der Verfahrensart.<sup>72</sup> Mit SUTTER-SOMM und SEILER wäre eine solche im Fall der Verfahrenstrennung von nach Art. 90 ZPO gehäuften Ansprüchen aber zu erwägen, ge-

<sup>68</sup> BGE 142 III 788 E. 4; BGer, 4A\_442/2017, 28.8.2018, E. 2.3.2.

<sup>69</sup> BGE 142 III 788 E. 4.2.4.

<sup>70</sup> KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER (FN 11), Art. 90 N 5a; siehe auch DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. A., St. Gallen 2014, Art. 90 N 5; zur Problematik der handelsgerichtlichen Zuständigkeit: BERNHARD BERGER, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, ZBJV 148/2012, 465 ff., 477.

<sup>71</sup> KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER (FN 11), Art. 90 N 4; CR CPC-BOHNET, Art. 90 N 11, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. A., Basel 2019 (zit. CR CPC-Verfasser); BK ZPO I-MARKUS (FN 11), Art. 90 N 3.

<sup>72</sup> Vgl. BK ZPO I-FREI (FN 11), Art. 125 N 10 f.; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 125 N 9, in: Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. CHK ZPO-Verfasser); KUKO ZPO-WEBER (FN 11), Art. 125 N 7.

rade um die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO zur Anwendung zu bringen.<sup>73</sup> In der Literatur wurde auch vorgeschlagen, trotz des Verweises in das ordentliche Verfahren weiterhin eine erweiterte gerichtliche Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO anzunehmen.<sup>74</sup> So sinnvoll eine solche direkte Anwendung wäre, sofern einzelne Ansprüche im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind,<sup>75</sup> ist dies u.E. im Rahmen des revidierten Rechts nur schwer zu argumentieren. Der VE-ZPO sah zwar sogar explizit die Anwendung von Art. 247 ZPO vor (vgl. Art. 90 Abs. 3 VE-ZPO). Dieser Vorschlag wurde aber in den Entwurf nicht aufgenommen und fand auch im weiteren Gesetzgebungsprozess keine Berücksichtigung. Freilich könnten die Gerichte dem Regelungsgedanken des Art. 247 ZPO indes über eine grosszügigere Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO Rechnung tragen.<sup>76</sup>

Nicht übersehen werden darf, dass nicht nur die im Gesetz explizit geforderte sachliche, sondern auch «stillschweigend» die internationale und örtliche Zuständigkeit zu beachten bleibt.<sup>77</sup> Zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit nach Art. 15 Abs. 2 ZPO bleibt ein sachlicher Zusammenhang erforderlich.

## D. Streitverkündungsklage

### 1. Allgemeine Voraussetzungen der Streitverkündungsklage

Der Gesetzgeber möchte mit den Änderungen in Art. 81 und 82 Abs. 1 ZPO das offenbar wenig genutzte prozesuale Instrument der Streitverkündungsklage attraktiver machen.<sup>78</sup> Überwiegend handelt sich allerdings um blosse gesetzliche Festschreibungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Künftig enthält Art. 81 Abs. 1 nZPO unter Wegfall des bisherigen Abs. 3 sämtliche Voraussetzungen der Streitverkündungsklage. Der Ingress stellt klar, dass auch Ansprü-

che, die die streitverkündende Person vom Streitberufenen «befürchtet», erfasst sind, d.h. dass eine Streitverkündungsklage auch eine negative Feststellungsklage sein kann.<sup>79</sup> Explizit aufgenommen wurde das Erfordernis des sachlichen Zusammenhanges der Ansprüche (lit. a).<sup>80</sup> Damit möchte der Gesetzgeber klarstellen, dass das Anwendungsfeld der Streitverkündungsklage über Regressansprüche hinausgeht. In der Botschaft werden dazu Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche genannt,<sup>81</sup> bei denen allerdings auch bislang keine Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit bestanden.<sup>82</sup> Die relevantere Frage nach darüber hinausgehenden konnexen Ansprüchen wird nicht angesprochen. Eine Erweiterung scheint mit der blossen Fortschreibung der Rechtsprechung, die verlangt, dass der geltend gemachte Anspruch vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängt,<sup>83</sup> allerdings nicht angestrebt worden zu sein.<sup>84</sup> Neu wird in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>85</sup> auch die Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit in der Bestimmung erwähnt (lit. b). Die bisherige Kritik der Lehre, dass damit das bundesrechtliche Instrument der Verfahrenskoordination durch das kantonale Zuständigkeitsrecht beschnitten werden kann, fand im Gesetzgebungsverfahren offenbar kein Gehör, dürfte u.E. aber – mindestens der Sache nach – auch weiterhin berechtigt sein.<sup>86</sup> Auch die sich nun in lit. c des Abs. 1 wiederfindende Voraussetzung, dass sowohl Hauptklage als auch Streitverkündungsklage im ordentlichen Verfahren durchzuführen sein müssen, entspricht der herrschenden Auffas-

<sup>73</sup> THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Ausgewählte Probleme der Klagenhäufung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 657 ff., 670 f.

<sup>74</sup> KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER (FN 11), Art. 90 N 8.

<sup>75</sup> Noch zur bisherigen Rechtsprechung etwa SUTTER-SOMM/SEILER (FN 73), 670.

<sup>76</sup> Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO 2006), 7275.

<sup>77</sup> KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER (FN 11), Art. 90 N 3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 90 N 15 f; CR CPC-BOHNET (FN 71), Art. 90 N 10.

<sup>78</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2735; siehe auch: Erläuternder Bericht (FN 2), 13, FN 23.

<sup>79</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2735; vgl. bereits NINA J. FREI, Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich 2004, 114 f; zur bisherigen Diskussion siehe auch KUKO ZPO-DOMEJ (FN 11), Art 81 ZPO N 8, m.w.N.

<sup>80</sup> Siehe bereits Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7284; DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 81 N 9, m.w.N., in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm. ZPO-Verfasser).

<sup>81</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2735.

<sup>82</sup> BGE 139 III 67 E. 2.4.3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 81 N 5.

<sup>83</sup> BGE 139 III 67 E. 2.4.3; 142 III 102 E. 3.1; 147 III 166 E. 3.1; zu dieser auch ausführlich MELANIE HUBER-LEHMANN, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/St. Gallen 2018, N 94 ff. und 159 ff.

<sup>84</sup> HUBER-LEHMANN (FN 83), N 166; darauf bezugnehmend auch Universität Bern, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 52 f.; vgl. zur Thematik auch KUKO ZPO-DOMEJ (FN 11), Art 81 N 9.

<sup>85</sup> Beispielsweise BGE 139 III 67 E. 2.4.2.

<sup>86</sup> Zur Kritik KUKO ZPO-DOMEJ (FN 11), Art 81 N 11; BK ZPO I-GROSS/ZUBER (FN 11), Art. 81 N 30; BSK ZPO-FREI, Art 81 N 38, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser); zu unterschiedlichen Fällen HUBER-LEHMANN (FN 83), N 253 ff.

sung zum bisherigen Recht.<sup>87</sup> Der Versuch des Bundesrates im Vorentwurf, auch unterschiedliche Verfahrensarten zuzulassen, die ausschliesslich auf dem Streitwert beruhen, scheiterte am Widerstand der Teilnehmer im Vernehmlassungsverfahren.<sup>88</sup>

## 2. Bezifferung der Streitverkündungsklage

Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die eine Bezifferung der Streitverkündungsklage bereits im Zulassungsantrag verlangt,<sup>89</sup> lässt der Gesetzgeber das Erfordernis der Bezifferung zumindest in gewissem Umfang fallen. Dadurch kann dem Streitverkündungskläger das Prozesskostenrisiko einer Bezifferung «auf Vorrat» abgenommen werden,<sup>90</sup> welches das Bundesgericht im Fall einer bezifferten Hauptforderung bislang als der Streitverkündungsklage inhärent ansah und das nach der Rechtsprechung für sich genommen auch keine Unzumutbarkeit i.S.d. Art. 85 Abs. 1 ZPO begründet.<sup>91</sup>

Nach der Botschaft soll mit der gewählten Formulierung das Absehen vom Erfordernis der Bezifferung auf Regressklagen beschränkt bleiben, die auf Leistung dessen gehen, wozu die streitverkündende Partei im Hauptverfahren verpflichtet wird.<sup>92</sup> Daher dürfte es – abgesehen vom Fall einer bereits aufgrund von Art. 85 ZPO unbezifferten Hauptklage – abseits solcher Regressklagen wohl bei der bisherigen Rechtsprechung<sup>93</sup> bleiben.<sup>94</sup>

Trotz der Hinweise in den Stellungnahmen des Kantons Zürich und der Universität Bern im Vernehmlassungsverfahren<sup>95</sup> hat der Gesetzgeber auch keine Regelung zur Frage eines Mindeststreitwertes bei Nichtbezifferung, der für die sachliche Zuständigkeit oder den Kostenvorschuss von Relevanz ist, getroffen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber hier stillschweigend auf die Ausführungen des Bundesgerichts zurückgreift, dass auf die Höhe

der Hauptklage, die den Maximalbetrag eines möglichen Regresses bildet, abgestellt werden könnte.<sup>96</sup>

## 3. Würdigung

Ob die Streitverkündungsklage durch die vorgenommenen Änderungen tatsächlich neuen Aufwind erhält, darf bezweifelt werden.<sup>97</sup> Immerhin bleibt das erhebliche Kostenrisiko für den Streitverkündungskläger auch nach der Neuregelung bestehen.<sup>98</sup> In der Praxis wird also in der Regel weiterhin auf das Instrument der einfachen Streitverkündung zurückzugreifen sein.

## VI. Klage und Widerklage

### A. Überblick über die Änderungen

Die ZPO-Revision modifiziert die Regelungen über die unbezifferte Forderungsklage (Art. 85 Abs. 2 nZPO) und die Widerklage (Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO).

### B. Unbezifferte Forderungsklage

Nach der erst im parlamentarischen Verfahren eingefügten Änderung des Art. 85 Abs. 2 ZPO hat das Gericht künftig nach dem Abschluss des Beweisverfahrens oder der Auskunftserteilung durch die Parteien oder Dritte eine Frist zur Bezifferung der unbezifferten Forderungsklage anzusetzen.<sup>99</sup> Die Regelung war in den Räten strittig, so dass eine Einigung erst spät in der Differenzbereinigung erzielt werden konnte.<sup>100</sup>

Die Regelung ist u.E. zu begrüßen. Gerade in den Fällen, in denen im Verlauf des Beweisverfahrens die Bezifferung möglich wird, schafft die Ansetzung einer Frist Klarheit darüber, ab welchem Zeitpunkt das Gericht eine Bezifferung als zumutbar erachtet. Die Fristansetzung erfolgt mittels prozessleitender Verfügung (Art. 124 Abs. 1 ZPO). Primäre Adressatin dieser Verfügung ist die klagende Partei, auch wenn der neue Wortlaut von Art. 85 Abs. 2 nZPO von den Parteien spricht. Ob die Frist nach der Abnahme sämtlicher oder eines bestimmten Beweismittels an-

<sup>87</sup> So etwa bereits BGE 139 III 67 E 2.4.2; KUKO ZPO-DOMEJ (FN 11), Art 81 N 12; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 81 N 13; mit guten Argumenten kritisch gegen diesen Ausschluss: LORENZ DROESE, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, SZPP 2010, 305 ff., 310 f.

<sup>88</sup> So explizit Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2736.

<sup>89</sup> BGE 142 III 102; 146 III 290 E. 4.3.1; BGer, 4A\_134/2016, 11.7.2016, E. 1.1.

<sup>90</sup> Vgl. DROESE (FN 87), 315 f.

<sup>91</sup> BGE 142 III 102 E. 5.1.

<sup>92</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2736.

<sup>93</sup> Dazu BGE 142 III 102 E. 3.1.; siehe auch HUBER-LEHMANN (FN 83), N 275.

<sup>94</sup> Kritisch gegenüber dem in der Botschaft als Einschränkung verwendeten Begriff der Regressklagen, da stets die Herausforderung der Bezifferung gegeben sei HUBER-LEHMANN (FN 83), N 304, FN 708.

<sup>95</sup> Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 56 f.

<sup>96</sup> BGE 142 III 102 E. 5.3.1.

<sup>97</sup> Siehe auch die Stellungnahmen der Kantone Bern, Obwalden, St. Gallen, Schaffhausen, Uri, Zürich sowie SVC und SVRH, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 50 ff.

<sup>98</sup> TANJA DOMEJ, Formalismus – haben wir davon zu viel?, in: Florian Eichel/Christoph Humi/Alexander R. Markus (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Bern 2022, 97 ff., 105; Universität Bern, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 56.

<sup>99</sup> STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 819.

<sup>100</sup> Vgl. AB 2022 N 670, 687; AB 2022 S 642; AB 2022 N 2258; AB 2023 S 7; AB 2023 N 217.

gesetzt wird, liegt im richterlichen Ermessen und beurteilt sich anhand des konkreten Falles. Denkbar ist etwa auch, dass die Frist zur Bezifferung bereits mit der Zustellung der Klageantwort angesetzt wird, sofern in letzterer die notwendigen Informationen enthalten sind.<sup>101</sup> Massgeblich ist, dass sich mit den gewonnenen Erkenntnissen die Forderung beziffern lässt. Die Dauer der Frist ist nach richterlichem Ermessen so festzusetzen, dass es der klagenden Partei möglich ist, die neuen Informationen zu verarbeiten. Einfluss haben dementsprechend die Komplexität und der Umfang der neu verfügbaren Informationen. Nötigenfalls kann die gerichtliche Frist erstreckt werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Nach dem klaren Wortlaut hat das Gericht zudem in jedem Fall eine Frist zur Bezifferung anzusetzen,<sup>102</sup> insbesondere auch bei anwaltlich vertretenen Parteien.<sup>103</sup>

Fraglich erscheint, ob das Gericht die Frist auch so ansetzen kann, dass diese mit den Schlussvorträgen zusammenfällt. Der zum Gesetz gewordene Wortlaut von Art. 85 Abs. 2 Satz 1 nZPO sieht dies – entgegen dem Vorschlag des Nationalrates<sup>104</sup> – nicht vor. Gleichwohl sprechen u.E. gute Gründe dafür, diese Frage zu bejahen.<sup>105</sup> Denn in der Hauptverhandlung finden die Schlussvorträge im Anschluss an die Beweisabnahme statt (Art. 232 Abs. 1 ZPO); gerade bei einfachen Verhältnissen, die an einem Termin erledigt werden können, dürfte regelmässig keine spezielle Frist bzw. kein zusätzlicher Termin erforderlich sein, damit die Partei ihre Forderung beziffern kann. Das Gericht hat jedoch auch in diesen Fällen die (anwaltlich vertretene) klagende Partei zur Bezifferung aufzufordern.

Nicht ausdrücklich geregelt hat der Gesetzgeber das Vorgehen, wenn die klagende Partei die Bezifferung trotz Aufforderung unterlässt. Unter dem bisherigen Recht stellten sich ein Teil der Lehre<sup>106</sup> und das Bundesge-

richt<sup>107</sup> auf den Standpunkt, dass mangels Bestimmtheit des Rechtsbegehrens auf die Klage nicht einzutreten sei, wenn die Forderung nicht beziffert wird, sobald dies möglich sei. Ein anderer Teil der Lehre hält demgegenüber dafür, dass der angegebene Mindestwert als geltend gemachte Klageforderung interpretiert werden solle.<sup>108</sup> Unseres Erachtens sprechen auch unter dem revidierten Recht (und trotz gerichtlicher Aufforderung) gute Gründe dafür, letzterer Auffassung zu folgen und die Angabe des Mindestwertes als definitive Bezifferung anzusehen. Dafür spricht nicht nur, dass es Aufgabe des Gerichts ist, wenn immer möglich, eine materielle Beurteilung der Streitsache zu ermöglichen und es verhältnismässig handeln muss, sondern auch, dass sich die klagende Partei nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen muss, mindestens diesen Betrag eingeklagt zu haben. Es soll mithin – auch mit Blick auf die Interessen der Gegenpartei – nicht im Belieben der klagenden Partei stehen, durch eine Nichtbezifferung eine rechtskräftige Beurteilung der Streitigkeit durch das Gericht zu verhindern. Fraglich (und u.E. – aufgrund eines konkludenten Verzichts – wohl eher zu verneinen) ist dann, ob die klagende Partei, die ihr Begehren nicht bezifferte, nach Gutheissung der Klage in Höhe des Mindestwertes noch eine Nachklage über den Restbetrag erheben kann. Bei einer teilweisen Abweisung der Klage ist eine Nachklage jedenfalls ausgeschlossen.

## C. Widerklage

### 1. Widerklage, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wäre, auf eine Hauptklage, die im ordentlichen Verfahren beurteilt wird

Mit dem neuen Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a ZPO wird die Möglichkeit kodifiziert, eine Widerklage, die einzig aufgrund des Streitwertes im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wäre, auf eine Hauptklage, die im ordentlichen Verfahren beurteilt wird, zu erheben. Dies war nach einem grossen Teil der Lehre bereits unter dem bisherigen Recht möglich.<sup>109</sup> Gegenüber der Situation, in der die Klägerin (Widerbeklagte) durch das Erheben der Widerklage vom vereinfachten ins ordentliche Verfahren gezogen wird, ist die Klägerin (Widerbeklagte) bei der hier zu beurteilen-

<sup>101</sup> BSK ZPO-DORSCHNER (FN 86), Art. 85 N 22; SK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 15, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. SK ZPO-Verfasser).

<sup>102</sup> WEBER (FN 3), 399.

<sup>103</sup> Anders zum bisherigen Recht: BGE 148 III 322 E. 4; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 85 N 4; vgl. auch den Hinweis auf die kantonale Rechtsprechung bei BSK ZPO-DORSCHNER (FN 86), Art. 85 N 6.

<sup>104</sup> Vgl. AB 2022 N 2258.

<sup>105</sup> GL.M. HURNI/HOFMANN (FN 56), 215; zum bisherigen Recht: BSK ZPO-DORSCHNER (FN 86), Art. 85 N 22.

<sup>106</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 85 N 5; BSK ZPO-DORSCHNER (FN 86), Art. 85 N 6; DIKE Komm. ZPO-FÜLLEMANN (FN 80), Art. 85 N 3; OFK ZPO-MOHS, Art. 85 N 4, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-Verfasser).

<sup>107</sup> BGE 140 III 409 E. 4.4.

<sup>108</sup> KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER (FN 11), Art. 85 N 9; PC CPC-GROBÉTY/HEINZMANN, Art. 85 N 17, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martenet/Michel Heinzmann (Hrsg.), Petit Commentaire, Code de procédure civile, Basel 2020 (PC CPC-Verfasser); CR CPC-BOHNET (FN 71), Art. 85 N 20.

<sup>109</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2760 m.H.; Frage offen gelassen in BGE 143 III 506 E. 3.2.4.

den Situation weniger schutzbedürftig.<sup>110</sup> Dennoch bringt die Behandlung des Anspruchs im ordentlichen Verfahren für die widerbeklagte Partei auch Nachteile mit sich. So wird etwa die Abwehr in einer Rechtsschrift tendenziell aufwendiger ausfallen, als im vereinfachten Verfahren mit einem mündlichen Parteivortrag. Da sich durch die gemeinsame Behandlung von Klage und Widerklage für die Klägerin (Widerbeklagte) aber auch Vorteile ergeben (z.B. weniger Verhandlungstermine, Synergien im Beweisverfahren), ist die Regelung insbesondere aus prozessökonomischen Überlegungen zu begrüßen.<sup>111</sup>

Wird die Widerklage vom Hauptverfahren abgetrennt (Art. 125 lit. d ZPO) ist u.E. auf die Widerklage für die weiteren Prozessschritte das vereinfachte Verfahren anzuwenden. Dieser Wechsel ist u.E. aufgrund der tieferen Anforderungen des vereinfachten Verfahrens problemlos möglich.

## 2. Negative Feststellungswiderklage auf eine Teilklage

### a. Kodifizierung der Rechtsprechung

Mit Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b nZPO wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>112</sup> kodifiziert, wonach die Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage, die im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist, auf eine einzig aufgrund des Streitwertes im vereinfachten Verfahren zu beurteilende Teilklage möglich ist. Die Klage und die Widerklage werden im ordentlichen Verfahren beurteilt.<sup>113</sup> Während von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowohl die echte<sup>114</sup> als auch die unechte<sup>115</sup> Teilklage erfasst werden,<sup>116</sup> stellt sich aufgrund des Verlaufs des Gesetzgebungsverfahrens die Frage, ob dies auch unter Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b nZPO gilt (dazu unten VI.C.2.c).

<sup>110</sup> KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 224 N 3 m.w.H.

<sup>111</sup> Im Ergebnis KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 224 N 3 m.w.H.; a.A. zum bisherigen Recht etwa STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2013, Bern 2014, N 308, siehe weiter auch die Hinweise in BGE 143 III 506 E. 3.2.4.

<sup>112</sup> BGE 143 III 506 E. 4 (echte Teilklage); 147 III 172 E. 2.3; 145 III 299 E. 2 (unechte Teilklage).

<sup>113</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2760.

<sup>114</sup> Beschränkung eines Anspruchs in quantitativer Hinsicht, z.B. Geltendmachung von CHF 25'000 aus einem Werkvertrag über eine Maschine im Wert von CHF 100'000, vgl. BK ZPO I-MARKUS (FN 11), Art. 86 N 2 m.w.H.

<sup>115</sup> Geltendmachung eines aus sich heraus individualisierbaren Anspruchs von mehreren auf dem gleichen Rechtsgrund beruhenden Ansprüchen, z.B. einen von mehreren fälligen Monatslöhnen von CHF 4500, vgl. BK ZPO I-MARKUS (FN 11), Art. 86 N 3 m.w.H.

<sup>116</sup> Vgl. die Hinweise in FN 112.

### b. Fragliche Notwendigkeit bei der echten Teilklage

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei einer echten Teilklage mit der Abweisung der gesamte Anspruch rechtskräftig abgeurteilt.<sup>117</sup> Im Lichte dieser Rechtsprechung ist fraglich, ob bei der beklagten Partei überhaupt noch ein Feststellungsinteresse hinsichtlich des gesamten Anspruchs besteht.<sup>118</sup> Denn im Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung bietet die negative Feststellungswiderklage nur noch dann einen Nutzen, wenn die echte Teilklage vollständig gutgeheissen und mit der Widerklage geltend gemacht wird, dass der Gesamtanspruch nicht in der von der klagenden Partei behaupteten Höhe besteht.<sup>119</sup> Damit wird jedoch die Notwendigkeit der Kodifizierung in Frage gestellt. Es ist nämlich auch in diesen Fällen für die beklagte Partei einfacher, den Ausgang des Prozesses und die darauffolgende Reaktion der klägerischen Partei abzuwarten.<sup>120</sup> Unter dem neuen Recht reduziert sich für die widerklagende Partei allerdings die finanzielle Belastung, wenn auf ihre negative Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresse nicht eingetreten wird. Denn die Prozesskosten berechnen sich neu nur noch auf der Basis des Streitwertes der Teilklage (Art. 94 Abs. 3 nZPO).<sup>121</sup>

### c. Geltung der neuen Regelung auch bei unechten Teilklagen?

Angesichts des Wortlauts von Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b nZPO, der von *einem Teil eines Anspruchs* spricht, und der expliziten Erwähnung einzig der echten Teilklage in der Bot-

<sup>117</sup> BGE 147 III 345; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER (FN 11), Art. 86 N 10a, m.w.H.

<sup>118</sup> DANIEL MAHRER, Pars pro toto – Die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur echten Teilklage und negativen Feststellungswiderklage, Zürich/Genf 2023, N 121, m.w.H.; LUKAS RUSCH/MICHELLE LINDHOLM/CYRILL A. H. CHEVALLEY, Die Teilklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZZZ 2021, 727 ff., 735; LORENZ DROESE, Neue Entwicklungen und Urteile im Prozessrecht, in: Walter Fellmann (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2021, Zürich/Basel/Genf 2021, 185 ff., 193 f.; vgl. auch KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER (FN 11), Art. 86 N 12; generell zurückhaltend bezüglich des Feststellungsinteresses, FRANK EMMEL, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage, BJM 2012, 61 ff., 82 f.

<sup>119</sup> RUSCH/LINDHOLM/CHEVALLEY (FN 118), 735, m.w.H.; PHILIPP GREMPER/JAKOB MARTIN, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungswiderklage im vereinfachten Verfahren nach der Schweizerischen ZPO, AJP 2011, 90 ff., 96 f.

<sup>120</sup> STEPHEN V. BERTI, Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zugleich ein Beitrag zur Lehre der materiellen Rechtskraft), in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, 39 ff., 50.

<sup>121</sup> Vgl. zu dieser fragwürdigen Regelung auch unten VII.C.

schaft<sup>122</sup> fragt sich, ob die mit BGE 145 III 299 erfolgte Ausdehnung der Rechtsprechung auf unechte Teilklagen auch unter dem neuen Recht Geltung beanspruchen kann.<sup>123</sup> Die Materialien aus der parlamentarischen Beratung geben auf diese Frage keine eindeutige Antwort. Während der Ständerat dem Vorschlag des Bundesrates von Anfang an folgte,<sup>124</sup> wollte der Nationalrat den Wortlaut von Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b nZPO anpassen.<sup>125</sup> Ziel war die Beschränkung der negativen Feststellungswiderklage im vereinfachten Verfahren auf Fälle, in denen das Interesse der Widerklägerin überwiegt. Nationalrat LÜSCHER führte bei der Begründung des Antrags für die Kommission aus, dass dies sowohl für echte als auch für unechte Teilklagen gelten solle. Er nahm dabei auf BGE 147 III 172 Bezug, mit dem die Rechtsprechung zu den unechten Teilklagen bestätigt wurde.<sup>126</sup> Nach dem der Ständerat in der zweiten Beratung am Entwurf des Bundesrates festhielt,<sup>127</sup> folgte der Nationalrat dem Ständerat – und damit dem Entwurf des Bundesrates.<sup>128</sup> In den Wortmeldungen dazu finden sich keine weiteren Hinweise auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu unechten Teilklagen.<sup>129</sup>

Bei der unechten Teilklage liegen unterschiedliche Streitgegenstände vor.<sup>130</sup> Die Zulässigkeit einer negativen Feststellungswiderklage auf eine unechte Teilklage liegt somit nicht ohne Weiteres auf der Hand.<sup>131</sup> Resultiert doch aus der negativen Feststellungsklage auf eine unechte Teilklage, dass über den eingeklagten Streitgegenstand hinaus der Nichtbestand von weiteren Streitgegenständen festgestellt werden soll. Das Bundesgericht betont denn auch, dass die Frage, ob eine echte oder unechte Teilklage vorliegt, v.a. bei der Frage nach dem Feststellungsinteresse von Bedeutung ist.<sup>132</sup> Eine Ausdehnung auf die unechte Teilklage ist u.E. angesichts des Wortlauts und des problematischen Wechsels ins ordentliche Verfahren<sup>133</sup> sowie der unklaren Entstehungsgeschichte eher abzulehnen.<sup>134</sup>

Spricht man sich dagegen für die Anwendbarkeit von Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b nZPO auf die unechte Teilklage aus, bleibt u.E. fraglich, ob Art. 94 Abs. 3 nZPO auch auf diese anwendbar sein sollte. Denn dogmatisch scheint uns schwer zu begründen, weshalb die klägerische Partei für die Beurteilung derjenigen Ansprüche, die mit der negativen Feststellungsklage neu zum Prozessthema werden, in den Genuss von stark reduzierten Gebühren kommen sollte, wenn dies für diese Ansprüche nicht ohnehin vorgesehen ist.<sup>135</sup>

#### d. Probleme und offene Fragen mit Blick auf den Wechsel der Verfahrensart

Insbesondere in den Fällen, in denen die klagende Partei die Teilklage erhoben hat, um von der streitwertabhängigen sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO zu profitieren, wird sie durch den aufgezwungenen Wechsel der Verfahrensart empfindlich getroffen.<sup>136</sup> Darüber hinaus geht die klägerische Partei in den übrigen Fällen, in denen die negative Feststellungswiderklage zulässig ist, durch den Wechsel ins ordentliche Verfahren aber auch der Wohltat der verstärkten Fragepflicht verlustig (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Der Vorentwurf zur Revision der ZPO sah zur Entschärfung dieser Problematik in einem Art. 224 Abs. 2<sup>bis</sup> vor, dass für diejenigen Ansprüche, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind, Art. 247 ZPO sinngemäss anwendbar gewesen wäre.<sup>137</sup> Aufgrund der befürchteten Vermengung der Verfahrensgrundsätze standen die Vernehmlassungsteilnehmer dem vorgeschlagenen Art. 224 Abs. 2<sup>bis</sup> VE ZPO allerdings überwiegend ablehnend gegenüber.<sup>138</sup> Der Bundesrat verzichtete daraufhin auf die Übernahme dieser Bestimmung in seinen Entwurf.<sup>139</sup>

Das Bundesgericht geht in seinen Entscheiden auf den Verlust der Vorteile des vereinfachten Verfahrens in der Konstellation der negativen Feststellungswiderklage nicht näher ein.<sup>140</sup> Dies erstaunt angesichts der Ausführungen in BGE 143 III 506, wo das Bundesgericht in E. 3.2.3 f. be-

<sup>122</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2760.

<sup>123</sup> KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 224 N 2b.

<sup>124</sup> AB 2021 S 683; AB 2022 S 646 f.

<sup>125</sup> AB 2022 N 700 f.

<sup>126</sup> AB 2022 N 670 f. (Votum LÜSCHER),

<sup>127</sup> AB 2022 S 646 f.

<sup>128</sup> AB 2022 N 2260.

<sup>129</sup> AB 2022 N 2256 (Votum LÜSCHER); AB 2022 N 2257 (Votum BREGY).

<sup>130</sup> KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER (FN 11), Art. 86 N 3; MELANIE HUBER-LEHMANN/ZINA CONRAD, Streitgegenstand und gehäufte Teilklage, ZZZ 2017, 254 ff. 258 f.

<sup>131</sup> Vgl. BK ZPO I-MARKUS (FN 11), Art. 86 N 9.

<sup>132</sup> BGE 145 III 299 E. 2.3.

<sup>133</sup> Dazu sogleich VI.C.2.d.

<sup>134</sup> In diese Richtung wohl auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 820; anders demgegenüber FRÖHLICH (FN 111), N 321 ff. u. N 341 ff.; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 224 N 2b.

<sup>135</sup> Vgl. zu dieser fragwürdigen Regelung auch unten VII.C.

<sup>136</sup> Vgl. Pra 2021 Nr. 77 (Anmerkung ANNETTE DOLGE); SEVERIN BOOG, Echte Teilklage im vereinfachten Verfahren und negative Feststellungswiderklage (unter Berücksichtigung von BGE 143 III 506), Zürich/Basel/Genf 2018, N 127; SK ZPO-HAUCK (FN 101), Art. 243 N 13.

<sup>137</sup> Erläuternder Bericht (FN 2), 71.

<sup>138</sup> Bundesamt für Justiz, Übersicht über das Vernehmlassungsverfahren vom 29. Januar 2020, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf> (zit. Übersicht Vernehmlassungsverfahren; Abruf 10.8.2023), 44.

<sup>139</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2759.

<sup>140</sup> Vgl. BGE 143 III 506 E. 4; 145 III 299 E. 2; 147 III 172 E. 2.

tonte, dass die klagende Partei es in der Hand habe, mit ihren Klagebegehren die Verfahrensart zu beeinflussen und dass es dem Schutzzweck von Art. 224 Abs. 1 ZPO zuwiderlaufe, wenn die beklagte Partei durch Erhebung einer Widerklage einen Wechsel ins ordentliche Verfahren bewirken könne.<sup>141</sup> In der Literatur wird allerdings vertreten, dass der klagenden Partei die Schutzwürdigkeit abgeht, da ihr Gesamtanspruch, der mit der negativen Feststellungsklage auf eine *echte* Teilklage zur Diskussion gestellt wird, im ordentlichen Verfahren zu beurteilen wäre.<sup>142</sup> Indes ist die Beeinflussung der Verfahrensart durch die Erhebung einer Teilklage i.d.R. nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen und stellt ein legitimes Interesse dar.<sup>143</sup> Es bleibt aber festzuhalten, dass die Teilklage nicht primär als Instrument des sozialen Zivilprozesses konzipiert ist.<sup>144</sup> Hinzu kommt, dass ein gewichtiges Argument, das gegen die Zulassung der negativen Feststellungswiderklage sprach, nämlich dasjenige der Kostenfolgen, durch den neuen Art. 94 Abs. 3 ZPO invalid geworden ist. Denn die klägerische Partei hat neu auch im Falle des vollständigen Unterliegens hinsichtlich der Widerklage, nur auf der Grundlage des Streitwerts ihrer Teilklage eine Parteientschädigung und die Gerichtskosten zu entrichten (Art. 94 Abs. 3 nZPO). Die maximale Belastung der klagenden Partei ist damit – mit Ausnahme des eigenen Aufwands – auf die Höhe der Kosten begrenzt, die beim vollständigen Unterliegen der Teilklage anfallen würden. Das mit der negativen Feststellungswiderklage einhergehende Kostenrisiko der Teilklägerin wird somit erheblich reduziert. Im Gegenzug wird die Teilklägerin im Falle des Obsiegens hinsichtlich der Widerklage ihre Parteientschädigung aber auch nur gestützt auf den Streitwert der Teilklage erhalten.<sup>145</sup>

Wird auf die negative Feststellungswiderklage nicht eingetreten oder wird sie abgewiesen oder abgetrennt, stellt sich die Frage, welche Verfahrensart auf die Hauptklage anwendbar ist, falls das Gericht nicht zugleich über diese entscheidet und hinsichtlich der Hauptklage noch Verfahrenshandlungen vorzunehmen sind. Unseres Er-

achtens ist diesfalls auch bei zwischenzeitlich erfolgter Überweisung an das Gericht der höheren sachlichen Zuständigkeit (Art. 224 Abs. 2 ZPO) das Verfahren betreffend die Hauptklage im vereinfachten Verfahren weiterzuführen. Der Wechsel zurück ins vereinfachte Verfahren scheint aufgrund der tieferen Anforderungen unproblematisch. Zudem wird so die klagende Partei in ihrer Disposition geschützt.

#### e. Offene Fragen mit Blick auf die Form der Parteiprozesshandlungen und die formelle Prozessleitung

Abgesehen von den Bedenken hinsichtlich der Verfahrensmaximen wirft der Wechsel ins ordentliche Verfahren auch mit Blick auf die Form der Parteiprozesshandlungen und die formelle Prozessleitung Fragen auf. Es ist u.E. bedauerlich, dass der Gesetzgeber diesbezüglich nicht mehr Klarheit geschaffen hat. So ist etwa unklar, welche Formvorschriften für die negative Feststellungswiderklage gelten, die einen Streitwert von über CHF 30'000 aufweist. Da die Widerklage in der Klageantwort (Art. 224 Abs. 1 ZPO), und damit im Rahmen des vereinfachten Verfahrens, zu erheben ist, spricht einiges dafür, dass auch eine solche negative Feststellungswiderklage in den Formen von Art. 244 ZPO erfolgen kann. Es müsste u.E. demnach möglich sein, die negative Feststellungswiderklage mündlich zu erheben.<sup>146</sup> Dies gilt auch, wenn die negative Feststellungswiderklage, die ins ordentliche Verfahren fällt, den Voraussetzungen von Art. 221 ZPO entsprechen müsste, wenn sie als selbständige Klage erhoben würde.

Mit Blick auf den weiteren Verfahrensablauf und die Prozessleitung erscheint es mit GRIEDER, der dies generell für unbegründete Klagen im vereinfachten Verfahren postuliert, und GREMPER/MARTIN u.E. aber gleichwohl wünschenswert, dass die beklagte Partei, wenn sie eine Widerklage erheben will, die ins ordentliche Verfahren fällt, (allenfalls auch anlässlich der Verhandlung) gestützt auf Art. 246 Abs. 2 ZPO um Ansetzung einer Frist für eine schriftliche Klageantwort ersucht.<sup>147</sup> Dieses Vorgehen hat

<sup>141</sup> Vgl. auch die eingehende Kritik zur Auslegung in BGE 143 III 506 bei BOOG (FN 136), N 104 ff. sowie MAHRER (FN 118), N 53 ff.

<sup>142</sup> ALEXANDER WINTSCH/PETER HAFNER, *Neuere Praxis zur Teilklage und deren Auswirkungen auf den arbeitsrechtlichen Prozess*, ARV 2017, 251 ff., 256; FRÖHLICH (FN 111), N 322, 331; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, *Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO*, SJZ 2011, 302 ff., 305 f.

<sup>143</sup> KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER (FN 11), Art. 86 N 1a, die dies aber u.a. gerade auch mit der Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage begründen; SK ZPO-BOPP/BESSENICH (FN 101), Art. 86 N 7; BK ZPO I-MARKUS (FN 11), Art. 86 N 7; EMMEL (FN 118), 66; GREMPER/MARTIN (FN 119), 92.

<sup>144</sup> FRÖHLICH (FN 111), N 322.

<sup>145</sup> Vgl. zu Art. 94 Abs. 3 nZPO auch unten VII.C.

<sup>146</sup> FRANZISKA RHINER/MARC WOHLGEMUTH, BGer 4A\_576/2016: Relevanz der gleichen Verfahrensart bei negativer Feststellungswiderklage auf eine echte Teilklage, AJP 2018, 111 ff., 115.

<sup>147</sup> ALAIN GRIEDER, *Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Diss. Basel 2015, Basel 2016, N 824 f.; GREMPER/MARTIN (FN 119), 97; vgl. auch SK ZPO-HAUCK (FN 101), Art. 245 N 5; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 245 N 7, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bd. II, Art. 150–352 ZPO und 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO II-Verfasser); dass die Widerklage bei Vorliegen einer begründeten Klage allerdings zwingend bereits in der schriftlichen Stellungnahme i.S.v. Art. 245 Abs. 2 ZPO zu erheben ist, wie dies GRIEDER, a.a.O., in N 826 ff. fordert, ist u.E. mit Blick auf

u.E. den Vorteil, dass die widerklageeinleitende Verfahrenshandlung in schriftlicher Form vorliegt. Zudem dürfte es für die Teilklägerin (Widerbeklagte) einfacher sein, die Widerklageantwort gestützt auf einen Schriftsatz zu verfassen, als wenn sie dies gestützt auf die Protokolle der mündlichen Klageantwort tun müsste. Problematisch ist diesfalls allerdings, dass es zu einer Ungleichbehandlung hinsichtlich der Schriftsätze im Hauptverfahren kommt, da die Teilklägerin sich zu ihrer Klage erst mündlich geäußert hat. Um dieser Ungleichbehandlung zu begegnen, ist in diesen Fällen im ordentlichen Verfahren u.E. ein Schriftenwechsel hinsichtlich der Hauptklage anzusetzen, der mit einer Triplik der Klägerin endet. Da bereits die schriftliche Replik auf die Klageantwort im Hauptverfahren die zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit<sup>148</sup> der Klägerin darstellt, ist u.E. in dieser Triplik der Hauptklägerin das Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2 nZPO möglich. Damit das Problem der Ungleichbehandlung hinsichtlich der Schriftsätze gar nicht entsteht, ist es u.E. zulässig, dass die beklagte Partei im Rahmen ihrer mündlichen Klageantwort (oder bereits davor), eine vorbereitete schriftliche Widerklage einreicht.

Fraglich ist weiter, zu welchem Zeitpunkt die Überweisung der Haupt- und Widerklage in das ordentliche Verfahren stattzufinden hat. Der Ingress von Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO hält einzig fest, dass die gemeinsame Beurteilung im ordentlichen Verfahren erfolgt. Da möglichst rasch klar sein sollte, wie das Verfahren fortgesetzt wird, sollte u.E. eine Überweisung ins ordentliche Verfahren so bald als möglich nach der Erhebung der negativen Feststellungswiderklage erfolgen. Zudem gilt es eine Vermengung der beiden Verfahrensarten möglichst zu vermeiden. Die widerbeklagte Partei (Hauptklägerin) muss aber im vereinfachten Verfahren indessen zumindest die Möglichkeit haben, sich zur Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage zu äussern,<sup>149</sup> bevor die Haupt- und Wider-

klage in das ordentliche Verfahren überwiesen werden.<sup>150</sup> Denn im vereinfachten Verfahren ist vor der Überweisung ins ordentliche Verfahren über die Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage zu entscheiden.<sup>151</sup> Dabei hat sich die Prüfung des Gerichts im vereinfachten Verfahren darauf zu beschränken, ob die Widerklage rechtzeitig erhoben wurde, sich die negative Feststellungsklage auf das gleiche Recht wie die Hauptklage bezieht (bzw. mit dieser in einem hinreichenden sachlichen Zusammenhang steht, wenn auch die unechte Teilklage unter Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b nZPO fallen sollte) und die Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens einzig streitwertabhängig ist.

Nachdem über die Zulässigkeit der Widerklage entschieden wurde und das Protokoll der Verhandlung im vereinfachten Verfahren vorliegt, ist u.E. im ordentlichen Verfahren der hauptklagenden (widerbeklagten) Partei eine Frist zur Erstattung einer schriftlichen Replik auf die Klageantwort bzw. zur schriftlichen Widerklageantwort anzusetzen. Nach Eingang der Replik/Widerklageantwort ist der hauptbeklagten (widerklagenden) Partei Frist zur schriftlichen Duplik hinsichtlich der Hauptklage und Replik zur Widerklage anzusetzen. Während für die beklagte (widerklagende) Partei diese schriftliche Äusserungsmöglichkeit die letzte Gelegenheit darstellt, Tatsachen und Beweismittel sowohl hinsichtlich der Hauptklage als auch der Widerklage uneingeschränkt vorzubringen, kann sich die hauptklagende (widerbeklagte) Partei im Rahmen einer Duplik zur Widerklage diesbezüglich ein letztes Mal uneingeschränkt äussern. So wird gewährleistet, dass über den Verfahrenswechsel hinaus das jeweils zweimalige freie Äusserungsrecht gewahrt bleibt.<sup>152</sup> Nach RHINER/WOHLGEMUTH ist diese jeweils zweite Äusserungsmöglichkeit zur Hauptklage bzw. Widerklage alternativ auch im ordentlichen Verfahren mündlich möglich.<sup>153</sup> Es erscheint u.E. jedoch zumindest diskutabel, ob mit Blick auf die grundsätzlich schriftliche Instruktionsphase des ordentlichen Verfahrens den Parteien nicht zwingend die Möglichkeit gegeben werden muss, sich mindestens einmal schriftlich zu äussern. Da im Rahmen des ersten Parteivortrags im vereinfachten Verfahren die klagende Partei, u.U. unterstützt durch das Gericht, die Möglichkeit hatte, ihre Klage zu begründen, genügen u.E. jedenfalls

die Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens abzulehnen (BK ZPO II-KILLIAS, Art. 245 N 16; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER [FN 106], Art. 245 N 7; OGer ZH, NP150010, 29.05.2015, E. 3; für einen kurzen Überblick des Meinungsstands zur umstrittenen Frage der Qualifikation der schriftlichen Stellungnahme: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER [FN 72], Art. 245 N 7; dazu eingehend jüngst CORDULA LÖTSCHER/DANIEL PFÄFFLI/IVAN RUPRECHT, Säumnis im vereinfachten Verfahren der ZPO – von verpassten Chancen und Laienfreundlichkeit, in: Florian Eichel/Christoph Hurni/Alexander R. Markus (Hrsg.), Der soziale Zivilprozess, Bern 2023, 17 ff., 28 ff.).

<sup>148</sup> BGE 146 III 55 E. 2.3.1 m.w.H., dies bleibt auch unter dem neuen Recht so (siehe unten XIV.B); zur Ausnahme im summarischen Verfahren: BGE 144 III 117 E. 2.2.

<sup>149</sup> Vgl. OGer ZH, RA200011, 17.9.2020, E. 1a.

<sup>150</sup> Anders wohl RHINER/WOHLGEMUTH (FN 146), 115.

<sup>151</sup> BGer, 4A\_534/2020, 29.1.2021, E. 2.4; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 86), Art. 224 N 62.

<sup>152</sup> Wird die Widerklage mündlich erhoben, entsteht eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Schriftsätze im Verfahren der Widerklage. Zur Lösung ist hier der Widerklägerin eine Triplik zuzugestehen (siehe dazu die entsprechenden Ausführungen weiter oben zur Ungleichbehandlung hinsichtlich der Hauptklage).

<sup>153</sup> RHINER/WOHLGEMUTH (FN 146), 115.

die Replik und Duplik zur Klage, um diesbezüglich noch nicht vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Es ist damit nicht nötig, zusätzlich noch die ersten Parteivorträge schriftlich zu wiederholen.<sup>154</sup>

Bei einer vereinfachten Klage ohne Begründung stellt sich die Frage, ob die Feststellungswiderklage bereits gestützt auf die Zustellung der Klage erhoben werden kann. Da eine Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren erhoben werden kann (vgl. Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO a.E.), in dem es keine förmliche Klageantwort gibt, sollte u.E. die negative Feststellungswiderklage bereits aufgrund der Zustellung der unbegründeten Klage erhoben werden können.<sup>155</sup> Denn ein anstehender Wechsel der Verfahrensart sollte so schnell wie möglich bekannt werden. Zu beachten ist, dass sich die klagende Partei in diesem Fall noch nicht umfassend zu ihren Ansprüchen geäußert hat. Es wäre daher u.E. kaum mit dem rechtlichen Gehör vereinbar, wenn die Klage ohne vorherige Verhandlung, an der die klagende Partei u.U. unter Hilfestellung des Gerichts (Art. 247 ZPO) ihre Klage begründen konnte, ins ordentliche Verfahren überwiesen würde.

## VII. Streitwert

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich der Streitwertberechnung fügt der Gesetzgeber eine neue Bestimmung zur Verbandsklage (Art. 94a nZPO) und zur Widerklage (Art. 94 Abs. 3 nZPO) in die ZPO ein.

### B. Verbandsklage

Mit Art. 94a nZPO adressiert der Gesetzgeber die Problematik, dass nach bisherigem Recht Lehre und Rechtsprechung für die Berechnung des Streitwerts einer Verbandsklage teilweise auf das Kollektivinteresse der betroffenen Personen abstellten,<sup>156</sup> was zu hohen Streitwerten und da-

mit hohen Kostenrisiken des klagenden Verbands führte. Nach dem revidierten Recht hat das Gericht den Streitwert unter Berücksichtigung der Interessen der einzelnen Angehörigen der betroffenen Personengruppe und der Bedeutung des Falles ermessensweise festzulegen, soweit sich die Parteien über den Streitwert nicht einigen können oder ihre Angaben dazu offenkundig unrichtig sind. Die berücksichtigten Interessen dürfen dabei nach der Botschaft nicht mit dem Kollektivinteresse oder dem kumulierten Interesse der betroffenen Personen gleichgesetzt werden.<sup>157</sup> Die Anpassung ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, in der Schweiz bestehen im Bereich der kollektiven Rechtsdurchsetzung aber nach wie vor Lücken, die hoffentlich im Rahmen der künftigen Gesetzgebung mindestens teilweise behoben werden.<sup>158</sup>

### C. Widerklage

Nach Art. 94 Abs. 3 nZPO berechnen sich die Prozesskosten bei einer Widerklage auf eine Teilklage künftig auf der Grundlage des Streitwerts der Teilklage (als Hauptklage). Die Norm geht auf das parlamentarische Verfahren zurück und war vom Nationalrat zunächst als Art. 224 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. c nZPO vorgesehen,<sup>159</sup> bevor sie aus systematischen Gründen in Art. 94 ZPO eingefügt wurde.<sup>160</sup>

Die Norm, die jedenfalls im Parlament kaum diskutiert wurde, zielt darauf ab, dass die klagende Partei, die eine Teilklage einreicht, um das Prozesskostenrisiko zu beschränken, von diesem Vorteil auch dann profitieren kann, wenn die beklagte Partei eine negative Feststellungswiderklage erhebt.<sup>161</sup> Inwieweit der Teilkläger dadurch tatsächlich geschützt wird, ist u.E. mindestens diskutabel. Einerseits setzt die Neuregelung nämlich der beklagten Partei zusätzliche Anreize, eine Widerklage zu erheben, trägt sie doch künftig kein (zusätzliches) Prozesskostenrisiko und damit letztlich auch keine Kostenvorschusspflicht.<sup>162</sup> Andererseits führt sie dazu, dass selbst wenn der Teilkläger auch in Bezug auf die negative Feststellungsklage obsiegen mag, die ihm gesamthaft zustehende Parteientschädigung ebenso nur auf Grundlage des Streitwerts der Teilklage

<sup>154</sup> RHINER/WOHLGEMUTH (FN 146), 115; a.A. BOOG (FN 136), N 126 der sich für eine schriftliche Wiederholung der ersten Parteivorträge ausspricht; ebenfalls in diese Richtung wohl WINTSCH/HAFNER (FN 142), 259.

<sup>155</sup> Vgl. KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 224 N 14; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 224 N 4; DIKE Komm. ZPO-PAHUD (FN 80), Art. 224 N 12; OFK ZPO-ENGLER (FN 106), Art. 224 N 6; a.A. CR CPC-TAPPY (FN 71), Art. 224 N 12; SK ZPO-LEUENBERGER (FN 101), Art. 224 N 21.

<sup>156</sup> HGer ZH, HG170181, 12.7.2018, E. 4.1; zu Art. 10 UWG auch JOHANN ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, sic! 2002, 493 ff., 505 siehe dagegen auch ARNOLD F. RUSCH/ANDREAS SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, 683 ff., 690 f.

<sup>157</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2739.

<sup>158</sup> Vgl. zu diesen Bestrebungen den bundesrätlichen Entwurf und die Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021 3048.

<sup>159</sup> Vgl. AB 2022 N 2260.

<sup>160</sup> AB 2023 S 7 (Votum BAUER).

<sup>161</sup> AB 2022 N 2256 (Votum LÜSCHER); ferner auch bereits HURNI/HOFMANN (FN 56), 215.

<sup>162</sup> Zur Frage, ob überhaupt noch ein Feststellungsinteresse an einer negativen Feststellungsklage besteht oben VI.C.2.b.

zugesprochen werden kann. Die Eingrenzung des Prozesskostenrisikos ist insoweit für den Teilkläger nicht gratis.

Der Wortlaut des Art. 94 Abs. 3 nZPO liesse sich prinzipiell so verstehen, dass die Norm nicht nur bei negativen Feststellungswiderklagen eingreift, sondern in allen Fällen, in denen widerklageweise auf eine Teilklage reagiert wird, selbst wenn diese in überhaupt keinem sachlichen Zusammenhang zur Teilklage steht (Konnexität ist ja nur bei fehlender anderweitiger örtlicher Zuständigkeit erforderlich, vgl. Art. 14 Abs. 1 ZPO). Angesichts dessen, dass Art. 94 Abs. 3 nZPO ohnehin nicht systemkonform erscheint, ist u.E. eine solch weite Auslegung abzulehnen. Vielmehr sollte der Anwendungsbereich des Art. 94 Abs. 3 nZPO teleologisch auf Fälle der negativen Feststellungswiderklage reduziert werden, was wohl auch der Intention des Gesetzgebers entsprach.<sup>163</sup> Im Übrigen sollte es auch bei Widerklagen auf Teilklagen bei der allgemeinen Regelung nach Art. 94 Abs. 2 ZPO bleiben.

## VIII. Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich des Kostenrechts enthält die revidierte ZPO Änderungen bei den Normen über die Tarife (Art. 96 nZPO), den Kostenvorschuss (Art. 98 nZPO), die Verteilung bei mehreren Streitgenossen (Art. 106 Abs. 3 nZPO), die Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 nZPO) und die unentgeltliche Rechtspflege bei der vorsorglichen Beweisführung (Art. 118 Abs. 2 nZPO).

### B. Tarife und Anspruch der Vertretung auf Parteientschädigung

Das revidierte Recht versieht die Tarifhoheit der Kantone bei den Prozesskosten (Art. 96 ZPO) mit dem Vorbehalt der Gebührenregelung nach Art. 16 Abs. 1 SchKG. Dabei handelt es sich nur um eine Klarstellung, da dies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>164</sup> – obwohl dies die kantonalen Gerichte teilweise anders sahen<sup>165</sup> – bereits

nach bisherigem Recht galt.<sup>166</sup> Eine weitergehende Beschränkung der kantonalen Tarifhoheit war im Nationalrat dagegen chancenlos.<sup>167</sup> Dies ist u.E. bedauernd, da kaum sachliche Gründe dagegen sprechen, auch für die ZPO einen einheitlichen Gebührentarif vorzugeben.<sup>168</sup>

Art. 96 ZPO wird im revidierten Recht zudem mit einem neuen Abs. 2 ergänzt, wonach die Kantone vorsehen können, dass die Anwältin oder der Anwalt über einen ausschliesslichen Anspruch auf die Parteientschädigung verfügt. Die Regelung war im parlamentarischen Verfahren bis zum Schluss strittig, da der Ständerat einen schliesslich entfallenen Vorbehalt der Abrechnung mit der Klientschaft in die Norm aufnehmen wollte.<sup>169</sup> Trotz der Nichtaufnahme dieses Vorbehalts dürfte er jedenfalls der Sache nach gelten. Es bleibt abzuwarten, wie viele Kantone diese neue Möglichkeit nutzen werden.<sup>170</sup>

### C. Halbierung der Gerichtskosten-vorschüsse

Die Regelung über den Kostenvorschuss erfährt eine grundlegende Änderung. Nach Art. 98 Abs. 1 nZPO können das Gericht und die Schlichtungsbehörde von der klagenden Partei künftig nur noch einen Vorschuss von höchstens der Hälfte statt wie bisher der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Ein Vorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten kann aber weiterhin in Verfahren nach Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO (internationale Handelsstreitigkeiten)<sup>171</sup> und Art. 8 ZPO, im Schlichtungsverfahren, im summarischen Verfahren mit Ausnahme der vorsorglichen Massnahmen nach Art. 248 lit. d ZPO und der familienrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 271, Art. 276, Art. 302 und Art. 305 ZPO sowie im Rechtsmittelverfahren (Art. 98 Abs. 2 lit. a-d nZPO) verlangt werden. Von der ursprünglich im Vorentwurf vorgesehenen Halbierung der Kostenvorschüsse für alle Verfahren nahm dabei bereits der bundesrätliche Entwurf (aufgrund der Kritik einer knappen Mehrheit der Kantone im Vernehmlassungsverfahren) Abstand.<sup>172</sup> Die Differenzierung scheint nicht primär

<sup>163</sup> Vgl. AB 2022 N 2256 (Votum LÜSCHER); in diesem Sinne wohl auch HURNI/HOFMANN (FN 56), 215; im Ergebnis ebenso STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 821, die indes diesfalls für eine Zusammenrechnung der Streitwerte über Art. 93 Abs. 1 ZPO plädieren, da es sich trotz des formellen Bestandes einer Widerklage faktisch um eine objektive Klagenhäufung handle.

<sup>164</sup> BGE 139 III 195 E. 4.2.

<sup>165</sup> In diesem Sinne beispielweise OGer ZH, PS110024, 23.2.2011, E. 2, in: BLSchK 2011, 68.

<sup>166</sup> Vgl. auch Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2740; ferner WEBER (FN 3), 382.

<sup>167</sup> Vgl. zur Debatte AB 2022 N 680 ff., insb. 688; ferner WEBER (FN 3), 381 f.

<sup>168</sup> Vgl. aber zu Bestrebungen den einheitlichen Gebührentarif im SchKG zu streichen WEBER (FN 3), 382 FN 14.

<sup>169</sup> Vgl. AB 2021 S 674 und AB 2023 S 243; vgl. dazu auch BAUER (FN 47), 200 f.

<sup>170</sup> WEBER (FN 3), 385.

<sup>171</sup> Vgl. dazu oben II.C.2.

<sup>172</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2740; kritisch ARNOLD MARTI, ZPO-Revision, Anwaltsrevue 2021, 17 ff., 18.

durch sachliche Gründe gerechtfertigt zu sein, sondern ist wohl eher Ausdruck eines politischen Kompromisses.<sup>173</sup>

Auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen mag, dass die Schlichtungsbehörde nach Art. 98 Abs. 1 nZPO künftig einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen darf, nach Art. 98 Abs. 2 lit. b nZPO für das Schlichtungsverfahren aber wie bis anhin einen Vorschuss in Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten erheben kann. Sofern man in der Erwähnung der Schlichtungsbehörde in Art. 98 Abs. 1 nZPO nicht ohnehin ein gesetzgeberisches Versehen sehen will, hat die Norm wohl nur für das Entscheidungsverfahren nach Art. 212 ZPO eine Bedeutung. Dann könnte die Schlichtungsbehörde nach Art. 98 Abs. 1 nZPO – soweit überhaupt Gerichtskosten erhoben werden dürfen – höchstens einen Vorschuss in Höhe der Hälfte der mutmasslichen (zusätzlichen) Gerichtskosten verlangen. Als solche kämen neben einer zusätzlichen Pauschale für den Entscheid der Schlichtungsbehörde<sup>174</sup> vor allem Kosten für die Beweisführung in Betracht.<sup>175</sup> Allerdings dürfte die Erhebung solcher Kostenvorschüsse im Regelfall ohnehin nicht zweckmässig sein, steht doch erst anlässlich der Schlichtungsverhandlung fest, ob die Schlichtungsbehörde ein Entscheidungsverfahren durchführt, und wäre mit der Erhebung eines Kostenvorschusses wohl eine Vertagung der Verhandlung erforderlich.<sup>176</sup>

Obwohl die Regelung über den Kostenvorschuss nach wie vor als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist, ist angesichts der bisherigen Praxis leider wohl eher davon auszugehen, dass die Gerichte im Regelfall den maximal zulässigen Kostenvorschuss einverlangen werden.<sup>177</sup> Für eine Praxisänderung könnte immerhin sprechen, dass die Gerichte nach dem revidierten Recht den Kostenvorschuss bei fehlender Kostenpflicht der vorschusspflichtigen Partei in keinem Fall mehr verrechnen dürfen (vgl. Art. 111 Abs. 1 nZPO),<sup>178</sup> womit das Interesse an hohen Kostenvorschüssen jedenfalls aus Sicht des Inkassorisikos des Kantons

entfällt, sofern die Eingabe der Partei aussichtsreich ist. Vor diesem Hintergrund dürfte es sich anbieten, bei der Frage, ob und in welcher Höhe das Gericht einen Kostenvorschuss verlangen sollte, auch eine freilich sehr provisorische Einschätzung der Erfolgchancen der Eingabe zu berücksichtigen. Die im revidierten Recht vorgesehene Lösung geht u.E. ansonsten in die richtige Richtung, ist doch zwischenzeitlich mehrfach belegt worden, dass die hohen Kostenvorschüsse eine wesentliche Zugangsbarriere zum Recht darstellen.<sup>179</sup> Ob die Halbierung der Kostenvorschüsse hier genügend Abhilfe schafft, wird sich in der Praxis weisen müssen.

#### D. Verteilung der Prozesskosten bei mehreren Haupt- oder Nebenparteien

Das Gericht kann nach Art. 106 Abs. 3 nZPO künftig nur noch bei der notwendigen Streitgenossenschaft auf solidarische Haftung der Streitgenossen für die Prozesskosten erkennen. In den übrigen Fällen der Beteiligung mehrerer Personen als Haupt- oder Nebenparteien tragen diese die Prozesskosten lediglich noch nach Massgabe ihrer Beteiligung am Prozess. Durch den Wegfall der solidarischen Haftung soll insbesondere die (einfache) Streitgenossenschaft gerade auch in Massenschadensfällen attraktiver gemacht werden.<sup>180</sup> Die Stossrichtung der Revision von Art. 106 Abs. 3 ZPO ist zu begrüssen.<sup>181</sup> Sie reduziert das Prozessrisiko der Streitgenossen und erleichtert damit die sinnvolle Bündelung von Ansprüchen. Ob allerdings die (einfache) Streitgenossenschaft dadurch für die grossflächige kollektive Durchsetzung von Ansprüchen fruchtbarer wird, ist u.E. doch eher zweifelhaft.<sup>182</sup>

<sup>173</sup> Vgl. in diese Richtung wohl auch bereits BOHNET/SCHALLER (FN 6), 206.

<sup>174</sup> Im Kanton Zürich kann die Gebühr für das Schlichtungsverfahren bei einem Entscheid der Schlichtungsbehörde beispielsweise um die Hälfte erhöht werden (s. § 3 Abs. 3 GebV OG/ZH).

<sup>175</sup> Vgl. dazu CLAUDE SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2015, N 257.

<sup>176</sup> Ebenso in Bezug auf Vorschüsse für die Beweisführung SCHRANK (FN 175), N 257.

<sup>177</sup> Statt aller BGE 140 III 159 E. 4.2, wonach die Erhebung des vollen Vorschusses die Regel und die Verfügung eines geringeren oder gar keines Kostenvorschusses die Ausnahme sei; ferner WEBER (FN 3), 382 f.

<sup>178</sup> Vgl. zu dieser Regelung unten VIII.E.

<sup>179</sup> Vgl. etwa die Untersuchungen von ISAAK MEIER/RICCARDA SCHINDLER, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, 29 ff.; DOMINIK VOCK/STEFANIE FUCHS, Kostenvorschuss im Zivilprozessrecht – eine neue Form der Rechtsverweigerung?, ZZZ 2019, 285 ff.; INGRID JENT-SØRENSEN/ISAAK MEIER, Was dürfen Zivilgerichte kosten? Ein Plädoyer für einen Verzicht auf prohibitive Gerichtskosten und Kostenvorschüsse, ZZZ 2021, 498 ff. und 605 ff.; ferner BAUER (FN 47), 201.

<sup>180</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2743; ferner WEBER (FN 3), 384.

<sup>181</sup> Eine ähnliche Lösung sah Art. 97 Abs. 3 des Vorentwurfs zur ursprünglichen ZPO vor, vgl. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, 56. Die Norm wurde indes aufgrund von Einwänden im Vernehmlassungsverfahren abgeändert, vgl. Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7296.

<sup>182</sup> Zurückhaltend wohl auch WEBER (FN 3), 384.

## E. Liquidation der Prozesskosten

Nach Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 nZPO tragen künftig die Kantone das Inkassorisiko für die Gerichtskosten in allen Fällen, in denen die vorschusspflichtige Partei nicht kostenpflichtig ist. Allfällige Kostenvorschüsse der nicht kostenpflichtigen Partei sind zurückzuerstatten und die Gerichtskosten bei der kostenpflichtigen Partei nachzufordern. Der Gesetzgeber lehnt damit die vom Bundesrat – aufgrund des Widerstands einer Mehrheit der Kantone im Vernehmlassungsverfahren<sup>183</sup> – im Entwurf aufgenommene abgeschwächte Übertragung des Inkassorisikos ab.<sup>184</sup> Unseres Erachtens ist die Neuregelung grundsätzlich zu begrüssen. Die gänzliche Übertragung des Inkassorisikos auf die Kantone erscheint gerechtfertigt, da sie eine Hürde für den Zugang zum Recht beseitigt.<sup>185</sup>

Fraglich scheint, ob die Pflicht zur Rückzahlung der Gerichtskostenvorschüsse auch für Rechtsöffnungs- und Konkursverfahren vor dem Rechtsöffnungs- bzw. dem Konkursgericht gilt oder nicht. In der Lehre ist bereits darauf hingewiesen worden, dass hier ein gewisser Widerspruch zu Art. 68 Abs. 1 SchKG bestehen könne, wonach der Gläubiger grundsätzlich die Betreibungskosten vorzuschüssen habe.<sup>186</sup> Unseres Erachtens sprechen aber die besseren Gründe dafür, eine Rückzahlungspflicht zu bejahen. Zum einen ist der klare Wille des Gesetzgebers zu beachten, der den Vorschlag des Bundesrates, die meisten summarischen Verfahren (und damit auch Rechtsöffnungs- und Konkursverfah-

ren) von der Rückzahlungspflicht auszunehmen, deutlich ablehnte.<sup>187</sup> Zum anderen war – wie dies das Obergericht des Kantons Zürich zutreffend feststellte<sup>188</sup> – für die Vorschusspflicht in gerichtlichen Rechtsöffnungs- und Konkursverfahren bereits nach bisherigem Recht nicht Art. 68 SchKG einschlägig, sondern Art. 98 und Art. 111 ZPO. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 68 SchKG regelt die dortige Vorschusspflicht nämlich lediglich die Kostenvorschusspflicht gegenüber dem Betreibungsamt, nicht aber jene gegenüber dem Gericht. Für eine abweichende Behandlung dieser summarischen Verfahren bestehen auch kaum sachliche Gründe.

## F. Unentgeltliche Rechtspflege für die vorsorgliche Beweisführung

Nach Art. 118 Abs. 2 Satz 2 nZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege künftig auch für die vorsorgliche Beweisführung gewährt werden. Der Gesetzgeber korrigiert damit die – von der überwiegenden Lehre abgelehnte<sup>189</sup> – bundesgerichtliche Rechtsprechung,<sup>190</sup> wonach die unentgeltliche Rechtspflege für die vorsorgliche Beweisführung nicht gewährt werden könne, weil es in diesem Verfahren nicht um die Beurteilung materiellrechtlicher Rechte und Pflichten gehe und dem Gesuchsteller kein Rechtsverlust drohe.<sup>191</sup> Diese Korrektur ist u.E. zu begrüssen und ein Schritt in die richtige Richtung, um die vorsorgliche Beweisführung auch für minderbemittelte bzw. nicht rechtsschutzversicherte Personen zugänglich zu machen. Bedauerlich ist dagegen, dass es der Gesetzgeber versäumt hat, sich zugleich zu anderen problematischen Aspekten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (namentlich zum schutzwürdigen Interesse oder zur Kostentragungspflicht)<sup>192</sup> zu äussern bzw. korrigierend einzugreifen.

## IX. Sprache

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich der Regelungen zur Sprache enthält die ZPO-Revision Neuerungen bei der Verfahrenssprache (Art. 129 Abs. 2 nZPO), bei der Sprache im summarischen Ver-

<sup>183</sup> Übersicht Vernehmlassungsverfahren (FN 138), 10. Der erhebliche Widerstand in den Kantonen war ursprünglich auch der Grund dafür, weshalb das Inkassorisiko nicht bereits bei Erlass der ursprünglichen ZPO auf die Kantone übertragen wurde, wie dies im Vorentwurf der Expertenkommission eigentlich vorgesehen gewesen wäre, vgl. dazu Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7299.

<sup>184</sup> Der Bundesrat schlug aufgrund der Vernehmlassung im Entwurf vor, in den Fällen des Art. 98 Abs. 2 nZPO am bisherigen System festzuhalten, vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2744; kritisch dazu MARTI (FN 172), 18.

<sup>185</sup> Vgl. dazu auch MARTI (FN 172), 19; ferner auch bereits BAUER (FN 47), 201; a.A. offenbar BOHNET/SCHALLER (FN 6), 206, die darauf hinweisen, dass es störend sei, wenn der Staat die Eintreibung der Gerichtskosten übernehmen müsse, wenn der Kläger seine Gewinnchancen als hervorragend einschätze, die Gegenseite aber über keine finanziellen Mittel verfüge. Der Kläger könne dann nämlich ohne Angst vor den Folgen der Gerichtskosten prozessieren. U.E. ist diese Befürchtung eher theoretischer Natur. Ist die Gegenpartei nicht zahlungsfähig, bleibt die obsiegende Partei i.d.R. noch auf ihren Parteikosten sitzen, so dass nicht zu erwarten ist, dass unter der Neuregelung vermehrt Prozesse gegen Zahlungsunfähige angestrebt werden.

<sup>186</sup> WEBER (FN 3), 384; eine Rückzahlungspflicht unter Berufung auf Art. 68 SchKG als *lex specialis* verneinend STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 821; siehe dagegen bereits OGer ZH, RT220021, 2.5.2022, E. 2.4, in: ZR 2022 Nr. 52, nach welchem die Regelungen der ZPO als *lex specialis* und als neueres Recht vorgehen (*lex posterior derogat legi priori*).

<sup>187</sup> In diesem Sinne wohl auch die Einschätzung bei WEBER (FN 3), 383 f.

<sup>188</sup> OGer ZH, RT220021, 2.5.2022, in: ZR 2022 Nr. 52.

<sup>189</sup> Statt vieler DOMEJ (FN 98), 103, mit weiteren Nachweisen auf den Meinungsstand in FN 35.

<sup>190</sup> BGE 140 III 12 E. 3, insb. E. 3.3.4; bestätigt in BGE 141 I 241 E. 3, insb. E. 3.3.

<sup>191</sup> Vgl. zu diesem Hintergrund auch Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2744 f.

<sup>192</sup> Vgl. dazu DOMEJ (FN 98), 100 ff, mit weiteren Nachweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

fahren (Art. 251a und Art. 356 Abs. 3 nZPO) sowie bei der Sprache im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 42 Abs. 1<sup>bis</sup> nBGG).

## B. Sprachenregelung in der ZPO

Die Regelung der Verfahrenssprache war in der viersprachigen Schweiz bereits vor der ZPO-Revision eine (mindestens politisch) delikate Angelegenheit.<sup>193</sup> Den bundesrätlichen Entwurf, der dem kantonalen Recht weder für andere Amtssprachen noch für die englische Sprache Einschränkungen auferlegen wollte, hat der Gesetzgeber im parlamentarischen Verfahren stark abgeschwächt.<sup>194</sup> Nach Art. 129 Abs. 2 nZPO können die Kantone in ihrem Recht künftig vorsehen, dass «auf Antrag sämtlicher Parteien» eine «andere Sprache» benutzt wird. Die andere Sprache darf eine Landessprache sein, die in diesem Kanton nicht sowieso Amtssprache ist (lit. a). Auf die Amtssprache(n) des zuständigen Kantons kann indes nicht im Voraus verzichtet werden.<sup>195</sup> Ebenso kann Englisch als Verfahrenssprache gewählt werden, sofern es sich um eine internationale handelsrechtliche Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 4 lit. c handelt.<sup>196</sup> Das Wahlrecht können die Kantone den Parteien unabhängig davon einräumen, ob sie diese Streitigkeiten den Handelsgerichten oder den ordentlichen Gerichten zugewiesen haben (lit. b). Ein Verzicht auf die Verfahrenssprache nach Art. 129 Abs. 1 ZPO zum Voraus ist nach Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO nicht ausgeschlossen, weshalb auch die Möglichkeit einer bindenden Vereinbarung – etwa bereits in der Gerichtsstandsvereinbarungen – über die Verwendung der englischen Sprache im kantonalen Recht vorgesehen werden könnte.<sup>197</sup> Die konkrete Ausgestaltung und damit der Erfolg eines mehrsprachigen Angebots zur Rechtsdurchsetzung liegen nun in den Händen der kantonalen Gesetzgeber. Diese sind dabei grundsätzlich frei, wie dies das Bundesgericht bereits zum bisherigen Art. 129 ZPO ausgesprochen hat.<sup>198</sup> Das kantonale Recht kann auch eine gemischte Verwendung

der Sprachen durch die jeweilige Partei nach Abs. 2 vorsehen.<sup>199</sup> Zudem ist es empfehlenswert, auch Regelungen im Hinblick auf die Einbeziehung Dritter im Laufe des Verfahrens zu treffen, zumindest sofern keine Amtssprache Verwendung findet.

Die Wahl der Sprache nach Art. 129 Abs. 2 nZPO bezieht sich auf die «Verfahrenssprache» und damit auf sämtliche Prozesshandlungen des Gerichts wie auch der Parteien.<sup>200</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass auch der Entscheid in der gewählten Sprache abzufassen wäre. Nicht nur im Hinblick auf eine etwaige Betreuung, sondern auch für die Öffentlichkeit mag es sich empfehlen, eine gleichrangige Übersetzung englischsprachiger Entscheide in eine Amtssprache vorzunehmen bzw. vorzuschreiben. Dies kann auch auf Kosten der Parteien vorgesehen werden.<sup>201</sup>

Die ZPO sieht schliesslich auch weiterhin weder für fremdsprachige Urkunden noch für fremdsprachige Zeugen Regelungen vor. Das Gleiche gilt für einen einvernehmlichen Verzicht auf eine Übersetzung. Die nun eingeräumte Regelungskompetenz des kantonalen Gesetzgebers bezieht sich u.E. nicht auf den Umgang mit Beweismitteln, sondern lediglich auf die Verfahrenssprache für Prozesshandlungen der Parteien und des Gerichts. Mit der Erweiterung der Verfahrenssprachen über die Amtssprachen des jeweiligen Kantons hinaus ist, sofern man nicht auch einen einvernehmlichen Verzicht zulässt,<sup>202</sup> eine Übersetzung in die jeweilige Verfahrenssprache notwendig.<sup>203</sup>

Nach Art. 251a Abs. 2 nZPO können die Kantone den Parteien die Wahl der englischen Sprache auch für das summarische Verfahren im Zusammenhang mit Schiedsverfahren gestatten, wenn diese «für die Schiedsvereinbarung oder Schiedsklausel oder als Verfahrenssprache im Schiedsverfahren [...] verwendet wird». Das gilt auch im Fall der Binnschiedsgerichtsbarkeit (Art. 356 Abs. 3 nZPO).

## C. Sprachenregelung im BGG

Art. 42 Abs. 1<sup>bis</sup> nBGG schliesst an die Wahlmöglichkeit nach Art. 129 Abs. 2 lit. b an und gestattet den Parteien, die Rechtsschriften auch vor dem Bundesgericht in engli-

<sup>193</sup> Vgl. beispielsweise bereits zuvor die Ablehnung der offeneren Regelung des Art. 127 Abs. 2 E-ZPO 2006 sowie die Motion CANDINAS «Sprachenregelung für Eingaben in kantonalen Verfahren» vom 14.12.2018 (18.4358); ferner die wiederholte Kritik bei BAUER (FN 47), 202 f.

<sup>194</sup> Siehe auch den Hinweis auf eine «Kompromisslösung» bei WEBER (FN 3), 391.

<sup>195</sup> Vgl. zur Einführung dieser Einschränkung im Nationalrat: AB 2022 N 685 (Votum BREGY).

<sup>196</sup> Vgl. zur internationalen handelsrechtlichen Streitigkeiten oben II.C.2.

<sup>197</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2746 f.

<sup>198</sup> BGE 145 I 297 E. 2.5; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 129 N 5.

<sup>199</sup> Vgl. zum bisherigen Rechtsstand BGE 145 I 297 E. 2.5; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 129 N 5; ebenso bereits Art. 36 Abs. 2 PatGG.

<sup>200</sup> SK ZPO-STAEHELIN (FN 101), Art. 129 N 3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 129 N 2.

<sup>201</sup> In diesem Sinne auch Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2747.

<sup>202</sup> Dazu etwa FRANZ HASENBÖHLER/SONIA YAÑEZ, Das Beweisrecht der ZPO. Band 2 – die Beweismittel, Zürich 2019, N 5.100.

<sup>203</sup> Zur bisherigen Rechtslage etwa: BSK ZPO-DOLGE (FN 86), Art. 180 N 16; BK ZPO II-RÜETSCHI (FN 147), Art. 180 N 21; HASENBÖHLER/YAÑEZ (FN 202), N 5.100.

scher Sprache einzureichen. Im Unterschied zur Verwendung von Amtssprachen – gegebenenfalls nunmehr auch auf Grundlage von Art. 129 Abs. 2 lit. a nZPO – führt das Bundesgericht jedoch das Verfahren nicht auf Englisch. Die Möglichkeit der Einreichung englischer Rechtsschriften vor dem Bundesgericht erweist sich auch in Patentverfahren als vorteilhaft; in diesen war zwar schon bislang die englische Sprache im Rahmen des erwähnten Art. 36 Abs. 3 PatGG zulässig, jedoch nicht in den Rechtsschriften vor dem BGer.

## X. Fristen und Wiederherstellung

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich des Fristenrechts enthält die ZPO-Revision Neuerungen beim Fristenlauf (Art. 142 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO), beim Fristenstillstand (Art. 145 Abs. 4 nZPO, 56 Abs. 2 SchKG) und bei der Wiederherstellung (Art. 149 nZPO).<sup>204</sup>

### B. Fristenlauf bei A-Post-Plus

Art. 142 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO verändert den Fristenlauf bei Zustellung einer Sendung i.S.d. Art. 138 Abs. 4 ZPO an einem Samstag, Sonntag oder an einem vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag durch gewöhnliche Post. Diesfalls gilt die Mitteilung erst am nächsten Werktag für den Fristenbeginn als erfolgt. Damit reagiert der Gesetzgeber auf das von der Post eingeführte Angebot der Sendung «A-Post-Plus».<sup>205</sup> Mit einer solchen Zustellung, die laut der Post stets am nächsten Werktag von Montag bis Samstag erfolgen soll, gibt es zwar keine Empfangsbestätigung durch den Empfänger, aber eine Sendungsverfolgung bis zum Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach.<sup>206</sup> Die Initiative zur Anpassung kam aus dem Nationalrat, wo das Problem erkannt wurde, dass «A-Post-Plus»-Zustellungen an einem Samstag erfolgten, womit Fristen nach bisherigen Recht am Sonntag zu laufen beginnen, was bei einer Leerung des Briefkastens oder Postfaches am Montag nach dem Wochenende nicht erkennbar ist. Mit der Neuregelung beginnt die Frist nun erst am Dienstag.<sup>207</sup> Grundlage dafür bot zugleich die Mo-

tion 22.3381, die eine verfahrenübergreifende, einheitliche Regelung für die Fristenberechnung anstrebte. Diese lehnte der Bundesrat zunächst ab;<sup>208</sup> stimmte allerdings in der Folge zu, als eine Änderung des Wortlautes im Laufe der Beratungen im Nationalrat vorgenommen wurde, der nun nicht mehr den Fristenlauf, sondern den Zustellungszeitpunkt bestimmt.<sup>209</sup>

Aus der Form der Zustellung wird jedoch schon deutlich, dass «A-Post-Plus» für eine Vielzahl wichtiger Zustellungen im Zivilverfahren gerade nicht verwendet werden kann. Art. 138 Abs. 1 ZPO verlangt für die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden nämlich explizit eine Empfangsbestätigung, die bei dieser Versandart nicht vorliegt.<sup>210</sup> In Betracht kommt «A-Post-Plus» im Zivilverfahren daher nur für Zustellungen «anderer Sendungen» nach Art. 138 Abs. 4 ZPO, auf den Art. 142 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO ausdrücklich Bezug nimmt. Es muss sich also um Schriftstücke handeln, die nicht mit einer Vorladung oder gerichtlichen Verfügung verbunden sind. Es sind dies deshalb üblicherweise nicht fristauslösende Sendungen.<sup>211</sup> Die vom Nationalrat aufgeworfene Problematik mag sich daher in anderen Verfahren regelmässiger stellen, wobei auch das Strafverfahren nach Art. 85 StPO eine Zustellung mittels «A-Post-Plus» nicht gestattet.<sup>212</sup> Nicht berührt wird durch diese Regelung auch die in Zukunft möglicherweise kommende elektronische Zustellung.<sup>213</sup>

### C. Fristenstillstand

Der Nationalrat griff im Rahmen der Revision zudem die Koordination des Fristenstillstandes zwischen SchKG und ZPO auf.<sup>214</sup> Die Neuregelung sieht vor, dass auf Klagen nach dem SchKG, die vor einem Gericht einzureichen

<sup>204</sup> Vgl. zur amtswegigen Weiterleitung nach Art. 143 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO oben II.F.

<sup>205</sup> Siehe eine ausführliche Beschreibung bei TANO BARTH, A-Post Plus, Anwaltsrevue 2019, 131 ff.

<sup>206</sup> Factsheet A-Post-Plus, Internet: [https://www.post.ch/-/media/post/gk/dokumente/a-post-plus-factsheet.pdf?sc\\_lang=de&hash=A766F81A9291E3C2BF187C942754CF6A](https://www.post.ch/-/media/post/gk/dokumente/a-post-plus-factsheet.pdf?sc_lang=de&hash=A766F81A9291E3C2BF187C942754CF6A) (Abruf 20.8.2023).

<sup>207</sup> Siehe AB 2022 N 670 (Votum LÜSCHER) und AB 2022 N 672 (Votum BREGY).

<sup>208</sup> Siehe die Stellungnahme vom 25.05.2022.

<sup>209</sup> Siehe AB 2022 S 952 (Voten SOMMARUGA und KELLER-SUTTER).

<sup>210</sup> STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 822; siehe dazu auch DIKE Komm. ZPO-HUBER (FN 80), Art. 138 N 24; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 138 N 3; WOLFGANG ERNST/SERAFIN OBERHOLZER/PREDRAG SUNARIC, Fristen und Fristenberechnung im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2021, N 236; BGE 142 III 599 E. 2.4.2.

<sup>211</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND (FN 86), Art. 136 N 1 ff; KUKO ZPO-WEBER (FN 11), Art. 136 N 2 ff.

<sup>212</sup> Explizit zu Art. 85 StPO der Bundesrat in der Stellungnahme vom 25.5.2022 zur Motion 22.3381; siehe auch BGer, 1C\_40/2021, 22.4.2021, E. 4; zum Sozialrechtverfahren etwa BGE 142 III 599 E. 2.4, 604; auch die von BAUER (FN 47), 201, BREGY (FN 47), 221 und LÜSCHER (FN 47), 207 genannten Entscheide ergingen nicht im Rahmen von Zivilverfahren.

<sup>213</sup> AB 2022 N 670 (Votum LÜSCHER); vgl. Art. 139 des Entwurfs eines Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz.

<sup>214</sup> AB 2022 N 697 f und 712.

sind, ausschliesslich die Bestimmungen der ZPO über den Stillstand der Fristen Anwendung finden. Dies regeln in Zukunft sowohl Art. 145 Abs. 4 nZPO als auch Art. 56 Abs. 2 nSchKG im Wesentlichen gleichlautend. Erstere Vorschrift hält lediglich zusätzlich fest, dass die Bestimmungen der ZPO über den Fristenstillstand nicht für die Beschwerde vor der Aufsichtsbehörde anwendbar sind.

Der bisherige, auslegungsbedürftige Vorbehalt in der ZPO zugunsten des SchKG im Hinblick auf Betreibungsferien und den Rechtsstillstand<sup>215</sup> soll so durch eine möglichst simple Abgrenzung entlang der zuständigen Behörde ersetzt werden,<sup>216</sup> um Diskussionen zum Verhältnis der Bestimmungen des SchKG und der ZPO<sup>217</sup> obsolet zu machen.<sup>218</sup> Im Unterschied zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt es dann nicht mehr darauf an, ob die gesetzliche Frist aus einer Betreibungshandlung resultiert.<sup>219</sup> Massgeblich ist ausschliesslich, ob es sich um eine Klage nach SchKG handelt, die vor einem Gericht eingereicht wird. Die im Parlament offenbar angestrebte Abgrenzung entlang der Behörde hat jedoch die Frage aufgeworfen, ob trotz des auf Klagen beschränkten Wortlautes auch Gesuche im summarischen Verfahren nach Art. 251 ZPO erfasst sind, was erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen würde.<sup>220</sup> Auch wenn nicht explizit angesprochen, gilt das jeweilige Fristenregime nach ZPO bzw. SchKG wohl auch im Rechtsmittelverfahren.<sup>221</sup>

## D. Anfechtung bei definitivem Rechtsverlust bei Verweigerung der Wiederherstellung

Bei der Wiederherstellung hält Art. 149 nZPO künftig ausdrücklich fest, dass der Entscheid, der die Wiederherstellung verweigert und einen definitiven Rechtsverlust

zur Folge hat, anfechtbar ist (Art. 149 nZPO). Dies geht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zurück, die bereits zuvor Art. 149 ZPO teleologisch reduzierte.

Da der Gesetzgeber den Begriff des Rechtsverlustes nicht definiert, dürfte für dessen Auslegung die bisherige Rechtsprechung massgeblich bleiben.<sup>222</sup> Nach dem Bundesgericht muss ein definitiver Verlust «der Klage oder des Angriffsmittels drohen».<sup>223</sup> Dazu zählen auch Rechtsmittel.<sup>224</sup> Das Bundesgericht verweigerte beispielsweise eine Anfechtung, wenn die Frist zur Einreichung von Unterlagen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege versäumt wurde, da durch die Säumnis kein Verlust eines Angriffsmittels eintrat.<sup>225</sup> Der Rechtsverlust muss vielmehr unmittelbar durch den Wiederherstellungsentscheid eintreten.<sup>226</sup> Die als prozessleitende Verfügungen ergehenden Entscheide über die Wiederherstellung im laufenden Verfahren sind daher weiterhin nicht anfechtbar.<sup>227</sup> Nicht thematisiert wurde in der Revision die Möglichkeit einen solchen Entscheid über das Wiederherstellungsgesuch im Rahmen des Rechtsmittels gegen den End- oder Zwischenentscheid anzufechten.<sup>228</sup>

## XI. Einsatz elektronischer Mittel

### A. Überblick über die Änderungen

Die ZPO-Revision bringt mit dem Einsatz von elektronischen Mitteln zur Bild- und Tonübertragung auch für die Nutzung von Kommunikationstechnologie Neuerungen.<sup>229</sup> Sie sind gewissermassen Nachboten der (verfahrensrechtlichen) Massnahmen zur Kontaktreduktion im Laufe der Corona-Pandemie<sup>230</sup> und zugleich Vorböten ei-

<sup>215</sup> Vgl. die damalige Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7310, die die Betreibungsferien für «[...] gewisse Klagen, die im Kontext einer Betreibung stehen (z.B. Aberkennungs-, Widerspruchs-, Anschluss-, oder Arrestprosektionsklage) [...]» für anwendbar erklärte.

<sup>216</sup> HURNI/HOFMANN (FN 56), 209 f.

<sup>217</sup> Siehe etwa: KUKO SchKG-SARBACH, Art. 63 N 6, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014.; SK SchKG-PENON/WOHLGEMUTH, Art. 63 N 10 f., in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. SK SchKG-Verfasser); KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER (FN 11), Art. 145 ZPO N 11.

<sup>218</sup> AB 2022 N 670 (Votum LÜSCHER); AB 2022 N 673 f. (Votum BREGY).

<sup>219</sup> BGE 143 III 149 E. 2.4.1.

<sup>220</sup> Siehe dazu STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 823 f. und die Nachweise in FN 218.

<sup>221</sup> Bereits bisher beurteilte das Bundesgericht den Vorbehalt einheitlich BGE 115 III 91 E. 3.a.

<sup>222</sup> Kritisch zum Begriff BOHNET/SCHALLER (FN 6), 194.

<sup>223</sup> BGE 139 III 478 E. 6.3; kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung CR CPC-TAPPY (FN 71), Art. 149 N 13a f.

<sup>224</sup> BGer, 4A\_260/2016, 5.8.2016, E. 1.1 (abgelaufene Berufungsfrist); 4A\_20/2019, 29.4.2019, E. 1.1 (abgelaufene Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses für die Berufung).

<sup>225</sup> BGer, 5A\_964/2014, 2.4.2015, E. 2.3.

<sup>226</sup> BGer, 4A\_334/2016, 7.7.2016, E. 2.2.

<sup>227</sup> CR CPC-TAPPY (FN 71), Art. 149 N 13b; siehe auch bereits die Differenzierung bei MARTIN TANNER, Wiederherstellung von Fristen und Terminen gemäss Art. 148 f. ZPO, ZZZ 2022, 147 ff., 165 f.

<sup>228</sup> Siehe dazu BGE 139 III 478 E. 6.3; BGer, 4A\_350/2017, 12.7.2017, E. 3.1; 5A\_94/2015, 6.8.2015, E. 2; siehe auch SK ZPO-STAEHELIN (FN 101), Art. 149 N 4; BK ZPO I-FREI (FN 11), Art. 149 N 11; BSK ZPO-GOZZI (FN 86), Art. 149 N 11; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER (FN 11), Art. 149 N 5.

<sup>229</sup> Zum Verlauf des Gesetzgebungsprozesses siehe etwa bereits TANJA DOMEJ, Videokonferenzen im Zivilprozess, Anwaltsrevue 2022, 486 ff., 486 f.

<sup>230</sup> Vgl. die Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 272.81).

nes möglichen, noch umfangreicheren Paketes der Digitalisierung, das der Entwurf eines Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ-E)<sup>231</sup> vorsieht.

Die Neuerungen ermöglichen den Einsatz von elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung zur Durchführung von mündlichen Prozesshandlungen durch das Gericht sowie zur Teilnahme an solchen durch Verfahrensbeteiligte (Art. 141a nZPO) und Einvernahmen mithilfe solcher Mittel unter Anwesenheit der übrigen Teilnehmer (Art. 170a, Art. 187 Abs. 1 und Art. 193 nZPO). Die Voraussetzungen, unter denen dieser Einsatz möglich ist, regelt Art. 141b nZPO. Es ist mit Blick auf den Wortlaut davon auszugehen, dass trotz der Trennung in unterschiedliche Abschnitte diese Voraussetzungen sowohl für Art. 141a als auch für Art. 170a nZPO gelten.<sup>232</sup> Während Art. 170a auf die Gesetzesinitiative des Bundesrates zurückgeht, wurden Art. 141a und 141b nZPO allerdings erst durch den Ständerat in die Gesetzesberatungen eingebracht. Mit der Einführung einer Videokonferenz in die ZPO wurde zugleich auch die Bestimmung zur Ladung in Art. 133 lit. d ZPO angepasst und Art. 176a nZPO zur Protokollierung bei einer Aufzeichnung eingeführt.

## B. Mündliche Prozesshandlungen unter dem Einsatz von elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung

### 1. Grundfall nach Art 141a Abs. 1

Nach Art. 141a Abs. 1 nZPO kann das Gericht künftig mündliche Prozesshandlungen «mittels elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung, insbesondere mittels Videokonferenz» durchführen oder «den am Verfahren beteiligten Personen die Teilnahme» mittels derselben gestatten. Der Begriff der Prozesshandlung ist weit zu verstehen und nicht bloss auf Parteiprozesshandlungen beschränkt.<sup>233</sup> Über den Einsatz solcher Mittel kann das Gericht auf Antrag oder von Amtes wegen entscheiden. Aus dem Wortlaut geht nicht unmittelbar hervor, wer antragsberechtigt ist. Unseres Erachtens ist ein weites Verständnis der Antragsberechtigung zu befürworten, da es am Ende in der Hand der Parteien bleibt, ob eine Videokonferenz möglich ist oder nicht.

Voraussetzung der Durchführung einer Videokonferenz ist, dass keine andere gesetzliche Regelung diese verbietet und sämtliche Parteien zustimmen (Art. 141a Abs. 1 nZPO). Zudem müssen die (technischen) Voraussetzungen nach Art. 141b nZPO erfüllt sein.<sup>234</sup> Liegt ein Antrag einer Partei vor, dem sämtliche Parteien zustimmen, ist keine gesetzliche Ausnahme gegeben und können die Voraussetzungen des Art. 141b nZPO gewährleistet werden, bleibt u.E. kein Raum für einen gerichtlichen Ermessensspielraum bei der Anordnung der Videokonferenz.<sup>235</sup>

Während der gesetzliche Vorbehalt lediglich zum Abschluss einzelner Prozesshandlungen – wie die Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren (Art. 298 Abs 1<sup>bis</sup> nZPO) – führt, könnte sich die Zustimmung der Parteien als erhebliches Hindernis in der Praxis erweisen. Bedenken gegenüber diesem strikten Erfordernis<sup>236</sup> haben im parlamentarischen Verfahren jedoch kein Gehör gefunden. Die Verweigerung der Zustimmung muss von der ablehnenden Partei nicht begründet werden.<sup>237</sup> Auch eine unbegründete Verweigerung ist nicht per se rechtsmissbräuchlich.<sup>238</sup> Unseres Erachtens genügt eine konkludente Zustimmung sämtlicher Parteien durch blosser Teilnahme ohne Widerspruch.<sup>239</sup> Regelmässig wird es aber sinnvoll sein, schon vor der Ladung die explizite Zustimmung sämtlicher Parteien einzuholen. Da sich das Zustimmungserfordernis auf «sämtliche Parteien» beschränkt, bedarf es jedenfalls nicht der Zustimmung von Gutachtern oder Zeugen.<sup>240</sup> Fraglich mag jedoch sein, ob zu den Parteien auch etwaige Nebenparteien zu zäh-

<sup>231</sup> BBl 2023 680 ff.; Internet: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/680/de> (Abruf 20.8.2023).

<sup>232</sup> Dafür spricht auch die Eingliederung in die allgemeinen Bestimmungen der ZPO und die explizite Nennung der Zeugeneinvernahme in Art. 141b Abs. 1 lit. b nZPO.

<sup>233</sup> DOMEJ (FN 229), 487 FN 16 und 488 FN 23.

<sup>234</sup> Vgl. zu den technischen Voraussetzungen nach Art. 141b nZPO unter XI.C.

<sup>235</sup> Vgl. FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, *Crise du Covid-19 et évolution des audiences en procédure civile*, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2020/2, N 13 und 16 zur Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, der bei dieser aber noch einen etwas weiteren Ermessensspielraum gesehen hat.

<sup>236</sup> Vgl. hierzu die Bedenken bei DOMEJ (FN 229), 493. Das Erfordernis der allseitigen Zustimmung ist eine Verschärfung gegenüber der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht (vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 lit. a–d der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) sowie gegenüber der Erstversion des Ständerates (vgl. AB 2020 S 678); auch WEBER (FN 3), 395 f. bedauert daher das Scheitern des anfänglichen Vorschlages.

<sup>237</sup> Vgl. zur Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht BASTONS BULLETTI (FN 235), N 17.

<sup>238</sup> Vgl. die Erwägungen zur Berufung auf klare Verfahrensvorschriften bei BK ZPO I-HURNI (FN 11), Art. 52 N 13; CR CPC-BOHNET (FN 71), Art. 52 N 25.

<sup>239</sup> Dies wird auch im Zusammenhang mit der Zustimmung nach Art. 146 Abs. 2 ZPO in der Literatur vertreten, siehe etwa KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER (FN 11), Art. 146 N 5.

<sup>240</sup> CLAUDIA M. MORDASINI/SEVERIN BOOG, *Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen und das Rechtsmittelverfahren nach neuer ZPO*, in dubio 2\_23, 78 ff., 81.

len sind, wie dies etwa zur notwendigen Zustimmung bei Gerichtshandlungen während des Fristenstillstandes nach Art. 146 Abs. 2 ZPO vertreten wird. Im letzteren Fall fanden die Nebenparteien allerdings auch bereits in der Botschaft Erwähnung.<sup>241</sup> Gegen ein solche Zustimmungserfordernis spricht grundsätzlich die Regelung des Art. 76 Abs. 2 ZPO, dass sich der Nebenintervenient mit seinen Prozesshandlungen nicht in Widerspruch zu den Prozesshandlungen der Hauptpartei stellen kann. Zudem gilt es zu bedenken, dass die technischen Voraussetzungen des Art. 141b Abs. 1 nZPO sowieso für alle am Verfahren beteiligten Personen zu prüfen sind. Da ein Zustimmungserfordernis im Rahmen des Art. 170a nZPO fehlt, ist die Abgrenzung zu Art. 141a besonders relevant (dazu noch unten XI.D.2).

Bereits unter der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht kam die Frage auf, ob eine einmal gegebene Zustimmung wieder zurückgenommen werden könne.<sup>242</sup> Diese Frage wurde im Zuge der gesetzlichen Neuregelung nicht beantwortet, worauf im Nationalrat auch hingewiesen wurde. Allerdings wurde auch dort keine eindeutige Position bezogen.<sup>243</sup> Ein Widerruf scheint nicht ausgeschlossen; ist u.E. im Unterschied zur Zustimmung aber nicht begründungslos möglich. Vielmehr wird man ihn unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nur in äusserst engen Grenzen zulassen können.<sup>244</sup>

Im Unterschied zu Art. 2 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht spricht Art. 141a nZPO schliesslich nicht mehr von der «Verhandlung», die mittels Videokonferenz durchgeführt werden kann, sondern von «mündlichen Prozesshandlungen». Das bedeutet jedoch nicht, dass die Zustimmung zwingend für jede Prozesshandlung einzeln einzuholen wäre. Die Zustimmung kann u.E. auch für die Durchführung einer gesamten mündlichen Verhandlung eingeholt werden, sodass sämtliche damit verbundene Prozesshandlungen, seien sie von den Parteien oder vom Gericht zu setzen, von der Zustimmung gedeckt wären.<sup>245</sup>

## 2. Interessenabwägung bei gesetzlich vorgesehenem persönlichem Erscheinen (Art. 141a Abs. 2 nZPO)

Eine zusätzliche Voraussetzung statuiert Art. 141a Abs. 2 nZPO für den Einsatz elektronischer Mittel zur Bild- und Tonübertragung für Prozesshandlungen, bei denen das Gesetz das persönliche Erscheinen der Parteien verlangt. Neben dem Zustimmungserfordernis der Parteien<sup>246</sup> hat das Gericht zu prüfen, ob dem Einsatz «überwiegende[] öffentliche[] oder private[] Interessen entgegenstehen». Diese Formulierung findet sich auch in Art. 53 Abs. 2 ZPO, der eine Interessenabwägung zur Akteneinsicht und Erstellung von Kopien vorschreibt.<sup>247</sup> Jedoch liegen im Fall der Videokonferenz die überwiegenden Interessen weniger auf der Hand.<sup>248</sup> Im Hinblick auf private Interessen gilt es zu bedenken, dass gerade die Parteien selbst der Durchführung überhaupt erst zustimmen müssen. Die Berücksichtigung privater Interessen anderer am Verfahren beteiligter Personen wäre zwar dem Wortlaut nach möglich, allerdings müssten diese – will man nicht in einen Widerspruch zu Abs. 1 geraten, der die Voraussetzung nicht kennt – mit dem persönlichen Erscheinen selbst verknüpft sein. Das Erfordernis der Interessenabwägung zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber den Einsatz elektronischer Mittel einem persönlichen Erscheinen der Parteien nicht vollkommen gleichstellt. Gleichzeitig verdeutlicht Abs. 2 umgekehrt, dass nicht schon aus der Pflicht zum persönlichen Erscheinen gefolgert werden könnte, dass eine Videokonferenz erst gar nicht möglich ist.

Obwohl stets vom «Gericht» die Rede ist, besteht in der bisherigen Literatur kein Zweifel, dass auch Schlichtungsbehörden von der Videokonferenz Gebrauch machen können.<sup>249</sup> Da im Schlichtungsverfahren regelmässig das persönliche Erscheinen notwendig ist (Art. 204 ZPO), wird i.d.R. Abs. 2 zu beachten sein.

<sup>241</sup> Vgl. die h.M. auf Basis der Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7309, zur Zustimmung nach Art. 146 Abs. 2 ZPO: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 146 N 5; DIKE Komm. ZPO-MERZ (FN 80), Art. 146 N 11; SK ZPO-STAEHELIN (FN 101), Art. 146 N 5; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER (FN 11), Art. 146 N 5.

<sup>242</sup> BASTONS BULLETTI (FN 235), N 16.

<sup>243</sup> AB 2022 N 692 ff.

<sup>244</sup> Vgl. auch im Fall «d'un changement de circonstances» einen Widerruf zulassend BASTONS BULLETTI (FN 235), N 16.

<sup>245</sup> So wohl auch bereits DOMEJ (FN 229), 487 FN 16.

<sup>246</sup> Aus dem Wegfall des Wortes «sämtliche» in Abs. 2 im vgl. zu Abs. 1 kann u.E. nichts gewonnen werden.

<sup>247</sup> Dazu etwa KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER (FN 11), Art. 53 N 11a.

<sup>248</sup> MORDASINI/BOOG (FN 240), 81, nehmen ebenso an, dass diese Ausnahme bei der notwendigen Zustimmung der Parteien kaum relevant werden dürfte.

<sup>249</sup> DOMEJ (FN 229), 492; siehe auch schon die Erläuterungen zur Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, Internet: [https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/coronavirus/erlaeuterungen-covid19-justiz-april-2020-d.pdf](https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/coronavirus/erlaeuterungen-covid19-justiz-april-2020.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-covid19-justiz-april-2020-d.pdf) (zit. Erläuterungen Covid-19-Verordnung, Abruf 20.8.2023), 5; DANIEL KETTIGER, Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, in: Jusletter 4. Mai 2020, N 19.

## C. Organisatorische und technische Voraussetzungen (Art. 141a Abs. 3, Art. 141b und Art. 133 lit. d)

### 1. Bild- und Tonübertragung

Art. 141b nZPO regelt die «Voraussetzungen» für den Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung. Es handelt sich hierbei um die leicht abgeänderten «Grundsätze für den Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen» des Art. 4 der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht. Im Unterschied zu Art. 4 leg. cit. ist nun in Art. 141b Abs. 1 lit. a nZPO vorgesehen, dass zwingend eine gleichzeitige Übertragung von Ton- und Bild an die an der Prozesshandlung beteiligten Personen zu erfolgen hat.<sup>250</sup> Nach Art. 141b Abs. 2 nZPO kann jedoch «ausnahmsweise auf die Übertragung des Bildes» verzichtet werden, sofern eine «besondere Dringlichkeit oder andere besondere Umstände des Einzelfalls» sowie das «Einverständnis der betroffenen Personen» vorliegen.<sup>251</sup> Wie auch bereits Art. 141a Abs. 1 explizit erwähnt, geht das Gesetz vom Einsatz von Videokonferenzsystemen aus. Die blosse Telefonkonferenz, wie sie noch unter der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht möglich war,<sup>252</sup> soll damit den Ausnahmefall bilden.

Sollte es im Einzelfall allerdings notwendig sein, auf die Übertragung eines Bildes zu verzichten, stellt sich die Frage, wer konkret zuzustimmen hat. «Betroffen» sind wohl sämtliche Personen im Verfahren, die im Zuge der durchgeführten Prozesshandlung kein Bild erhalten. Schaltet sich also etwa eine einzelne Person dem Verfahren ohne Bild zu, werden alle an der Prozesshandlung beteiligten Personen dieser Vorgehensweise zustimmen müssen. U.E. bedarf es zudem auch des Einverständnisses des Gerichts, da auch dieses eine von einer nicht gegebenen Bildübertragung «betroffene Person» darstellt. Dafür spricht, dass das Gericht in seiner Tätigkeit im Besonderen auf diese angewiesen sein kann – man denke nur an die Beweiswürdigung. Auch der Wortlaut würde diese Auslegung decken, als auch in Art. 141b Abs. 1 lit. a nZPO unter den Begriff der «Personen» unzweifelhaft das Gericht fallen muss. Die Zustimmung des Gerichts

kann allerdings nicht im freien Ermessen desselben stehen, sondern der Grund der Verweigerung müsste sich aus der Prozesshandlung selbst ergeben, die trotz besonderer Dringlichkeit oder anderer besonderer Umstände eine reine Tonübertragung für das Gericht nicht genügen lässt.

Aus Art. 141b Abs. 1 lit. a nZPO ergibt sich nicht, dass zwingend alle beteiligten Personen elektronische Mittel zur Ton- und Bildübertragung selbst einsetzen müssten. Bereits der Wortlaut des Art. 141a Abs. 1 nZPO deutet vielmehr an, dass auch eine hybride Durchführung der Prozesshandlung möglich ist.<sup>253</sup> Ordnet das Gericht von Amtes wegen eine Videokonferenz an oder heisst es einen dahingehenden Antrag gut, so wird es dafür Sorge tragen müssen, dass sämtliche beteiligte Personen teilnehmen können. Gegebenenfalls ist also ein Raum für eine hybride Teilnahme bereitzustellen.<sup>254</sup> Sollte dies nicht gewährleistet werden können, ist die Voraussetzung des Art. 141b lit. a nZPO nicht erfüllt und die Prozesshandlung in Präsenz durchzuführen. Vor einer Entscheidung über die Durchführung der mündlichen Prozesshandlung mittels Videokonferenz sind also die technischen Gegebenheiten mit sämtlichen an der Prozesshandlung beteiligten Personen abzuklären.<sup>255</sup>

Zu den Voraussetzungen gehört nach Art. 141b lit. c nZPO auch die Gewährleistung des Datenschutzes und der Datensicherheit. Die Konkretisierung dieser Anforderungen sowie der technischen Voraussetzungen obliegt nach Art. 141b Abs. 3 nZPO dem Bundesrat. Das DSG selbst ist auf das laufende gerichtliche Verfahren jedenfalls nicht anwendbar.<sup>256</sup> Aktuell gibt es noch keinen Entwurf für die Verordnung des Bundesrates.<sup>257</sup> Die Erläuterungen zu Art. 4 lit. c der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, die eine mit Art. 141b lit. c nZPO gleichlautende Voraussetzung enthielt, können jedoch einen möglichen Inhalt vermuten lassen. So wurden hier eine «end-to-end»-Verschlüsselung, ein Serverstandort in der Schweiz oder der EU, die Verhinderung unerwünschter Datenweitergaben an Dritte bzw. unerwünschter Zugriffe, Teilnahmen oder Aufzeichnungen und eine angemessene Information der Teilnehmer an der Videokonferenz verlangt.<sup>258</sup>

<sup>250</sup> Siehe zur Diskussion der Modalitäten auch FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, SZPP 2020, 179 ff., 190 f.

<sup>251</sup> Nur begrenzten Anwendungsbereich erkennend MICHAEL HEINZMANN/FRANCESCO TREZZINI, Verhandlungen per Videokonferenz, in: Florian Eichel/Christoph Hurni/Alexander R. Markus (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektiven, Bern 2022, 81 ff., 92.

<sup>252</sup> Vgl die Überschrift zu Art. 4 bzw. den Wortlaut von lit. a «[...] und gegebenenfalls Bild [...]».

<sup>253</sup> DOMEJ (FN 229), 487 FN 16.

<sup>254</sup> Vgl. KETTIGER (FN 249), N 16.

<sup>255</sup> Vgl. KETTIGER (FN 249), N 16.

<sup>256</sup> Art. 2 Abs. 3 DSG.

<sup>257</sup> Eine Vernehmlassung ist für das erste Quartal 2024 geplant, WEBER (FN 3), 402.

<sup>258</sup> Erläuterungen Covid-19-Verordnung (FN 249), 6.

## 2. Verhandlungsort und Öffentlichkeit

Durch die Revision wird im Hinblick auf den Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung auch die Bestimmung zur Vorladung angepasst. Mit der Neuformulierung des Art. 133 lit. d ZPO wird ergänzt, dass auch «Ort, Datum und Zeit [...] der geforderten Verfügbarkeit beim Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung» anzugeben sind. Als «Ort» gilt künftig auch der digitale Raum der Videokonferenz. Damit wird an den bereits bisher offenen Begriff des Ortes der Verhandlung in der ZPO angeknüpft.<sup>259</sup> Unseres Erachtens bestehen keine Zweifel, dass sich bei einer nicht-hybriden Durchführung keine der beteiligten Personen, inklusive des Gerichts, am Ort des zuständigen Gerichts befinden muss.<sup>260</sup> Es genügt die gleichzeitige Anwesenheit am digitalen Ort. Wird eine hybride Form gewählt, wird das Gericht sich i.d.R. im Gerichtsgebäude für die Zuschaltung einfinden. Zwingend wäre dies jedoch nicht. Es könnte auch ein anderer besser ausgestatteter Raum ausserhalb des Gerichtsgebäudes gewählt werden.

An allen Orten, seien sie digital oder physisch, möchte der Gesetzgeber mit Art. 141a Abs. 3 nZPO allerdings die Öffentlichkeit der durchgeführten Prozesshandlungen wahren. Hierzu legt das Gesetz fest, dass «auf Antrag hin de[r] Zugang vor Ort» zu gewähren ist. Der Kreis der Antragsberechtigten wird zwar in Art. 141b Abs. 3 nZPO nicht benannt, jedoch wird man davon ausgehen können, dass jeder Interessierte berechtigt ist, einen solchen Antrag zu stellen. Die französische Sprachfassung spricht genereller von «personnes qui en font la demande». Ist die Öffentlichkeit nicht von Gesetzes wegen auszuschliessen, ist diesem Antrag auch im Hinblick auf Art. 30 Abs. 3 BV stets stattzugeben (arg. «gewährt»). Dem Antragsteller ist daraufhin «Zugang vor Ort» zu gewähren. Das wird bei hybrider Durchführung einer Videokonferenz eine Teilnahme im Verhandlungssaal und bei rein virtueller Durchführung ein Zugang zum Videokonferenzraum sein können. Auch ohne vorherigen Antrag «kann» das Gericht den Zugang gem. Art. 141a Abs. 3 Satz 2 nZPO über «elektronische Mittel» gewähren. Problematisch scheint, dass die Öffentlichkeit bei der Annahme eines Ermessensspielraums des Gerichts antragsbedürftig werden könnte. In verfassungskonformer Auslegung sollte u.E. daher – auch wenn gerade kein Antrag erfolgt – stets eine Zugangsmöglichkeit geschaffen werden. Aus der Wortfolge «elektronische Mittel» ist wohl auch in Art. 141a Abs. 3 nZPO zu schliessen, dass es sich um eine Übertragung in Ton- und Bild handeln muss.

In der Literatur wurde etwa bereits eine Live-Übertragung im Internet angesprochen.<sup>261</sup> Das würde der Wortlaut u.E. jedenfalls nicht ausschliessen. Allerdings stellt sich die Frage, wie sich die Öffentlichkeit des Verfahrens zu den in Art. 141b Abs. 1 lit. c nZPO gestellten Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit verhält.<sup>262</sup> Jedenfalls sollte die Entscheidung über die Form der Gewährung der Verfahrensöffentlichkeit Teil der Zustimmung der Parteien zum Einsatz von elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung an sich sein.

Soweit kantonale Gerichtsorganisationsgesetze Bild- und Tonaufnahmen verbieten,<sup>263</sup> sind diese mit der nunmehrigen Erweiterung von der bisher bereits möglichen Protokollierung zu einer gänzlichen Übertragung mittels Bild- und Tones bundesrechtskonform auszulegen.<sup>264</sup> Das Verbot kann sich somit ausschliesslich auf Aufnahmen bzw. dauerhafte Aufzeichnungen Dritter oder der Parteien beziehen.

## D. Einvernahme mittels Videokonferenz (Art. 170a)

### 1. Anwendungsbereich

Art. 170a nZPO gestattet dem Gericht die Einvernahme einer Zeugin oder eines Zeugen mittels Videokonferenz oder anderen elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung. Im Unterschied zu Art. 141a nZPO gibt es keine Antragsmöglichkeit und die «übrigen Teilnehmerinnen und Teilnehmer» müssen «in den Räumlichkeiten des Gerichts anwesend» sein. Bei Anwendung von Art. 170a nZPO ist folglich die hybride Durchführung im Gerichtsgebäude zwingend und zudem die Online-Teilnahme auf Zeuginnen und Zeugen beschränkt. Dadurch bedarf es hier keiner besonderen Massnahmen zur Herstellung der Öffentlichkeit. Wie in Art. 141a Abs. 2 nZPO hat das Gericht zu prüfen, ob der Einvernahme mittels Videokonferenz keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Angeführt wird «namentlich die Sicherheit der Zeugin oder des Zeugen». Da es keiner Zustimmung der Parteien bedarf, scheint eine umfassendere Interessenabwägung geboten.

<sup>259</sup> BASTONS BULLETTI (FN 235), N 5; KETTIGER (FN 249), N 8 und 25 f.

<sup>260</sup> Eine ausdrückliche Regelung unter Verweis auf das französische Recht fordernd BOHNET/MARIOT (FN 250), 182.

<sup>261</sup> Wengleich mit Bedenken HEINZMANN/TREZZINI (FN 251), 85 f.; siehe auch bereits BENJAMIN SCHINDLER, Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter, in: Lukas Gschwend/Peter Hettich/Markus Müller-Chen/Benjamin Schindler/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, 741 ff., 750 f.

<sup>262</sup> KETTIGER (FN 249), N 8.

<sup>263</sup> Siehe etwa § 132 GOG/ZH; Art. 15 Abs. 4 GOG/GR.

<sup>264</sup> Bereits problematisierend KETTIGER (FN 249), N 30.

Durch Verweis auf Art. 170a nZPO und unter der Anordnung einer sinngemässen Anwendung ist die Videokonferenz auch zur Erstattung eines mündlichen Gutachtens (Art. 187 Abs. 1 nZPO) sowie zur Parteibefragung und Beweisaussage (Art. 193 nZPO) möglich. Die in Art. 170a nZPO getroffene Unterscheidung zwischen einer «Einvernahme» und dem «[B]efragen» einer Zeugin oder eines Zeugen erschliesst sich nicht. Vermutlich war hier auch keine besondere Differenzierung angestrebt. So hatte der Ständerat das Verb «einvernehmen» verwendet.<sup>265</sup> Hier hätte sich also eine gewisse begriffliche Wiederholung ergeben. Die Redaktionskommission hat in der Folge jedoch das Verb auf «befragen» geändert.<sup>266</sup>

## 2. Verhältnis von Art. 170a zu 141a nZPO

Unklar ist die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 170a zu Art. 141a nZPO.<sup>267</sup> So würde sich auch nach Art. 141a Abs. 1 nZPO eine Zeugin oder ein Zeuge, ein Sachverständiger oder auch eine der Parteien zuschalten lassen, da die Bestimmung auch eine hybride Durchführung gestattet.<sup>268</sup> Auch Art. 2 Abs. 2 der Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht regelte bereits die Einvernahme von Zeuginnen und Zeugen und die Erstattung von Gutachten durch sachverständige Personen separat von der Durchführung einer Verhandlung mittels Videokonferenz, die in Abs. 1 leg. cit. geregelt war. Allerdings enthielt, wie erwähnt (siehe oben XI.B.1.), Art. 2 Abs. 1 der Verordnung als Tatbestand die «Verhandlung» und nicht wie Art. 141a Abs. 1 nZPO die «mündliche Prozesshandlung». Nach der nunmehrigen Rechtslage sind durch Art. 141a Abs. 1 nZPO sämtliche mündliche Prozesshandlungen, wobei eine Zustimmung aller Parteien notwendig ist, sowie nach Art. 170a nZPO (samt Verweisen) nur die Fälle der Beweisabnahme unter einer vom Gericht vorzunehmenden Interessenabwägung erfasst.<sup>269</sup> U.E. scheint daher eine Berücksichtigung des überschneidenden Anwendungsbereichs beider Bestimmungen folgendermassen möglich: stimmen die Parteien einer

Durchführung der Erstattung eines mündlichen Sachverständigengutachtens, der Parteibefragung oder Beweisaussage sowie der Zeugeneinvernahme mittels elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung nicht zu, kann das Gericht trotzdem solche Mittel einsetzen, sofern die übrigen Beteiligten im Gerichtssaal anwesend sein können und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen dem Einsatz entgegenstehen. Wenngleich ein Widerspruch der Parteien bei der pflichtgemässen Ausübung des gerichtlichen Ermessens zu berücksichtigen sein wird, können allein dadurch nicht überwiegende private Interessen begründet werden.

## E. Aufzeichnung und Protokollierung (Art. 141b Abs. 1 lit. b und Art. 176a nZPO)

Die Unterscheidung der Vorgänge der Aufzeichnung und Protokollierung in Art. 176 und Art. 235 ZPO bleibt aufrecht. Im Kern ändert sich auch nichts daran, dass die Aufzeichnung lediglich ein Hilfsmittel für die Protokollierung bleibt. Allerdings kann das Protokoll im Anwendungsbereich des Art. 176a lit. a nZPO nunmehr erst nachträglich auf Basis dieser Aufzeichnung erstellt werden.<sup>270</sup> Neu ist zudem, dass beim Einsatz von elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung eine solche Aufzeichnung bei bestimmten Prozesshandlungen zwingend zu erfolgen hat. Das gilt laut Art. 141b Abs. 1 lit. b nZPO bei «Zeugeneinvernahmen, Parteibefragungen, Beweisaussagen und persönlichen Anhörungen». Unklar ist die Bezugnahme auf die «persönliche Anhörung» in der deutschen Sprachfassung. In der französischen Sprachfassung wird die Aufzeichnung von «audition d'autres personnes» angeordnet. HEINZMANN/TREZZINI verstehen darunter die mündliche Erstattung oder Erläuterung des Sachverständigengutachtens nach Art. 187 ZPO.<sup>271</sup> Damit wäre auch der gesamte Anwendungsbereich des neuen Art. 176a, der die Protokollierung im Fall der Aufzeichnung regelt, abgedeckt. Auf diese Bestimmung, die sich im Abschnitt zum Beweismittel des Zeugnisses befindet, verweisen künftig nämlich auch die Normen zur Erstattung eines mündlichen Gutachtens (Art. 187 Abs. 2 nZPO) sowie zur Parteibefragung und Beweisaussage (Art. 193 nZPO). Der Inhalt des bisherigen Art. 176 Abs. 3 ZPO wurde in Art. 176a

<sup>265</sup> Gesetz zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) in der Fassung des Beschlusses des Ständerates vom 16.06.2021.

<sup>266</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) in der Fassung der Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung vom 17.3.2023; auch problematisierend WEBER (FN 3), 396, wenngleich er zwischen den beiden Begriffen differenziert.

<sup>267</sup> DOMEJ (FN 229), 488.

<sup>268</sup> Siehe oben XI.B.1.

<sup>269</sup> Dazu schon DOMEJ (FN 229), 488, die Art. 170a E-ZPO als *lex specialis* ansah.

<sup>270</sup> KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (FN 11), Art. 176/Art. 176a E-ZPO N 6 ff.; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 235 N 12; eine solche nachträgliche Protokollierung sehen manche bereits nach bisherigem Recht als zulässig an: SK ZPO-WEIBEL/WALZ (FN 101), Art. 176 N 9; explizit a.A. DIKE Komm. ZPO-MÜLLER (FN 80), Art. 176 N 22.

<sup>271</sup> HEINZMANN/TREZZINI (FN 251), 91.

lit. b und c nZPO überführt. Somit kann auch weiterhin darauf verzichtet werden, dem Zeugen das Protokoll vorzulesen bzw. zum Lesen zu geben (lit. b). Ausserdem ist die Aufzeichnung zu den Akten zu nehmen (lit. c). Wie bereits im Gesetzgebungsverfahren thematisiert,<sup>272</sup> bleiben damit die Aufzeichnungen von Videokonferenzen in den Akten, sodass auch die Parteien Zugang dazu haben.

Die bisherigen Möglichkeiten nach Art. 176 Abs. 2 und Art. 235 Abs. 2 ZPO (abseits von Videokonferenzen) eine Aufzeichnung mittels Tonbandes, Videos oder anderer geeigneter technischer Hilfsmittel vorzunehmen, bleiben weiterhin bestehen. Art. 235 Abs. 2 ZPO, der für das ordentliche Verfahren ganz generell eine zusätzliche Aufzeichnung mittels technischer Hilfsmittel gestattet, wird jedoch nicht auf Art. 176a nZPO verweisen. Damit wäre abseits der Anwendungsfälle des Art. 176a nZPO, also insb. bei etwaigen Parteivorträgen, eine nachträgliche Protokollierung nicht möglich. Es liegt aber nahe, von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen und die dadurch entstandene Lücke mit einer analogen Anwendung zu schliessen. In den Fällen der freien Erörterung des Streitgegenstandes ist aber auch bei Durchführung der Prozesshandlung mittels Videokonferenz eine Aufzeichnung nicht möglich.<sup>273</sup> Laut Art. 141b Abs. 1 lit. b nZPO kann zwar bei den «übrigen Verhandlungen [...] ausnahmsweise auf Antrag oder von Amtes wegen eine Aufzeichnung erfolgen».<sup>274</sup> Explizit ausgeschlossen sind dabei jedoch Verfahrensabschnitte, die ausschliesslich «der freien Erörterung des Streitgegenstandes oder dem Versuch der Einigung» dienen.

## F. Unterschriftenfordernisse und Kostennote

Offenbar nicht beachtet wurde im Rahmen der Revision, dass die ZPO in ihrer derzeitigen Fassung eine Vielzahl an Unterschriftenfordernissen kennt, die auch die Wirksamkeit von Prozesshandlungen berühren. Das gilt für die Protokollierung des Vergleichs, der Klagenanerkennung, des Klagerückzuges (Art. 241 Abs. 1)<sup>275</sup> und der Einigung im Schlichtungsverfahren (Art. 208 Abs. 1),<sup>276</sup> sowie für

die mündlich zu Protokoll gegebene Klage im vereinfachten Verfahren (Art. 244 Abs. 1 lit. e).<sup>277</sup> Als in der Praxis unproblematisch dürfte sich die Unterschrift der protokollführenden Person (Art. 235 Abs. 1 lit. f) erweisen. Diese lässt sich jedenfalls von demselben setzen.

Zwar gäbe es im BEKJ-E bereits Lösungsvorschläge, die diese Unterschriftenfordernisse bei der Aufzeichnung mittels technischer Hilfsmittel fallen liessen. Bei mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichneten Vergleichen, Klagenanerkennungen oder vorbehaltlosen Klagerückzügen würde Art. 208 Abs. 1<sup>bis</sup> BEKJ-E zudem bestimmen, dass aus der Aufzeichnung auch explizit das Verfahren, der Inhalt der Einigung und die Zustimmungen hervorgehen müssen. Dem würde Art. 141b Abs. 1 lit. b nZPO nicht widersprechen, als der «Versuch der Einigung», der nicht aufgezeichnet werden darf, bei einer gemeinsamen Interpretation der Normen nicht die Aufzeichnung der Einigung selbst ausschliesse. Da das BEKJ-E zum Abschluss dieses Aufsatzes noch nicht einmal in den Räten behandelt wurde, ist allerdings davon auszugehen, dass die Gesetzesänderungen durch die ZPO-Revision jedenfalls (zunächst) ohne die genannten Bestimmungen anzuwenden sein werden. Deshalb ist bei Durchführung einer Videokonferenz samt Aufzeichnung stets noch nach den jeweils anwendbaren Normen eine Unterschrift zur Wirksamkeit der Prozesshandlung einzuholen, was zu Verzögerungen führen kann. Gerade bei Einigungen ist daher nach derzeitigem Stand zu empfehlen, diese in Präsenz durchzuführen. Als Alternative erweist sich die schriftliche Eingabe mittels übereinstimmender Rechtsschriften.<sup>278</sup> Auch soweit es sich um ein einseitiges Unterschriftenfordernis handelt, wie nach h.M. im Fall der Klagenanerkennung bzw. des -rückzuges,<sup>279</sup> wird eine schriftliche Eingabe nach Möglichkeit vorzuziehen sein.

Weder die ZPO-Revision noch der BEKJ-E bieten zudem eine Antwort auf die Frage des Zeitpunktes der Einreichung der Kostennote nach Art. 105 Abs. 2 ZPO. Es ist davon auszugehen, dass im Fall des Einsatzes von elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Hauptverhandlung eine Nachreichung derselben möglich bleibt.<sup>280</sup>

<sup>272</sup> AB 2022 N 696 (Votum LÜSCHER).

<sup>273</sup> HEINZMANN/TREZZINI (FN 251), 91.

<sup>274</sup> Zur missverständlichen, vorherigen Formulierung siehe HEINZMANN/TREZZINI (FN 251), 91.

<sup>275</sup> BK ZPO II-KILLIAS (FN 147), Art. 241 N 24 f.; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK (FN 86), Art. 241 N 12; BGer, 4A\_605/2012, 22.2.2013, E. 1.1; vgl. auch BGE 141 III 489 E. 9.3; krit. KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 241 N 4.

<sup>276</sup> KUKO ZPO-GLOOR/UMBRIKHT LUKAS (FN 11), Art. 208 N 7; BSK ZPO-INFANGER (FN 86), Art. 208 N 3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 208 N 2.

<sup>277</sup> KUKO ZPO-FRAEFEL (FN 11), Art. 244 N 6; SK ZPO-HAUCK (FN 101), Art. 244 N 8; BSK ZPO-MAZAN (FN 86), Art. 244 N 11.

<sup>278</sup> BSK ZPO-GSCHWEND/STECK (FN 86), Art. 241 N 12; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 241 N 5.

<sup>279</sup> BSK ZPO-GSCHWEND/STECK (FN 86), Art. 241 N 12; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI (FN 11), Art. 241 N 6.

<sup>280</sup> Der genaue Zeitpunkt ist bislang in der Lehre umstritten: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 105 N 6; SK ZPO-JENNY (FN 101), Art. 105 N 7; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 86), Art. 105 N 2; DIKE Komm. ZPO-URWYLER/GRÜTTER (FN 80), Art. 105 N 8.

## G. Säumnis und Vertagung

Eine weitere nicht explizit geregelte Frage ist, wie mit etwaigen Ausfällen der Technik umzugehen ist. «Erscheint» eine der Parteien dadurch erst gar nicht, um eine Prozesshandlung vorzunehmen, liegt Säumnis vor.<sup>281</sup> Stellt sich allerdings der Grund für das technische Hindernis an der Teilnahme bereits vor Beginn der Verhandlung heraus und erfährt das Gericht davon, kann es den Erscheinungstermin noch nach Art. 135 ZPO von Amtes wegen oder auf Antrag verschieben, sofern es das technische Hindernis als zureichenden Grund ansieht.<sup>282</sup> Tritt hingegen tatsächlich Säumnis ein, kommt eine Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO unter den dortigen Voraussetzungen in Betracht.<sup>283</sup> Sollten während der Verhandlung technische Probleme auftreten, wäre u.E. eine – wenn auch im Gesetz nicht explizit vorgesehene – Unterbrechung der Verhandlung<sup>284</sup> bzw. gegebenenfalls eine Vertagung möglich.<sup>285</sup>

## H. Anfechtung

Liegen die Voraussetzungen für den Einsatz von Mitteln zur Bild- und Tonübertragung nicht vor, stellt sich die Frage, ob bereits die Vorladung anfechtbar ist. Da die Vorladung eine prozessleitende Verfügung i.S.d. Art. 319 lit. b ZPO ist, wäre eine Beschwerde grundsätzlich denkbar.<sup>286</sup> Allerdings ist zu fragen, worin der nicht leicht zu wiedergutmachende Nachteil nach der Ziff. 2 bestehen kann.<sup>287</sup> Sofern die prozessleitende Verfügung nicht angefochten werden kann, wäre nur ein Rechtsmittel gegen den Endentscheid möglich.<sup>288</sup>

## I. Anwendbarkeit auf rechtshängige Verfahren

Die Bestimmungen zur Videokonferenz finden auch auf Verfahren Anwendung, die bereits rechtshängig sind. In der Übergangsbestimmung zur Änderung (Art. 407f nZPO) findet jedoch Art. 133 lit. d nZPO keine Erwähnung, der den Inhalt der Vorladung regelt. Da die Anwendung der übrigen Vorschriften zur Videokonferenz ohne

die gleichzeitige Möglichkeit einer Vorladung sinnlos wäre, ist von einem Redaktionsversehen auszugehen.

## XII. Beweisrecht

### A. Überblick über die Änderungen

Im Beweisrecht sieht Art. 167a nZPO ein Mitwirkungs- und Herausgabeverweigerungsrecht der Partei sowie einer dritten Person im Zusammenhang mit der Tätigkeit des unternehmensinternen Rechtsdienstes vor. Zudem regelt Art. 177 nZPO nun explizit Privatgutachten.

### B. Schutz der Tätigkeit des unternehmensinternen Rechtsdienstes

Art. 167a nZPO statuiert ein umfassendes Verweigerungsrecht der Partei bzw. ihrer Organe<sup>289</sup> bezüglich der «Mitwirkung und Herausgabe von Unterlagen im Zusammenhang mit der Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes» (Abs. 1). Dasselbe gilt für eine dritte Person, die diese Tätigkeit ausübt (Abs. 2).<sup>290</sup> Die Norm begründet eine Sonderstellung der Unternehmensjuristen im Beweisrecht, die sich trotz der Hervorhebung der Herausgabe von Unterlagen durch den Begriff der «Mitwirkung» auf sämtliche Beweiserhebungsarten im Rahmen ihrer Tätigkeit bezieht.<sup>291</sup> Mit der Änderung reagiert der Gesetzgeber auf die in der Lehre überwiegende Auffassung, die Unternehmensjuristen die Berufung auf das Verweigerungsrecht in Art. 163 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO nicht gestattet,<sup>292</sup> so dass für diese lediglich das beschränkte Verweigerungsrecht nach Art. 166 Abs. 2 ZPO in Betracht kam. Voraussetzung für

<sup>281</sup> Vgl. BASTONS BULLETTI (FN 235), N 31.

<sup>282</sup> Vgl. BASTONS BULLETTI (FN 235), N 16.

<sup>283</sup> Vgl. BASTONS BULLETTI (FN 235), N 37.

<sup>284</sup> BASTONS BULLETTI (FN 235), N 19.

<sup>285</sup> BOHNET/MARIOT (FN 250), 191 f; auch für eine grosszügige Handhabung plädierend: MORDASINI/BOOG (FN 240), 81.

<sup>286</sup> So DIKE Komm. ZPO-BLICKENSTORFER (FN 80), Art. 319 N 42; BK ZPO II-STERCHI (FN 147), Art. 319 N 14; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER (FN 11), Art. 319 N 12.

<sup>287</sup> Vgl. BOHNET/MARIOT (FN 250), 188; BASTONS BULLETTI (FN 235), N 33; KETTIGER (FN 249), N 17.

<sup>288</sup> BK ZPO II-STERCHI (FN 147), Art. 310 N 6.

<sup>289</sup> Art. 159 ZPO; BBl 2020, 2697, 2749.

<sup>290</sup> Dazu siehe auch im Folgenden.

<sup>291</sup> Siehe PASCAL GROLIMUND, § 18 N 69, in: Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. Zivilprozessrecht-Verfasser).

<sup>292</sup> MICHAEL PFEIFER, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?, Anwaltsrevue 2006, 166 ff.; SK ZPO-HASENBÖHLER (FN 101), Art. 166 N 26; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (FN 11), Art. 163 N 10; BSK StGB II-OBERHOLZER, Art. 321 N 6, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 4. A., Basel 2019; OFK ZPO-SCHÖNEMANN (FN 106), Art. 166 N 9; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 5, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. A., Zürich 2021 (zit. PK StGB-Verfasser); aber etwa MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, Anwaltsrevue 2006, 277; THOMAS SPRENGER, Anwaltsgeheimnis des Unternehmensjuristen, Zürich 2011, 261 ff; offenlassend: BGER, 1B\_101/2008, 28.10.2008, E. 4.2.

das neu eingeführte Verweigerungsrecht ist, dass die Partei als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist (Abs. 1 lit. a), die Leitung des Rechtsdienstes der Partei bei einer Person liegt, die in der Schweiz oder im «Herkunftsstaat» für den Anwaltsberuf qualifiziert wäre (Abs. 1 lit. b)<sup>293</sup> und die «betreffende Tätigkeit bei einer Anwältin oder einem Anwalt als berufsspezifisch gelten würde» (Abs. 1 lit. c).

Die Einführung dieses Privilegs, das auch im Rahmen der ZPO-Revision auf beachtliche Kritik stiess,<sup>294</sup> beschäftigte den Gesetzgeber schon seit längerem.<sup>295</sup> Der erste Vorstoss in diese Richtung war der Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (UJG).<sup>296</sup> Die Sonderstellung im Beweisverfahren war darin jedoch Teil eines umfangreicheren Pakets, das eine Registrierung sowie eine Aufsicht für Unternehmensjuristen beinhaltete.<sup>297</sup> Solches ist im nun beschlossenen Gesetz nicht vorgesehen.<sup>298</sup> Der Ständerat hatte im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens in seiner Sitzung vom 16. Juni 2021 noch auf Basis des Vorschlages der Rechtskommission eine Beschränkung der Regelung versucht.<sup>299</sup> Kern der Beschränkung wären ein Gegenseitigkeitserfordernis sowie ein Rechtsmissbrauchsvorbehalt gewesen. Sie sind Ausdruck zweier Kritikpunkte: Zunächst zeigt sich in den bisherigen Initiativen wie auch der aktuellen Debatte, dass primär ein Schutz von Schweizer Unternehmen vor US-amerikanischen Gerichten angestrebt wur-

de. Die Einführung dieser Regelung auch für den reinen Binnenprozess wurde in der parlamentarischen Initiative MARKWALDER lediglich mit der Sorge begründet, dass die Regelung andernfalls als ein «blocking statute» hätte angesehen werden können, das keine Beachtung im ausländischen Prozess fände.<sup>300</sup> Da in den USA ein «attorney-client privilege» auch für Unternehmenjuristen besteht,<sup>301</sup> hätte das Gegenseitigkeitserfordernis auf anderem Weg eine Beschränkung auf den Anlassfall der Initiative bringen sollen.<sup>302</sup> Blickt man jedoch auf das Gutachten des SIR, das der Bundesrat im Hinblick auf die Initiative einholen liess, bestanden schon an sich Bedenken, ob mit dem Gesetzesvorhaben dieses Ziel überhaupt hätte erreicht werden können.<sup>303</sup> Durch die Streichung des Gegenseitigkeitserfordernisses fällt aber nun das letzte Element, das auf einen grenzüberschreitenden Rechtsverkehr als Ziel der Bestimmung hinweist. Das Verweigerungsrecht kommt unter den übrigen Voraussetzungen in Zukunft stets vor Schweizer Gerichten zur Anwendung.<sup>304</sup> Das zunächst vorgeschlagene explizite Rechtsmissbrauchsverbot für die Ausübung des Verweigerungsrechts sollte wohl der Befürchtung eines allzu breiten Entzugs von Beweismitteln für die Gegenseite<sup>305</sup> einen Riegel vorschieben. Allerdings strich der Nationalrat auf Vorschlag seiner Rechtskommission auch diese Einschränkung wieder.<sup>306</sup>

<sup>293</sup> Siehe zu dieser Voraussetzung noch nachstehend.

<sup>294</sup> Insgesamt stellten sich im Vernehmlassungsverfahren sieben Kantone, die die Mehrheit bildeten, und neun Organisationen gegen die Regelung (Übersicht Vernehmlassungsverfahren [FN 138], 14); siehe auch die grundlegende Kritik bei ISAAK MEIER, Mitwirkungsverweigerungsrecht für Rechtsdienste als Schutz vor Klagen von Geschädigten?, AJP 2020, 1168 ff.; demgegenüber sehen etwa FELIX DASSER, Berufsgeheimnisschutz für interne Rechtsdienste?, in: Jusletter 18. Januar 2021, N 7 ff., oder auch ALEXANDER WINTSCH/MARCO BORSARI, Inhouse Privilege – Quo Vadis?, ZZZ 2023, 110 ff., 115 diese Regelung im Hinblick auf die Praxis weniger kritisch.

<sup>295</sup> Siehe etwa die Darstellung bei MEIER (FN 294), 1172 bzw. ROMAN HUBER/STEPHANIE RIGAUX, Das Verweigerungsrecht im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines unternehmensinternen Rechtsdienstes im Zivilprozess (Art. 167a nZPO), SJZ 2023, 603 ff., 604 FN 9.

<sup>296</sup> Vorentwurf Internet: [https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6007/100/cons\\_1/doc\\_1/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6007-100-cons\\_1-doc\\_1-de-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6007/100/cons_1/doc_1/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6007-100-cons_1-doc_1-de-pdf-a.pdf) (zit. Vorentwurf UJG, Abruf 20.08.2023); dazu etwa MICHEL BESSON, Der Entwurf für ein neues Unternehmensjuristengesetz, SJZ 2009, 353 ff.

<sup>297</sup> Darauf hinweisend BOHNET/SCHALLER (FN 6), 209.

<sup>298</sup> DASSER (FN 294), N 16, sieht die Leitung durch eine Rechtsanwältin als ausreichend an, da lediglich der Geheimnisschutz im Zivilverfahren durch die Gesetzesrevision betroffen sei.

<sup>299</sup> AB 2021 S 679 ff.

<sup>300</sup> Parlamentarische Initiative MARKWALDER «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen», vom 11.3.2015 (15.409).

<sup>301</sup> Ausführlich zu diesem das Gutachten Nr. 16-156 des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vom 11. September 2017 (zit. SIR Gutachten), 19 ff., das den Autoren dieses Beitrages vorliegt.

<sup>302</sup> Siehe insbesondere die Wortmeldungen SOMMARUGA und RIEDER, AB 2021 S 680; das Gegenseitigkeitserfordernis im Inland hätte allerdings wohl auch für Unklarheiten gesorgt; dazu auch kritisch WINTSCH/BORSARI (FN 294), 112.

<sup>303</sup> Das SIR Gutachten (FN 301), das auch die parlamentarische Initiative MARKWALDER (FN 300) im Hinblick auf ihr angestrebtes Ziel evaluierte, hält abschliessend fest, dass wenn die gesetzliche Regelung auch neue Argumente im Verfahren bieten kann: «the Markwalder initiative will not guarantee that Swiss litigants will be treated the same as U.S. litigants with respect to the applicability of a privilege for communications with in-house counsel» (S. 35); siehe auch KAREN TOPAZ DRUCKMAN, Disadvantages for Swiss Corporations Involved in Litigation in the U.S., in: Jusletter 7. Mai 2018; WINTSCH/BORSARI (FN 294), 115 ff.

<sup>304</sup> HUBER/RIGAUX (FN 295), 608 f. Es erschliesst sich uns daher nicht, warum BAUER (FN 47), 202, meint, dass die Bestimmung in der Schweiz nie Anwendung finden würde; befürwortend, dass das Gegenseitigkeitserfordernis gefallen ist: WINTSCH/BORSARI (FN 294), 112.

<sup>305</sup> Siehe etwa MEIER (FN 294), 1168 f; SLAW, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 225.

<sup>306</sup> AB 2022 N 698.

Auf das Verweigerungsrecht können sich gem. Art. 167a Abs. 1 nZPO zunächst Parteien berufen, die einen unternehmensinternen Rechtsdienst unterhalten. Dazu werden u.E. – trotz Nichterwähnung – auch Nebenparteien zu zählen sein, die damit nicht unter dem Begriff «Dritte» des Abs. 2 zu subsumieren sind.<sup>307</sup> So gestattet nämlich Abs. 2 auch Dritten ein solches Verweigerungsrecht, wobei damit jedenfalls Angehörige des Rechtsdienstes (arg. «im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit») gemeint sind, die keine Organstellung haben.<sup>308</sup> Eine Ausdehnung der Bestimmung auf andere Mitarbeiter ausserhalb des Rechtsdienstes lässt sich u.E. nicht begründen.<sup>309</sup>

Für die Anwendung der Norm wird zentral sein, welche Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem unternehmensinternen Rechtsdienst stehen und wann diese auch als berufsspezifisch bei Anwälten zu gelten haben. Der Gesetzestext bietet keine Definition des «unternehmensinternen Rechtsdienstes».<sup>310</sup> Nach der Botschaft sollen «sich Juristinnen und Juristen, die im Angestelltenverhältnis bei einem Unternehmen beschäftigt sind», auf die Regelung berufen können.<sup>311</sup> Aus dem Wort «Rechtsdienst» im Gesetz wird man jedoch schliessen müssen, dass es sich um eine organisatorisch abgetrennte Einheit im Unternehmen zu handeln haben wird. Darunter wird auch die Compliance-Abteilung im Unternehmen fallen können.<sup>312</sup> Bloss einzelne Angestellte mit Anwaltspatent werden sich ohne eine solche Eingliederung nicht auf das Privileg berufen können. Nach der Botschaft nicht umfasst sind Schadendienstleistungen von Rechtsschutzversicherungen.<sup>313</sup> Für die Auslegung auch der nunmehrigen Fassung ist daraus zu schliessen, dass der Gesetzgeber offenbar nur solche Rechtsdienste erfassen wollte, die eine rechtliche Beratung für das Unternehmen selbst und nicht für Dritte vornehmen.

Der unternehmensinterne Rechtsdienst muss von einer Person mit Anwaltspatent geleitet werden. Auch diese Voraussetzung ist auf Kritik gestossen.<sup>314</sup> Die Kritik, dass damit

nun eine Zwischenkategorie zwischen in das Anwaltsregister eingetragenen Juristen und solchen nur mit Anwaltspatent im Rahmen des unternehmensinternen Rechtsdienstes geschaffen wird, ist u.E. nicht ganz unberechtigt. Der Gesetzgeber hat mit der Formulierung, dass die Person auch «in ihrem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs erfüll[en]» kann, für ausländische Rechtsdienstleiter viele Fragen offengelassen. So scheint bereits der Begriff des «Herkunftsstaates», der dem Prozessrecht fremd ist, auslegungsbedürftig. Versteht man darunter den Staat des Wohnsitzes einer Person, kann mit WINTSCH/BORSARI die Frage aufgeworfen werden, ob es damit tatsächlich nicht ausreichen soll, wenn die Person in einem anderen Drittstaat als Anwalt qualifiziert ist.<sup>315</sup> Hier scheint die Bestimmung noch vom Gegenseitigkeitserfordernis geprägt. Es ist u.E. daher zielführender, dass der Herkunftsstaat nicht – wie der Wortlaut dies eigentlich vorsieht – auf die Herkunft der Person, sondern auf die «Herkunft» der anwaltlichen Qualifikation für die weitere Beurteilung zu beziehen ist.<sup>316</sup> HUBER/RIGAUX wollen darüber hinaus das ausländische Anwaltspatent einer qualitativen Prüfung unterziehen.<sup>317</sup> Das überzeugt u.E. im Hinblick auf das Telos der Bestimmung aber nicht. So wäre bis zur Berufung auf das Verweigerungsrecht unklar, ob das ausländische Anwaltspatent diesen Qualitätserfordernissen entspricht.<sup>318</sup>

Bereits in der Botschaft wird festgehalten, dass der Gesetzgeber mit der Voraussetzung der berufsspezifischen Tätigkeit an die «gängige Voraussetzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisschutzes» anknüpfen wollte.<sup>319</sup> Es wird daher auch auf die bislang ergangene Rechtsprechung und Literatur zurückzugreifen sein, wie sie u.a. zu Art. 13 BGFA und Art. 321 StGB ergangen ist.<sup>320</sup> Damit ist insb. zu prüfen, ob es sich nicht um eine (andere) geschäftliche Tätigkeit handelt,<sup>321</sup> wobei massgebend ist, ob das kaufmännische

<sup>307</sup> Etwas unklar scheint, ob WINTSCH/BORSARI (FN 294), 113, unter «Drittparteien» die Nebenparteien und diese damit als «Dritte» verstehen.

<sup>308</sup> Siehe auch WINTSCH/BORSARI (FN 294), 113, zur Frage, inwieweit sich Unternehmen als Dritte auf den Abs. 2 berufen können.

<sup>309</sup> So aber WINTSCH/BORSARI (FN 294), 113.

<sup>310</sup> Das befürwortend HUBER/RIGAUX (FN 295), 605 f.

<sup>311</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2716.

<sup>312</sup> So bereits WINTSCH/BORSARI (FN 294), 113 f.

<sup>313</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2749; siehe die Kritik des SVV, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 226.

<sup>314</sup> Centre Patronal, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 35; BENOÎT CHAPPUIS/JÉRÔME GURTNER, La profession d'avocat, Zürich 2021, N 364; HUBER/RIGAUX (FN 295), 610, wenngleich diese auf das Bemühen hinweisen, eine dem US-amerikanischen Recht entsprechende Rechtslage herzustellen.

<sup>315</sup> WINTSCH/BORSARI (FN 294), 114.

<sup>316</sup> Im Ergebnis auch WINTSCH/BORSARI (FN 294), 114.

<sup>317</sup> HUBER/RIGAUX (FN 295), 610.

<sup>318</sup> Gerade solche Unklarheiten sollten verhindert werden, siehe AB 2021 S 679 (Votum NOSER).

<sup>319</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2749.

<sup>320</sup> Siehe jeweils m.w.N.: Komm. BGFA-HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, Art. 13 N 114 ff., in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011 (zit. Komm. BGFA-Verfasser); CLAUDIA FRITSCH/NADINE STUDER, § 6 Interne Untersuchungen und Rechtsanwälte, in: Claudio Bazzani/Reto Ferrari-Visca/Simone Nadelhofer (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 6.93 ff; MATTHIAS MICHLLIG/EVA WYLER, Art. 321 N 7 StGB, in: Damian K. Graf (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020; PK StGB-TRECHSEL/VEST (FN 292), Art. 321 N 21.

<sup>321</sup> Vgl. bereits Centre Patronal, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 35 f.

Element der Tätigkeit überwiegt.<sup>322</sup> Eine gesamthafte Betrachtung eines Mandats, wie zum Anwaltsgeheimnis zum Teil vertreten,<sup>323</sup> kommt bei Unternehmensjuristen hingegen nicht in Frage. Da die berufsspezifische Tätigkeit also nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden kann, besteht insoweit eine gewisse Rechtsunsicherheit, bis die Praxis Fallgruppen zu Unternehmensjuristen gebildet hat.<sup>324</sup> In der Literatur wurden allerdings Bedenken geäußert, die bisherige Rechtsprechung auf die Auslegung von Art. 167a nZPO zu übertragen, da eine Abgrenzung durch die Tätigkeit des unternehmensinternen Rechtsdienstes nicht in gleicher Weise wie bei Anwälten möglich sei.<sup>325</sup> Uns erscheint jedoch die Abgrenzung der geschäftlichen Tätigkeit von der anwaltsgleichen Rechtsberatung gerade als notwendig, um das Privileg in Anspruch nehmen zu können. Der nach Art. 167a Abs. 1 nZPO notwendige Zusammenhang mit der Tätigkeit darf wiederum nicht zu weit verstanden werden. Unterlagen, die dem Rechtsdienst bloss für die Rechtsberatung vorgelegt werden, sind im Einklang mit der bislang schon vorliegenden Literatur weiterhin herauszugeben.<sup>326</sup> Zwar schlug eine Minderheit diesbezüglich im Nationalrat eine explizite Regelung vor, die abgelehnt wurde.<sup>327</sup> Allerdings betonte auch LÜSCHER als Angehöriger der Mehrheit, dass im Minderheitenantrag keine besondere Abweichung zum Antrag der Mehrheit bestünde.<sup>328</sup>

Art. 167a Abs. 3 nZPO ermöglicht die Anfechtung des Entscheides über die Verweigerung mittels Beschwerde.<sup>329</sup> Nicht nur systematisch deplatziert, sondern auch kostenrechtlich völlig systemwidrig ist die in Art. 167a Abs. 4 nZPO vorgesehene Regelung, wonach die Kosten für Streitigkeiten über das Verweigerungsrecht nach den Absätzen 1 und 2 der Partei oder dritten Person auferlegt werden, die sich darauf beruft.<sup>330</sup> Solche Kosten für Streitigkeiten über das Verweigerungsrecht können theoretisch für das erstinstanzliche Verfahren und für das (kantonale)

Rechtsmittelverfahren anfallen. Für das erstinstanzliche Verfahren dürfte künftig fraglich sein, ob die Prozesskosten für das Zwischenverfahren über das Verweigerungsrecht – gewissermassen wie unnötige Prozesskosten nach Art. 108 ZPO – gesondert auszuweisen und separat zu verlegen sein werden. Der Wortlaut schliesse eine solche völlig im Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen nach Art. 104 ff. ZPO stehende Auslegung jedenfalls nicht aus. Ebenso schliesse es der Wortlaut nicht aus, der Partei oder der dritten Person, die sich auf das Verweigerungsrecht beruft, sämtliche Prozesskosten des von der Gegenpartei erfolglos erhobenen Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen. Dies ist nicht nur systemwidrig, sondern bietet auch Anreize für (letztlich unbegründete) Anfechtungen. U.E. ist die Norm mindestens für das Rechtsmittelverfahren insoweit teleologisch zu reduzieren, als die Kostenpflicht der verweigernden Partei bzw. des verweigernden Dritten bei Rechtsmitteln der Gegenpartei nicht greift, wenn die Rechtsmittelinstanz gar nicht erst auf das Rechtsmittel eintritt. Begründen lässt sich dies auch damit, dass in diesen Fällen vor der Rechtsmittelinstanz (bei einer formalen Betrachtung) keine Streitigkeit «über» das Verweigerungsrecht besteht bzw. dass in diesen Fällen eine Korrektur des Art. 167a Abs. 4 nZPO über Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO stattfinden muss.<sup>331</sup> Die Norm ist mindestens aus objektiver Perspektive kaum sachlich gerechtfertigt und dürfte wohl vor allem Ausdruck eines politischen Kompromisses für die Schaffung der Sonderstellung von Unternehmensjuristen sein. Eine unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung wird u.E. wiederum die Rechtsfolgen des Art. 164 und Art. 167 Abs. 1 ZPO auslösen, die unmittelbar anzuwenden sind.<sup>332</sup>

Die gesetzlichen Änderungen beziehen sich lediglich auf den Zivilprozess und nicht etwa auf das Straf- oder Verwaltungsverfahren.<sup>333</sup> Das unterscheidet den nun gewählten Ansatz auch von dem nach dem UJG, bei welchem Art. 321 StGB geändert worden wäre.<sup>334</sup> Die

<sup>322</sup> Vgl. beispielsweise BGE 115 Ia 197 E. 3d/bb; 120 Ib 112 E. 4.

<sup>323</sup> Komm. BGFA-NATER/ZINDEL (FN 320), Art. 13 N 124 f; siehe auch FRITSCHÉ/STUDER (FN 320), N 6.99.

<sup>324</sup> HUBER/RIGAUX (FN 295), 614.

<sup>325</sup> HUBER/RIGAUX (FN 295), 611; siehe auch WINTSCH/BORSARI (FN 294), 114 f.

<sup>326</sup> So auch bereits WINTSCH/BORSARI (FN 294), 113; ebenso schon DASSER, (FN 294), N 10; zu den vorbestehenden Unterlagen im Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis siehe etwa auch FRITSCHÉ/STUDER (FN 320), N 6.69.

<sup>327</sup> AB 2022 N 699, Abs. 1<sup>bis</sup> «Dieses Recht beschränkt sich auf die Auskünfte des Rechtsdienstes und gilt nicht für die Unterlagen und die Sachverhalte, die als Grundlage für dessen Stellungnahme dienen.»

<sup>328</sup> AB 2022 N 695.

<sup>329</sup> Dazu auch HUBER/RIGAUX (FN 295), 612.

<sup>330</sup> Siehe auch bereits die Kritik von HUBER/RIGAUX (FN 295), 613; WINTSCH/BORSARI (FN 294), 115.

<sup>331</sup> Siehe auch zur Interessenskollision zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer HUBER/RIGAUX (FN 295), 613.

<sup>332</sup> HUBER/RIGAUX (FN 295), 612, würden darin eine analoge Anwendung sehen und möchten vielmehr Art. 292 StGB heranziehen. Die blosser Untergliederung in Abschnitte scheint unserer Ansicht nach aber noch nicht eine unmittelbare Anwendung per se auszuschliessen.

<sup>333</sup> Darauf auch hinweisend BOHNET/SCHALLER (FN 6), 209; MEIER (FN 294), 1169 ff.; DENIS TAPPY, La révision du CPC (projet du 26 février 2020): état avant l'élimination des dernières divergences, Anwaltsrevue 2023, 103 ff., 106; HERBERT WOHLMANN, Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen, AJP 2020, 1570, der auch für eine Erweiterung eintritt; ebenso WINTSCH/BORSARI (FN 294), 117 f.

<sup>334</sup> Vorentwurf UJG (FN 296); so aber im Nachgang an diese Revision wieder fordernd WINTSCH/BORSARI (FN 294), 119 f.

Konsequenz ist, dass in den Verfahren unterschiedliche Entscheidungsgrundlagen zur Verfügung stehen, die zu anderen Feststellungen führen können. Aus praktischer Sicht ist fraglich, inwieweit Beweisergebnisse eines Straf- oder Verwaltungsverfahrens – beispielsweise in Bezug auf Protokolle von Einvernahmen sowie Urkunden – im Zivilverfahren mit Blick auf das künftige Verweigerungsrecht der Unternehmensjuristen verwertet werden können. U.E. ist zu beachten, dass solche Beweismittel nicht allein durch die Heranziehung aus den Straf- bzw. Verwaltungsakten rechtswidrig beschafft werden, weshalb Art. 152 Abs. 2 ZPO (jedenfalls) keine Anwendung findet.<sup>335</sup> Daran ändert u.E. auch der künftige Art. 167a nZPO nichts.<sup>336</sup> Diese Bestimmung statuiert kein Beweisthemenverbot, sondern räumt lediglich eine Verweigerung der Mitwirkung bzw. Herausgabe von Unterlagen ein.<sup>337</sup> Es gilt daher wie im Zivilverfahren allgemein, dass Strafakten verwendet und auch beigezogen werden können.<sup>338</sup> Das Gleiche gilt für Dokumente aus dem Verwaltungsverfahren.<sup>339</sup> Relevant ist daher lediglich, dass auch ein rechtmässiger Zugang zu den Akten besteht, deren Teile Verwendung finden sollen.

### C. Privatgutachten

Mit der expliziten Regelung der Privatgutachten reagiert der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass Privatgutachten nicht als Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO qualifiziert werden können.<sup>340</sup> Das Bundesgericht sah das Privatgutachten unter Verweis auf die Ma-

terialien (insb. die Botschaft)<sup>341</sup> zur eidgenössischen ZPO lediglich als Parteibehauptung an.<sup>342</sup> Allerdings hielt es als Relativierung fest, dass Parteibehauptungen kombiniert mit einem Privatgutachten «meist besonders substanziiert» seien und dass «sie allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen» vermögen.<sup>343</sup> Die ZPO-Revision fügt nun die Privatgutachten in die Definition des Urkundenbegriffes in Art. 177 ZPO ein. Damit sind Privatgutachten zukünftig als Urkunden einzuordnen.<sup>344</sup> Das begrüßte zuletzt auch das Bundesgericht, weil damit ein «Beweisvakuum» bei Streitigkeiten um Krankentagegelder gefüllt werden könne, wenn derzeit beide Parteien lediglich Privatgutachten vorlegen.<sup>345</sup>

Im Zuge der Diskussion zu Privatgutachten besteht die Gefahr der Vermengung der Fragen des Beweiswerts und der Beweismittelqualität, die richtigerweise voneinander zu trennen sind.<sup>346</sup> Umso zentraler ist die Feststellung in der Botschaft, dass sich der «Beweiswert [...] im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (z.B. Beziehungen der Parteien zum Gutachter sowie Auftragserteilung, Prozess und Ablauf der Einholung des Gutachtens, Fachkunde des Parteigutachters etc.)» erst ergibt.<sup>347</sup> Ebenso wollte der Gesetzgeber durch die Zulas-

<sup>335</sup> MEIER (FN 294), 1169; auf die Frage inwieweit Art. 152 Abs. 2 ZPO auf formell rechtswidrig erlangte Beweismittel anzuwenden ist, soll hier nicht weiter eingegangen werden, siehe etwa KUKO ZPO-BAUMGARTNER (FN 11), Art. 152 N 19 ff.

<sup>336</sup> A.M. MEIER (FN 294), 1169; offenlassend WINTSCH/BORSARI (FN 294), 117.

<sup>337</sup> Ebenso DASSER (FN 294), N 9.

<sup>338</sup> LORENZ DROESE, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern, Luzern 2008, 212 ff.; MARK LIVSCHITZ/OLIVER SCHMID, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise – Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis, AJP 2011, 739 ff., 744; OMAR ABO YOUSSEF, Kapitel 7. Zusammenhänge zwischen Zivil- und anderen Verfahren, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020 (zit. FHB ZPR-Verfasser), N 7.14 f; siehe auch BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3.

<sup>339</sup> SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, 2C\_119/2013, SZW 2013, 563 ff., 571; FHB ZPR-Kesselring (FN 338), N 7.31.

<sup>340</sup> BGE 141 III 433 E. 2.

<sup>341</sup> Der Vorentwurf zur ZPO enthielt mit Art. 182 eine Bestimmung, die ganz generell die Einreichung von Privatgutachten gestatten sollte. Systematisch wären nach der damaligen Fassung Privatgutachten im Abschnitt zu den Gutachten geregelt. Da man befürchtete, dass mit der Regelung fälschlicherweise auch die Zuerkennung eines besonderen Beweiswertes angenommen werden könnte, verzichtete der Gesetzgeber auf eine Aufnahme in die ZPO (vgl. Botschaft ZPO 2006 [FN 76], 7325; DAVID RÜETSCHI, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO – Unter Berücksichtigung der geografischen Marke, in: Marco Bundi/Benedikt Schmidt [Hrsg.], Gedanken zum Schutz von geografischen Zeichen. Festschrift für J. David Meisser zum 65. Geburtstag, Bern 2012, 3 ff., 12 f.; LUCAS A. T. BRÖNNIMANN/LEA MILLONIG, Privatgutachten – Beweismittel oder besonders substantiierte Parteibehauptung?, in Florian Eichel/Christoph Humi/Alexander R. Markus [Hrsg.], Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Bern 2022, 23 ff., 34 f.).

<sup>342</sup> BGE 140 III 16 E. 2.5; 141 III 433 E. 2; BGer, 4A\_200/2022, 9.6.2022, E. 3.2; a.A. ANDREAS BINDER/ROMAN S. GUTZWILER, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, 171 ff.; anders beurteilt auch das Bundesgericht demoskopische Erhebungen für die Verkehrsdurchsetzung einer Marke, siehe BGE 148 III 409 E. 4.5.

<sup>343</sup> BGE 141 III 433 E. 2.6; zur Judikatur auch FRANÇOIS BOHNET/FRÉDÉRIC FITZI, L'expertise privée de l'art. 177 CPC révisé, SZPP 2023, 469 ff., 475 ff.

<sup>344</sup> Siehe zu den unterschiedlichen Positionen BRÖNNIMANN/MILLONIG (FN 341), 32 f.

<sup>345</sup> BGer, 4A\_247/2020, 7.12.2020, E. 4.2.

<sup>346</sup> Siehe etwa zur Beratung in den eidgenössischen Räten zur vereinheitlichten ZPO BRÖNNIMANN/MILLONIG (FN 341), 35.

<sup>347</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2752; siehe auch AB 2021 S 670 (Votum BAUER); BOHNET/SCHALLER (FN 6), 196; BOHNET/FITZI (FN 343), 482 ff.

sung von Privatgutachten als Urkunden eine gewisse Kohärenz mit der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung herstellen.<sup>348</sup> Aus derselben lässt sich jedenfalls nun der Grundsatz entnehmen, dass nicht die Einbringung durch die Partei per se bereits Zweifel am Beweiswert des Gutachtens auslösen kann.<sup>349</sup> Die Praxis im Sozialversicherungsrecht zeigt aber zugleich die Gefahr eines Ungleichgewichts der Parteien bei der Möglichkeit der Einbringung von Gutachten auf.<sup>350</sup>

Auch künftig ist zu beachten, dass das Parteigutachten gerade keine prozessuale Gleichstellung mit dem Gerichtsgutachten erfahren hat. Das Parteigutachten kann als Urkunde lediglich schriftlich eingereicht werden und es ist keine Erläuterung oder Möglichkeit von Ergänzungsfragen vorgesehen. Dies kann sich im Verfahren als unbefriedigende Situation erweisen; zeigt aber, dass der Beweiswert des Parteigutachtens allein aus prozessualen Gründen nur begrenzt sein kann, wie dies auch bereits das Bundesgericht in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung aussprach.<sup>351</sup> Ein bereits vor der ZPO-Revision vorgeschlagenes Mittel den privaten Gutachter dennoch im Verfahren anzuhören, stellt eine Einvernahme als sachverständige Person nach Art. 175 ZPO dar.<sup>352</sup> Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass dieser nicht zu seinem Gutachten einzuvernehmen ist. Als Zeuge hat er zunächst Zeugnis über Tatsachen abzulegen und nicht ein Beweismittel zu erörtern.<sup>353</sup> Im Unterschied zum regulären Zeugen dürfen dem sachverständigen Zeugen zwar *auch* Fragen zur Würdigung des Sachverhaltes gestellt werden, allerdings müssen sich diese trotzdem auf

seine eigene Sinneswahrnehmung beziehen und nicht auf ein eigentliches Beweismittel.<sup>354</sup>

Schlussendlich werden sich die Auswirkungen in der Praxis der Beweisführung und -würdigung erst weisen müssen.<sup>355</sup> Wird ein Privatgutachten vorgelegt, auf das sich das Gericht ausschliesslich stützen möchte, aber – möglicherweise allein aufgrund mangelnder fachlicher Kenntnisse – Zweifel an diesem hegt, scheint u.E. zukünftig auch weiterhin ein Gerichtsgutachten angebracht.

Eine Änderung bringt die Anerkennung als Beweismittel für die Überbindung der Kosten solcher Privatgutachten als Parteientschädigung i.S.d. Art. 95 ZPO. Die in der Lehre im Rahmen der heutigen Rechtslage zum Teil geäusserte Zurückhaltung<sup>356</sup> scheint in Zukunft nicht mehr vertretbar. Relevant sollte u.E. aber bleiben, ob das Privatgutachten tatsächlich für den Prozess eingeholt wurde.<sup>357</sup>

#### D. Anwendbarkeit auf rechtshängige Verfahren

Die Neuerungen im Beweisrecht sind bereits ab Inkrafttreten der revidierten ZPO auf rechtshängige Verfahren anwendbar. Während die Änderungen zu Privatgutachten in laufenden Verfahren weniger einschneidend sein dürften, kann die plötzliche Möglichkeit von Beteiligten, sich auf ein Mitwirkungsverweigerungsverbot zu berufen, die Prozessaussichten für die Parteien merklich verändern.<sup>358</sup> Das Inkrafttreten berührt u.E. jedoch nicht bereits im Verfahren vom Gericht abgenommene Beweismittel. Die Beweismittel wurden im Zeitpunkt der Abnahme nicht (formell) rechtswidrig erlangt.<sup>359</sup> Aus der Anwendbarkeit des Mitwirkungsverweigerungsrechts auf bereits rechtshängige Verfahren kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass auch die Verwertung bereits unter Mitwirkung erlangter Beweismittel unzulässig sei.

<sup>348</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2752; siehe auch AB 2021 S 670 (Votum BAUER).

<sup>349</sup> BGE 125 V 351 E. 3.b.dd.

<sup>350</sup> Siehe etwa SOLUNA GIRÓN, Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen!, in: Jusletter 16. September 2019, N 13 und 66.

<sup>351</sup> BGE 125 V 351, 353, E. 3.c. («Daraus folgt indessen nicht, dass ein solches Gutachten den gleichen Rang wie ein vom Gericht oder von einem Unfallversicherer nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten besitzt.»); BOHNET/FITZI (FN 343), 487 f.; HURNI/HOFMANN (FN 56), 217 mit Zweifeln, ob durch die Einordnung als Urkunde grosse Änderungen im Verfahren zu erwarten sind; siehe auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 824; an sich deswegen hinsichtlich der Gleichstellung Bedenken hegend: STEPHAN HARTMANN, Arzzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess, AJP 2018, 1339 ff., 1346 f. sowie 1351 zu den Auswirkungen der Revision im Hinblick auf medizinische Gutachten.

<sup>352</sup> FRANZ MÜLLER/SIMON ZINGG, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, ZBJV 2009, 619 ff., 651; HASENBÖHLER/YÁÑEZ (FN 202), N 7.382; BRÖNNIMANN/MILLONIG (FN 341), 38, 48 f. und 51.

<sup>353</sup> Vgl. Art. 169 ZPO.

<sup>354</sup> BGer, 4A\_309/2017, 26.3.2018, E. 2.3.6; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (FN 11), Art. 175 ZPO N 2 f; BSK ZPO-GUYAN (FN 86), Art. 175 N 1.

<sup>355</sup> HURNI/HOFMANN (FN 56), 217; siehe auch die offenen Fragen bei BOHNET/FITZI (FN 343), 486 ff., wie insb. in Bezug auf den hier nicht behandelten Art. 158 ZPO.

<sup>356</sup> BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 86), Art. 95 N 17; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 95 N 14; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN (FN 11), Art. 95 N 27; Zivilprozessrecht-STAEHELIN (FN 291), § 16 N 13.

<sup>357</sup> BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 86), Art. 95 N 17; siehe auch BOHNET/FITZI (FN 343), 486.

<sup>358</sup> Siehe auch TAPPY (FN 333), 109.

<sup>359</sup> Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 152 Abs. 2 ZPO siehe bereits FN 335.

### XIII. Schlichtungsverfahren

#### A. Überblick über die Änderungen

Im Schlichtungsverfahren werden die Regelungen über den Geltungsbereich (Art. 198 f. ZPO), die Pflicht zum persönlichen Erscheinen (Art. 204 ZPO), die Säumnis (Art. 206 ZPO), die Klagebewilligung (Art. 209 ZPO), den Urteilsvorschlag (Art. 210 ZPO) und die Entscheidungskompetenz (Art. 212 ZPO) abgeändert.

#### B. Geltungsbereich des Schlichtungsverfahrens

##### 1. Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium

Der Gesetzgeber konkretisiert und ergänzt die Ausnahmen vom obligatorischen Schlichtungsverfahren. Dieses entfällt nach Art. 198 nZPO bei sämtlichen Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weiteren Kinderbelangen (lit. b<sup>bis</sup>), bei Streitigkeiten, für die nach Art. 7 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist (lit. f), wenn das Gericht eine Frist für eine Klage gesetzt hat sowie bei Klagen, die mit einer solchen Klage vereint werden, sofern die Klagen in einem sachlichen Zusammenhang stehen (lit. h) sowie bei Klagen vor dem Bundespatentgericht (lit. i).

##### 2. Verzicht auf das Schlichtungsverfahren

Nach dem revidierten Recht kann die klagende Partei bei Streitigkeiten, für die nach den Art. 5, Art. 6 und Art. 8 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist, künftig *fakultativ* ein Schlichtungsverfahren durchführen (Art. 199 Abs. 3 nZPO). Dementsprechend entfällt die diesbezügliche Ausnahme vom obligatorischen Schlichtungsverfahren im geltenden Recht (vgl. Art. 198 lit. f nZPO). Der aufgrund entsprechenden Vorbringens im Vernehmlassungsverfahren differenziertere Vorschlag des Bundesrats, der Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. c ZPO bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 dem obligatorischen Schlichtungsverfahren unterstellte,<sup>360</sup> fand in den Räten kein Gehör.<sup>361</sup>

Gläubigern kommt diese Änderung entgegen, soll sie doch auch in Fällen, in denen eine Unterbrechung der Verjährung durch Schuldbetreibung nicht möglich ist, wie namentlich, wenn gegen einen Schuldner überhaupt kein Betreuungsort in der Schweiz besteht<sup>362</sup> oder wenn der Anspruch (z.B. die Nachbesserung) nicht der Schuldbetreibung unterliegt,<sup>363</sup> eine einfache (und weitgehend formlose) Unterbrechung der Verjährung durch Schlichtungsgesuch ermöglichen.<sup>364</sup> Das ist u.E. allerdings nicht unproblematisch: Der Grund für die Ausnahme von Streitigkeiten nach Art. 5 und Art. 6 ZPO vom Schlichtungsobligatorium lag beim Erlass der ZPO darin, dass bei der nicht spezialisierten Schlichtungsbehörde das notwendige Fachwissen für eine sinnvolle Schlichtung (inkl. Vergleichsvorschlag) nicht bzw. kaum vorausgesetzt werden könne.<sup>365</sup> Daran dürfte sich – nicht nur, aber auch, weil die Schlichtungsbehörden teilweise noch immer als Laienbehörden organisiert sind<sup>366</sup> – nicht viel geändert haben. Gerade in Zeiten, in denen die Ressourcen der Justiz zunehmend knapper werden, erscheint es u.E. zudem kaum zweckmässig, die Schlichtungsbehörden (gleiches gilt aber grundsätzlich auch für die Betreibungsbehörden) zur einfachen Verjährungsunterbrechung zu missbrauchen, ohne dass eine Absicht besteht, die entsprechenden Ansprüche auch effektiv gerichtlich durchzusetzen. Aus einer prozessrechtlichen Optik wäre daher mindestens zu fordern, dass der Fortbestand der Unterbrechungswirkung generell mit einer Obliegenheit zur Prosequierung der geltend gemachten Ansprüche verbunden würde. Abgesehen davon wäre es am materiellen Recht, die Normen über die Verjährung in einer für den Regelfall sinnvollen Weise auszugestalten, beispielsweise über grundsätzlich genügende Verjährungsfristen oder auch über eine einfache Verjährungsunterbrechung durch rein privatrechtliche Instrumente.<sup>367</sup> Es ist aber nicht Aufgabe des Prozess-

<sup>360</sup> Vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2755 f.; Übersicht Vernehmlassungsverfahren (FN 138), 40 f.

<sup>361</sup> Der Ständerat lehnte den bundesrätlichen Vorschlag – soweit ersichtlich – ohne Diskussion ab (vgl. AB 2021 S 682); der Nationalrat folgte dem Ständerat und lehnte gleichzeitig einen Minderheitsantrag, der generell einen gemeinsamen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren ermöglichen wollte, ab (vgl. AB 2021 N 692, ff.).

<sup>362</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2755.

<sup>363</sup> Dazu BGer, 4C.258/2001, 5.9.2002, E. 4.2.1; vgl. ferner beispielsweise CHRISTOF BERGAMIN, Verjährungsunterbrechung bei Nachbesserung: Zum Problem bei Zuständigkeit eines Handelsgerichts, BR 2017, 13 ff.

<sup>364</sup> Zu diesem Zweck: Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2756; WEBER (FN 3), 388.

<sup>365</sup> Vgl. für Streitigkeiten nach Art. 5 ZPO Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7239; für solche nach Art. 6 ZPO AB 2007 S 519 und AB 2008 N 947 ff.; vgl. ferner auch BGE 138 III 558 E. 4.3.

<sup>366</sup> Vgl. beispielsweise für Zürich § 54 GOG/ZH i.V.m. § 23 GPR/ZH.

<sup>367</sup> Vgl. zur mangelnden Option der Verjährungsunterbrechung durch rein private Schritte im geltenden Recht Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2756; dazu auch Kanton Zürich, Auswertung Vernehmlassungsverfahren (FN 26), 245 f. zu Art. 198 E-ZPO. Freilich muss auch bei rein privatrechtlichen Instrumenten ein Interessenausgleich zwischen den berechtigten Interessen des Gläubigers und des Schuldners gefunden werden.

rechts, eine Umgehung der in der Praxis (freilich teilweise zu Recht) als zu kurz befundenen materiell-rechtlichen Verjährungsfristen zu ermöglichen, indem es eine einfache Unterbrechung der Verjährung ermöglicht, ohne dass eine ernsthafte Absicht besteht, die Rechtslage definitiv klären zu lassen.

Fragwürdig erscheint schliesslich, weshalb die Möglichkeit eines fakultativen Schlichtungsverfahrens nicht auch für Streitigkeiten nach Art. 7 ZPO festgeschrieben wurde. Zur Aufnahme des Art. 7 ZPO in den Katalog der Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium (vgl. Art. 198 lit. f nZPO) führt die Botschaft aus, dass gemäss Bundesgericht eine unterschiedliche Behandlung von Art. 7 und Art. 5 bzw. Art. 6 ZPO nicht gerechtfertigt sei<sup>368</sup> und dadurch dieses gesetzgeberische Versehen korrigiert werde.<sup>369</sup> Unerklärlich ist vor diesem Hintergrund, weshalb nun für Art. 7 ZPO wiederum ein Sonderregime gelten sollte, zumal auch dafür kaum sachliche Gründe bestehen. Es liegt daher nahe, dass es sich bei der unterschiedlichen Behandlung wiederum um ein gesetzgeberisches Versehen handelt.

## C. Schlichtungsverfahren

### 1. Persönliche Erscheinungspflicht

In Art. 204 Abs. 1 Satz 2 nZPO kodifiziert der Gesetzgeber die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es für das persönliche Erscheinen juristischer Personen genügt, wenn entweder ein Organ oder eine Person erscheint, die mit einer kaufmännischen Handlungsvollmacht ausgestattet sowie zur Prozessführung und zum Abschluss eines Vergleichs befugt und mit dem Streitgegenstand vertraut ist.<sup>370</sup> Nur geringfügige Anpassungen erfolgen zudem an Art. 204 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a nZPO.

Eine grundlegende Änderung bringt dagegen Art. 204 Abs. 2 lit. d nZPO. Nach dieser Bestimmung muss eine Partei nicht persönlich erscheinen und kann sich vertreten lassen, wenn sie eine von mehreren klagenden oder beklagten Parteien ist und eine der Parteien anwesend sowie befugt ist, die anderen klagenden oder beklagten Parteien zu vertreten und einen Vergleich in deren Namen abzuschliessen. Diese erst im parlamentarischen Verfahren eingefügte Bestimmung soll insbesondere bei Nachbarschafts- oder Eigentumsstreitigkeiten nützlich sein, da es schwierig oder unmöglich sei, eine Schlichtungsverhandlung mit 25 Miteigentümern durchzuführen, die ge-

gen den sechszwanzigsten klagen.<sup>371</sup> Die Möglichkeit der Vertretung bei mehreren klagenden oder beklagten Parteien erscheint u.E. bei notwendiger Streitgenossenschaft zweckmässig, jedenfalls sofern man verlangt, dass eine Bevollmächtigung zum Abschluss eines unwiderruflichen Vergleichs besteht. Ob die beschlossene Regelung auch für die vom Wortlaut ebenso erfasste einfache (aktive oder passive) Streitgenossenschaft zweckmässig ist, könnte zweifelhaft sein. Bei der einfachen Streitgenossenschaft geht es um selbstständige Ansprüche der Parteien, so dass die Konzentration auf einen einzigen einfachen Streitgenossen die Vergleichsbereitschaft senken könnte, zumal dann Vergleiche über die Ansprüche einzelner (bei persönlicher Anwesenheit allenfalls vergleichsbereiter) Streitgenossen eher unwahrscheinlich sind.

### 2. Ordnungsbusse bei Säumnis an der Schlichtungsverhandlung

Das revidierte Recht sieht mit Art. 206 Abs. 4 nZPO eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 1000 bei Säumnis einer Partei im Schlichtungsverfahren vor. Bereits nach bisherigerem Recht erlaubte das Bundesgericht die Anordnung einer Ordnungsbusse über Art. 128 Abs. 1 ZPO, wenn qualifizierte Umstände, wie die Störung des Geschäftsgangs oder gar eine böse- oder mutwillige Prozessführung, vorlagen und die Schlichtungsbehörde die disziplinarische Bestrafung angedroht hatte.<sup>372</sup> Mit Art. 206 Abs. 4 nZPO entfällt nun künftig das Erfordernis der qualifizierten Umstände.<sup>373</sup> Freilich muss die Säumnisfolge aber nach wie vor angedroht werden (vgl. Art. 147 Abs. 3 ZPO), was die Schlichtungsbehörde standardmässig in der Vorladung tun sollte.<sup>374</sup>

Die Regelung adressiert die Problematik, dass die beklagte Partei bis anhin grundsätzlich sanktionslos der Schlichtungsverhandlung fernbleiben und dadurch den gesetzgeberischen Willen, dass einem gerichtlichen Verfahren ein Einigungsversuch vorangehen soll, vereiteln konnte.<sup>375</sup> Da das Schlichtungsverfahren ein Erfolgsmodell ist,<sup>376</sup> er-

<sup>368</sup> BGE 138 III 558 E. 4.5.

<sup>369</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2754.

<sup>370</sup> Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 140 III 70 E. 4.3.

<sup>371</sup> In diesem Sinne AB 2022 N 671 (Votum LÜSCHER); ferner auch AB 2022 N 673 (Votum BREGY).

<sup>372</sup> Vgl. dazu eingehend BGE 141 III 265 E. 3 ff.

<sup>373</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2757.

<sup>374</sup> In diesem Sinne auch Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2757.

<sup>375</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2757; vgl. dazu auch BOHNET/SCHALLER (FN 6), 202 f.

<sup>376</sup> Vgl. dazu beispielsweise DANIEL KETTIGER, Die Schlichtungsbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell? Anmerkungen zu einer Untersuchung der Universität Zürich, «Justice – Justiz – Giustizia» 3/2014.

scheint uns die Verstärkung des «Verhandlungszwangs» auf Seiten der beklagten Partei als begrüssenswert. Der Wortlaut der Norm («eine säumige Partei») schliesst es nicht aus, dass auch die klagende Partei bei Säumnis – neben der bestehenden Kostenaufgabe gemäss Art. 207 Abs. 1 lit. b ZPO – mit einer Ordnungsbusse bestraft werden könnte. Ob eine solche zusätzliche Bestrafung der klagenden Partei sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig wäre, erscheint u.E. diskutabel. Das Argument, dass ein öffentliches Interesse an einem vorgängigen Einigungsversuch zur Entlastung der Gerichte besteht, der durch Säumnis der Partei vereitelt werden kann, trifft auf die klägerische Partei jedenfalls nicht im gleichen Masse zu, wie bei der beklagten Partei, da das Schlichtungsverfahren bei Säumnis der klagenden Partei abgeschrieben (und letztlich erneut durchgeführt) werden muss. Freilich missachtet aber auch eine säumige klagende Partei eine behördliche Vorladung, was zu Mehraufwänden bei der Schlichtungsbehörde und der Gegenpartei führt.

## D. Frist der Klagebewilligung

Mit Ausnahme der Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht beträgt die Klagefrist der Klagebewilligung nach Art. 209 Abs. 4 nZPO künftig stets drei Monate. Dies gilt insbesondere für die Arrestprosequierungsklage (Art. 279 SchKG).<sup>377</sup> Der Gesetzgeber strich den im bundesrätlichen Entwurf noch vorgesehenen Vorbehalt von weiteren besonderen gesetzlichen Klagefristen, weil er nur Unsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten schaffe.<sup>378</sup>

## E. Urteilsvorschlag und Entscheid

### 1. Urteilsvorschlag

Das revidierte Recht gesteht der Schlichtungsbehörde künftig die Kompetenz zu, den Parteien in den übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 10'000 (bisher CHF 5000) einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten (Art. 210 Abs. 1 lit. c nZPO).<sup>379</sup>

<sup>377</sup> AB 2022 N 670 (Votum LÜSCHER); vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf die Anwendung von Art. 209 Abs. 4 ZPO auf prozessuale Fristen BGE 140 III 561 E. 2.2 (Pra 104 2015 Nr. 65); ferner zu den entsprechenden Konsequenzen bereits HURNI/HOFMANN (FN 56), 210.

<sup>378</sup> AB 2022 N 670 (Votum LÜSCHER); AB 2022 N 673 (Votum BREGY).

<sup>379</sup> Kritisch zur Erhöhung des Streitwerts bereits BOHNET/SCHALLER (FN 6), 202.

## 2. Kostenverteilung im Entscheidverfahren

Nach Art. 212 Abs. 3 nZPO legt die Schlichtungsbehörde, wenn sie in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit bis zu einem Streitwert von CHF 2000 entscheidet, künftig die Gerichtskosten und die Parteientschädigung fest. Dadurch soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess lediglich mit dem Ziel fortsetzt, eine Parteientschädigung zu erhalten.<sup>380</sup> Mit der erst in den parlamentarischen Beratungen eingefügten Bestimmung beantwortet der Gesetzgeber eine bislang kontrovers diskutierte Streitfrage.<sup>381</sup>

## XIV. Ordentliches Verfahren

### A. Überblick über die Änderungen

Im ordentlichen Verfahren kommt es, abgesehen von den bereits besprochenen Anpassungen bei der Widerklage (oben VI.C.), beim Novenrecht (Art. 229 ZPO) sowie bei der Eröffnung der Entscheide (Art. 238 und Art. 239 ZPO) zu Anpassungen.

### B. Novenrecht

#### 1. Bei einfachem Schriftenwechsel

Neu wird in Art. 229 Abs. 1 nZPO festgehalten, dass Tatsachen und Beweismittel in der Hauptverhandlung im ersten Parteivortrag unbeschränkt vorgebracht werden können, sofern nur ein einfacher Schriftenwechsel stattgefunden hat und keine Instruktionsverhandlung mit unbeschränkter Äusserungsmöglichkeit<sup>382</sup> durchgeführt wurde. Damit wird der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nach der in diesen Fällen Tatsachen und Beweismittel in einem separaten Vortrag vor den ersten Parteivorträgen in

<sup>380</sup> AB 2022 N 671 (Votum LÜSCHER).

<sup>381</sup> Für die gesetzgeberische Lösung sprach sich bereits bisher die überwiegende Lehre aus; vgl. beispielsweise Zivilprozessrecht-STAEHELIN (FN 291), § 20 N 42; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS (FN 11), Art. 212 N 5; ablehnend dagegen CR CPC-TAPPY (FN 71), Art. 113 N 6 f.; das Bundesgericht hielt bislang dafür, dass Art. 113 Abs. 1 ZPO eine Parteientschädigung lediglich *im* Schlichtungsverfahren, nicht aber *für* das Schlichtungsverfahren ausschliesse (vgl. BGE 141 III 20 E. 5, in: Pra 104 2015 Nr. 85; kritisch FRANÇOIS BOHNET, Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause A. contre B. (recours en matière civile) 4A\_463/2014 du 23 janvier 2015; ATF 141 III 20, SZPP 2015, 230 ff., 232 f.).

<sup>382</sup> BGE 146 III 55 E. 2.3.1; 144 III 67 E. 2.4.2.

das Verfahren einzubringen sind,<sup>383</sup> eine Absage erteilt.<sup>384</sup> Mit einem Verweis auf Art. 228 Abs. 1 ZPO wird zudem klargestellt, dass mit dem ersten Parteivortrag nur die erste Äusserungsmöglichkeit der Partei gemeint ist. Replik und Duplik i.S.v. Art. 228 Abs. 2 ZPO sind somit nicht Teil der ersten Parteivorträge.<sup>385</sup>

## 2. Bei doppeltem Schriftenwechsel

Der neue Art. 229 Abs. 2 nZPO entspricht inhaltlich weitgehend dem bisherigen Art. 229 Abs. 1 ZPO.<sup>386</sup> Neu wird allerdings festgehalten, dass Noven, sofern sie den Voraussetzungen von lit. a bzw. b entsprechen, innerhalb einer vom Gericht festgelegten Frist oder bei Fehlen einer solchen bis zum ersten Parteivortrag vorzubringen sind. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber Unsicherheiten beseitigen und die als streng empfundene Rechtsprechung<sup>387</sup> zum Begriff «ohne Verzug» korrigieren.<sup>388</sup> Das hehre Ziel der besseren Verständlichkeit wurde leider nicht erreicht. Klar ist immerhin, dass mit der Formulierung «innerhalb einer vom Gericht festgelegten Frist» nicht eine dritte unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit gemeint ist.<sup>389</sup> Unklar ist hingegen, ob dem Gesetzgeber eine *ausdrücklich* für das Vorbringen von Noven angesetzte Frist vorschwebte, wie dies der Wortlaut nahelegt,<sup>390</sup> oder jede Frist, die der Partei für eine Eingabe läuft (z.B. nach Art. 53 Abs. 3 nZPO), von der Bestimmung erfasst ist.<sup>391</sup> Aufgrund des Grundsatzes

von Treu und Glauben (Art. 52 Abs. 1 nZPO) sollte u.E. jedenfalls keine Präklusionswirkung eintreten, wenn eine Frist nicht ausdrücklich (auch) zum Vorbringen von Noven angesetzt wurde.<sup>392</sup> Wurde der Partei keine ausdrückliche Frist gesetzt, oder sind Noven nach dieser entstanden oder in entschuldbarer Weise entdeckt worden, so können sie bis zum ersten Parteivortrag in der Hauptverhandlung vorgebracht werden. Fraglich ist, welchen Zeitpunkt die Wendung «bis zum ersten Parteivortrag» genau bezeichnet. Insbesondere im Zusammenhang mit Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> nZPO stellt sich die Frage, ob die nach lit. a oder b zulässigen Noven vor dem ersten Parteivortrag in der Verhandlung vorgebracht werden müssen,<sup>393</sup> oder die ersten Parteivorträge mitumfasst sind. Während es bei der ersten Lesart in den Fällen von Art. 229 Abs. 2 nZPO bei einem separaten Novenvortrag bleiben würde, könnten bei der zweiten Lesart zulässigen Noven entgegen der heutigen Rechtsprechung auch im ersten Parteivortrag i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Für einen separaten Novenvortrag spricht, dass damit vor den eigentlichen Parteivorträgen Klarheit über die Zulässigkeit der Noven geschaffen werden kann. Für die Parteien führt ein separater Novenvortrag aber zu einer Verkomplizierung und dieser ist zudem fehleranfällig.<sup>394</sup> Unseres Erachtens ist damit für die von Art. 229 Abs. 2 nZPO erfassten Fälle davon auszugehen, dass zulässige Noven während des ersten Parteivortrags i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden können.<sup>395</sup> Dafür spricht zunächst der französische und italienische Wortlaut von Art. 229 Abs. 2 nZPO, der von «*au plus tard lors des premières plaidoiries*» bzw. «*il più tardi durante le prime arringhe*» spricht.<sup>396</sup> Für eine einheitliche Auslegung des Zeitpunkts in Art. 229 Abs. 1 und 2 nZPO spricht weiter, dass das Parlament die Handhabung des Novenrechts vereinfachen und eine als zu streng empfundene Rechtsprechung korrigieren wollte.<sup>397</sup> Da der erste Parteivortrag

<sup>383</sup> BGE 147 III 475; 144 III 519 E. 5.2.1; 144 III 67 E. 2.1.

<sup>384</sup> Vgl. LAURENT GROBÉTY, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile Suisse, SJ 2023, 431 ff., 437; HURNI/HOFMANN (FN 56), 211; WEBER (FN 3), 397; siehe weiter auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 827, die das entstehende Spannungsverhältnis zu Art. 53 Abs. 3 nZPO thematisieren.

<sup>385</sup> ALEXANDER R. MARKUS/LUKAS A. T. BRÖNNIMANN, Erste Gedanken zur Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO), ZZZ 2023, 120 ff., 121; a.A. zum bisherigen Recht MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, 315 ff., 318 FN 20.

<sup>386</sup> Vgl. MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 122.

<sup>387</sup> Vgl. für eine Übersicht der Lehre und Rechtsprechung zum unverzüglichen Vorbringen BGer, 4A\_70/2021, 15.7.2021, E. 4.2.

<sup>388</sup> AB 2023 N 529 (Votum LÜSCHER); WEBER (FN 3), 397; es ist mit GROBÉTY (FN 384), 443, festzuhalten, dass das Bundesgericht trotz der Annahme einer Grundregel einer zehntägigen Frist betont hat, dass dem Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob Noven verspätet vorgebracht wurden oder nicht, ein Ermessensspielraum zusteht, vgl. BGer, 4A\_70/2021, 15.7.2021, E. 4.2 m.w.H.

<sup>389</sup> AB 2023 N 529 (Votum LÜSCHER); HURNI/HOFMANN (FN 56), 211 f.; BREGY (FN 47), 219.

<sup>390</sup> MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 123; siehe auch GROBÉTY (FN 384), 446, der vorschlägt, dass die Gerichte am Ende des Behauptungsstadiums eine generelle Frist zum Vorbringen von zulässigen Noven ansetzen sollen; ferner STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 827 f.

<sup>391</sup> Zu den Auslegungsmöglichkeiten MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 123.

<sup>392</sup> Ähnlich wohl auch MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 123, die sich um der Klarheit willen für eine ausdrückliche Anordnung der Möglichkeit zur Eingabe von Noven aussprechen.

<sup>393</sup> In diese Richtung MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 125 und STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 827.

<sup>394</sup> Vgl. für eine Übersicht der einzelnen Lehrmeinungen hinsichtlich der Vor- und Nachteile eines separaten Tatsachenvortrags BGE 147 III 475 E. 2.3.2.1.

<sup>395</sup> G.L. GROBÉTY (FN 384), 446; HURNI/HOFMANN (FN 56), 212.

<sup>396</sup> Art. 229 Abs. 1 nZPO verwendet in der italienischen Fassung ebenfalls «*durante*». Art. 229 Abs. 1 nZPO spricht in der französischen Fassung demgegenüber in Abweichung von Abs. 2 von «*durant les premières plaidoiries*», dies scheint jedoch eher der Vermeidung einer Wiederholung der Präposition «*lors*» im ersten Absatz geschuldet. LÜSCHER (AB 2023 N 529) spricht für beide Absätze einheitlich von «*jusqu'aux premières plaidoiries*».

<sup>397</sup> Vgl. GROBÉTY (FN 384), 446.

i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO für die Parteien ein klar erkennbarer Vorgang ist – sie erhalten Gelegenheit, ihre Anträge zu stellen und diese zu begründen –, trägt ein einheitlicher Zeitpunkt zur einfacheren Handhabung des Novenrechts bei. Zudem spricht auch die systematische Betrachtung von Art. 229 nZPO für diese Auffassung. Denn wird der Zeitpunkt in Abs. 1 und 2 einheitlich mit dem Ende des ersten Parteivortrags i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO definiert, schliesst sich Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> nZPO ohne Lücke an die beiden vorangegangenen Absätze an.<sup>398</sup>

### 3. Nach den ersten Parteivorträgen

Nach den ersten Parteivorträgen werden Noven, welche die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2 lit. a oder b nZPO erfüllen, nur noch berücksichtigt, wenn diese «[...] in der vom Gericht festgelegten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, spätestens in der nächsten Verhandlung vorgebracht werden.» Wie soeben ausgeführt, schliesst sich Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> nZPO u.E. nahtlos an die beiden ihm vorangehenden Absätze an. Der Verweis auf Art. 229 Abs. 2 lit. a und b nZPO ist somit nicht präzise, denn die aus der Sicht von Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> nZPO echten bzw. unechten Noven müssten eigenständig mit dem Abschluss des ersten Parteivortrags i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO definiert werden. Die in Art. 229 Abs. 2<sup>bis</sup> nZPO vorgesehene Ansetzung einer Frist steht dann quer in der Landschaft, wenn für die Hauptverhandlung ein einziger Termin eingeplant ist. Da die Bestimmung keine Mindestfrist vorsieht, muss es u.E. möglich sein, eine «Frist» auf einen Zeitpunkt innerhalb der laufenden Verhandlung festzusetzen. Wie bei Art. 229 Abs. 2 nZPO ist allerdings auch hier abzulehnen, dass die Partei, welche Noven vorbringen möchte, zunächst um die Ansetzung einer Frist ersuchen muss, denn dies würde zu einer unnötigen Verkomplizierung führen.<sup>399</sup> Ein Antrag auf Fristansetzung ist aber möglich und unter Umständen angezeigt (z.B. bei nicht sofort greifbaren Noven). Wird vom Gericht eine Frist angesetzt, ist diese (auch) ausdrücklich als solche zum Vorbringen von Noven zu bezeichnen (oben XIV.B.2). Wo der Partei keine solche Frist läuft, kann mit dem Vorbringen der Noven grundsätzlich bis zum nächsten Verhandlungstermin zugewartet werden. Denn es war das Ziel der Räte, die als zu streng empfundene Rechtsprechung des Bundesgerichts zum verzugslosen

Vorbringen von Noven zu lockern.<sup>400</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass überhaupt ein weiterer Verhandlungstermin stattfindet. Eine gewisse Unsicherheit bleibt hinsichtlich der Frage, wann «in der nächsten Verhandlung»<sup>401</sup> die noch zulässigen Noven vorgebracht werden müssen. Um der vom Gesetzgeber gewollten Vereinfachung der Handhabung des Novenrechts Ausdruck zu verschaffen, sollten u.E. zulässige Noven während dem ganzen nächsten Verhandlungstermin vorgebracht werden können.<sup>402</sup> Es erscheint uns allerdings mit dem Wortlaut vereinbar, dass das Gericht durch das Ansetzen einer «Frist» in der Verhandlung die Parteien zum Vorbringen der Noven auffordert. Die Parteien haben aber ohnehin ein genuines Interesse, Noven, die für ihre Position sprechen, so schnell wie möglich in den Prozess einzuführen. Damit wird sich u.E. das Missbrauchs- bzw. Verzögerungspotential in Grenzen halten. Entstehen durch ein spätes Vorbringen von Noven dennoch unnötige Kosten sind diese der verursachenden Partei aufzuerlegen (Art. 108 ZPO).

### 4. Bei Geltung der Untersuchungsmaxime

Der Vollständigkeit halber sei hier noch darauf hingewiesen, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO keiner Änderung unterzogen wurde. Wie bisher berücksichtigt das Gericht, wenn es den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat, neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung.

## C. Entscheid und Eröffnung

### 1. Inhalt des Entscheids

Mit der Neuformulierung von Art. 238 lit. g nZPO erfolgt inhaltlich keine Änderung. Nach der Lehre und Rechtsprechung waren das Ergebnis des Beweisverfahrens und damit der Sachverhalt sowie die wesentlichen Überlegungen rechtlicher Art bereits bisher notwendiger Bestandteil einer Entscheidbegründung.<sup>403</sup> Denn der Entscheid muss

<sup>398</sup> Siehe demgegenüber MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 125, nach denen das Vorbringen von Noven während dem ersten Parteivortrag nicht geregelt ist.

<sup>399</sup> MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 123.

<sup>400</sup> AB 2023 N 529 (Votum LÜSCHER); GROBÉTY (FN 384), 446; vgl. auch HURNI/HOFMANN (FN 56), 212.

<sup>401</sup> Zur problematischen Terminologie «nächste Verhandlung» MARKUS/BRÖNNIMANN (FN 385), 123.

<sup>402</sup> Gl.M. wohl auch GROBÉTY (FN 384), 446; Endpunkt der Möglichkeit, zulässige Noven vorzubringen, wird jedoch der Beginn der Urteilsberatung sein (STAEHELIN/VON MUTZENBECHER [FN 34], 827; MARKUS/BRÖNNIMANN [FN 385], 123).

<sup>403</sup> Vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 7; Zivilprozessrecht-STAEHELIN (FN 291), § 23 N 12; St. Galler Komm. BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 65, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., Zürich 2023.

nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts so abgefasst sein, «[...] dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann [...]».<sup>404</sup> Die Klarstellung in der ZPO ist aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch zu begrüssen.

## 2. Unbegründete Eröffnung<sup>405</sup>

### a. Erstinstanzliche Entscheide

Der Bundesrat hatte zu Art. 239 Abs. 1 ZPO keine Änderung vorgesehen. In der ersten Beratung passte der Ständerat den Ingress der Bestimmung jedoch dahingehend an, dass die Entscheide «in der Regel» ohne schriftliche Begründung eröffnet werden. Gleichzeitig schlug der Ständerat vor, in lit. b vorzusehen, dass die Zustellung des unbegründeten Dispositivs zeitnah zu geschehen hat.<sup>406</sup> Folgen bei Verzögerungen wurden jedoch nicht vorgesehen. Der Nationalrat folgte diesen Vorschlägen – soweit ersichtlich – trotz eines Minderheitsantrags, der beim geltenden Recht bleiben wollte, diskussionslos.<sup>407</sup> Gemäss dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf der Revision hat sich der bisherige Art. 239 Abs. 1 ZPO in der Praxis bewährt.<sup>408</sup> Bei der Mehrheit der erstinstanzlichen Entscheide ist die Übergabe des Dispositivs mit kurzer mündlicher Begründung i.S.v. Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO wohl bereits heute die Regel.<sup>409</sup> Damit dürfte der neue Ingress in diesen Fällen kaum etwas ändern. Mit D. STAEHELIN kritisch zu betrachten ist hingegen lit. b leg. cit., die es den Gerichten erlaubt, den Entscheid lediglich durch Zustellung des schriftlichen Dispositivs zu eröffnen.<sup>410</sup> Zu bedauern ist, dass die Revision hier nicht genutzt wurde, die Möglichkeit ins Gesetz aufzunehmen, einem gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO lediglich im Dispositiv eröffneten Entscheid (unter Hinweis, dass eine ausführliche Begründung noch verlangt

werden kann) eine kurze schriftliche Begründung beizufügen.<sup>411</sup> Dies hätte zu mehr Rechtssicherheit geführt.

### b. Entscheide der einzigen kantonalen Instanz

Im Zuge der ZPO-Revision wurde auch Art. 112 Abs. 2 BGG angepasst. Neu kann das Bundesrecht und nicht nur das kantonale Recht eine unbegründete Eröffnung von Entscheiden zulassen, die einem Rechtsmittel an das Bundesgericht unterliegen. Damit wird Art. 239 ZPO für die Verfahren vor der einzigen kantonalen Instanz (Art. 5 ff. ZPO) anwendbar.<sup>412</sup> Bedauerlich ist, dass die Fristen für das Verlangen einer nachträglichen Begründung von Art. 239 Abs. 2 ZPO und Art. 112 Abs. 2 BGG nicht vereinheitlicht wurden.<sup>413</sup> Aufgrund des Vorbehalts von Art. 239 Abs. 3 ZPO kommt für das Verlangen der Begründung vor der einzigen kantonalen Instanz u.E. die 30-tägige Frist von Art. 112 Abs. 2 BGG zum Tragen.<sup>414</sup> Eine zehntägige Frist, wie sie in Art. 239 Abs. 2 ZPO bzw. auch in Art. 82 Abs. 2 StPO vorgesehen ist, entspräche jedoch eher der Tendenz in der Gesetzgebung und wäre u.E. für diese einfache Prozesshandlung ausreichend.

### c. Entscheide der Rechtsmittelinstanz

Die Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 ZPO wurden dahingehend abgeändert, dass für die Eröffnung von Berufungs- bzw. Beschwerdeentscheiden Art. 239 ZPO sinngemäss anwendbar ist. Im Zusammenspiel mit der Anpassung von Art. 112 Abs. 2 BGG ist damit die unbegründete Eröffnung auch für die Rechtsmittelinstanzen möglich.<sup>415</sup> Erstaunlich ist, dass diese Anpassungen praktisch diskussionslos eingefügt wurden.<sup>416</sup> Denn die bisherigen Vorstösse, den Rechtsmittelinstanzen die unbegründete Eröffnung ihrer Entscheide zu erlauben, waren

<sup>404</sup> Statt vieler BGE 141 III 28 E. 3.2.4.

<sup>405</sup> Dieser Teil des Aufsatzes ist an den Aufsatz von MATTHIAS RUFIBACH, Dispositiveröffnung von kantonalen Rechtsmittelentscheiden und die Probleme im Zusammenhang mit ihrer Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, ZZZ 2023, 228 ff. angelehnt.

<sup>406</sup> AB 2021 S 683.

<sup>407</sup> AB 2022 N 706 f.

<sup>408</sup> Erläuternder Bericht (FN 2), 72, worauf sich diese Aussage stützt ist allerdings nicht ersichtlich.

<sup>409</sup> In diese Richtung KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 11; vgl. auch vereinzelt die Berichte zum kantonalen Verfahren bei FHB ZPR (FN 338), N 22.11 ff.; Es scheint aber durchaus kantonale Unterschiede zu geben. Im Kanton Luzern werden z.B. offenbar praktisch keine Entscheide mündlich eröffnet, FHB ZPR-WEY (FN 338), N 22.119.

<sup>410</sup> Zivilprozessrecht-STAEHELIN (FN 291), § 23 N 10.

<sup>411</sup> Eingehend zu einem solchen Vorgehen, ROLAND SARBACH/YANNICK MINNIG, Dispositiveröffnung mit zusätzlicher schriftlicher Begründung?, AJP 2020, 161 ff.; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 12; Zivilprozessrecht-STAEHELIN (FN 291), § 23 N 10.

<sup>412</sup> Zum bisherigen Recht BSK ZPO-STECK/BRUNNER (FN 86), Art. 239 N 28 f.; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 25.

<sup>413</sup> Vgl. MORDASINI/BOOG (FN 240), 83; MELANIE HUBER-LEHMANN, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit zwischen Entschiederöffnung und Ergreifung eines Rechtsmittels, in: Florian Eichel/Christoph Humi/Alexander R. Markus (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Bern 2022, 55 ff., 76 f.; daran krankte bereits der Entwurf des Bundesrates, KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 9a.

<sup>414</sup> RUFIBACH (FN 405), VII.; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 25; siehe aber auch MORDASINI/BOOG (FN 240), 81 und HUBER-LEHMANN (FN 413), 77, nach denen eine Unklarheit hinsichtlich der Frist besteht.

<sup>415</sup> Zur Frage, ob dies auch die Regel sein soll, ausführlich RUFIBACH (FN 405), IV.B.

<sup>416</sup> AB 2021 S 692; AB 2022 N 710.

jeweils im Nationalrat gescheitert.<sup>417</sup> Die Regelung ist aus unserer Sicht zu bedauern. Die unbegründete Eröffnung sollte u.E. von den Rechtsmittelinstanzen sehr zurückhaltend angewendet werden, z.B. wenn der erstinstanzliche Entscheid in Anwendung einer ständigen Praxis vollumfänglich bestätigt wird.<sup>418</sup> Die Begründung erfüllt für ein Rechtssystem wesentliche Funktionen,<sup>419</sup> die bei einer Rechtsmittelinstanz im Besonderen über den einzelnen Streit hinaus wirken. Zunächst haben die unteren Instanzen keine Möglichkeit von den Entscheidungsgründen zu erfahren, wenn keine der Parteien eine Begründung des Rechtsmittelentscheids verlangt. Dies ist insbesondere bei Entscheiden stossend, bei denen die Rechtsmittelinstanz anders entscheidet als die erste Instanz, liegt es doch im Interesse der unteren Instanz zu erfahren, was zur Abänderung ihres Entscheides geführt hat.<sup>420</sup> Dadurch tragen die kantonalen Rechtsmittelinstanzen, sofern zugleich der Zugang zu diesen Entscheiden gewährleistet wird, wesentlich zur einheitlichen Anwendung des Rechts bei, indem die untere Instanz vergleichbare Fälle in Zukunft im Sinne des Rechtsmittelentscheides entscheidet.<sup>421</sup> Daneben sind die Begründungen der kantonalen Rechtsmittelinstanzen auch wichtige Quellen für die Rechtswissenschaft, die eine dogmatische Einordnung der Rechtsprechung vornimmt und so die Rechtsentwicklung fördert.<sup>422</sup> Eine Begründung kann sodann auch Rechtsunterworfenen den Entscheid erleichtern, ob sie in einer ähnlichen Sache ein Rechtsmittel ergreifen sollten.<sup>423</sup> Die Begründungen der kantonalen Rechtsmittelinstanzen haben daher eine über den Einzelfall hinausgehende Funktion und es besteht neben den privaten Interessen auch ein öffentliches Interesse an einer Begründung der Rechtsmittelentscheide, die es bei der Entscheidung über die Ausführung einer Begründung durch ein Gericht zu berücksichtigen gilt. Festzuhalten ist auch hier, dass die

fehlende Koordination von Art. 112 Abs. 2 BGG und Art. 239 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der Frist für das Verlangen einer Begründung bedauerlich ist.

### 3. Erledigung ohne Entscheid

Der neue Wortlaut von Art. 242 nZPO entspricht dem Entwurf des Bundesrats. Neu wird ausdrücklich festgehalten, dass ein Abschreibungsentscheid ergeht, wenn das Verfahren ohne Sachentscheid endet. Der Gliederungstitel wurde ebenfalls präzisiert. Inhaltlich hat die Anpassung jedoch zu keiner Änderung geführt.<sup>424</sup>

## XV. Vereinfachtes Verfahren

### A. Überblick über die Änderungen

Mit der Revision werden im vereinfachten Verfahren neu die Folgen bei Säumnis an der Hauptverhandlung ausdrücklich geregelt (Art. 245 Abs. 1 und 2 nZPO).

### B. Säumnis an der Verhandlung bei Klage ohne schriftliche Begründung (Art. 245 Abs. 1 nZPO)

Enthält die Klage im vereinfachten Verfahren keine Begründung, so stellt das Gericht sie der Partei zu und lädt zugleich zur Verhandlung vor (Art. 245 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war bei Säumnis der beklagten Partei nicht in analoger Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO erneut zu einer Verhandlung vorzuladen, sondern sogleich in analoger Anwendung von Art. 234 Abs. 1 ZPO zu verfahren.<sup>425</sup> Entsprechend waren die bis dahin erfolgten Eingaben und die Äusserungen der am Verhandlungstermin anwesenden Partei dem Entscheid zu Grunde zu legen. Neu wird hingegen in Art. 245 Abs. 1 Satz 2 nZPO festgehalten, dass bei Säumnis einer der Parteien erneut zu einer Verhandlung vorzuladen ist. Die zweite Verhandlung hat innert 30 Tagen seit der ersten Verhandlung stattzufinden. Da die beklagte Partei auch im ordentlichen Verfahren eine «zweite Chance» erhält, wenn sie die Klageantwort versäumt (Art. 223 Abs. 1 ZPO), erscheint die neue Regelung gerechtfertigt.<sup>426</sup>

<sup>417</sup> Das erste Mal ein Antrag von THOMAS HURTER während der Beratung der ZPO, AB 2008 N 971 f.; das zweite Mal die Motion CARONI «Kein Begründungszwang vor zweitinstanzlichen Gerichten gegen den Parteiwillen» vom 11.9.2013 (13.3684), AB 2013 N 2204.

<sup>418</sup> RUFIBACH (FN 405), IV.B.

<sup>419</sup> Siehe etwa UWE KISCHEL, Die Begründung, Tübingen 2003, 39 ff.; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1998, 94 ff.

<sup>420</sup> DOMINIK BALMER/RONNIE BETTLER, Dispositiventscheide im ZPO-Rechtsmittelverfahren?, Einige Gedanken zur laufenden ZPO-Revision, in: Jusletter 22. November 2021, N 15.

<sup>421</sup> BALMER/BETTLER (FN 420), N 16.

<sup>422</sup> KNEUBÜHLER (FN 419), 93 und 111 ff.; sowie die Stellungnahme des Bundesrates zur Stellungnahme des Bundesrates vom 23. Oktober 2013 zur Motion CARONI (FN 417).

<sup>423</sup> Vgl. KNEUBÜHLER (FN 419), 127; PAUL STEINER, Die Motivierungspflicht für Gerichtsurteile, SJZ 72 (1976), 117 ff., 123.

<sup>424</sup> Zum Ganzen Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2763; zur lange umstrittenen Qualifikation der Abschreibungsverfügung nach Art. 242 ZPO und zum Rechtsmittelweg vgl. BGE 148 III 186.

<sup>425</sup> BGE 146 III 297 E. 2.

<sup>426</sup> Ablehnend LÖTSCHER/PFÄFFLI/RUPRECHT (FN 147), 48 ff.; unter dem bisherigen Recht befürwortend KUKO ZPO-FRAEFEL (FN 11),

Wie das Bundesgericht in BGE 146 III 297 E. 2.5 allerdings zutreffend festhält, kann auch von einer rechtsunkundigen bzw. anwaltlich nicht vertretenen Partei grundsätzlich erwartet werden, dass sie einer Vorladung zu einem Gerichtstermin Folge leistet. Ist es der Partei nicht möglich den Termin wahrzunehmen, hat sie um dessen Verschiebung zu ersuchen (Art. 135 ZPO). Entsprechend sind die durch den nutzlosen Termin entstehenden Kosten der säumigen Partei unabhängig vom Ausgang des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 108 ZPO).<sup>427</sup> Auf die Kostenfolge ist u.E. in der ersten Vorladung hinzuweisen (Art. 133 lit. f ZPO). In der zweiten Vorladung ist zwingend auf die Säumnisfolgen, die bei erneutem unentschuldigtem Fernbleiben eintreten, aufmerksam zu machen (Art. 245 Abs. 1 nZPO bzw. Art. 133 lit. f ZPO). Erst wenn die Partei auch dem zweiten Termin fernbleibt, ist nunmehr analog Art. 234 ZPO vorzugehen.

### C. Säumnis an der Verhandlung bei Klage mit schriftlicher Begründung (Art. 245 Abs. 2 nZPO)

Bei der begründeten Klage wird in Art. 245 Abs. 2 nZPO festgehalten, dass bei Säumnis an der Verhandlung direkt Art. 234 ZPO sinngemäss anzuwenden ist. In diesen Fällen ist damit kein zweiter Verhandlungstermin anzusetzen, sondern nach Art. 234 Abs. 1 ZPO ein Säumnisurteil zu erlassen. Auf diese Säumnisfolge ist in der Vorladung zwingend hinzuweisen (Art. 133 lit. f ZPO). Zu bedauern ist, dass keine Regelung getroffen wurde, wie bei Ausbleiben der schriftlichen Stellungnahme i.S.v. Art. 245 Abs. 2 erster Satz ZPO zu verfahren ist, womit diese Frage weiter ungeklärt bleibt.<sup>428</sup>

## XVI. Summarisches Verfahren

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich des summarischen Verfahrens enthält die revidierte ZPO Anpassungen beim Geltungsbereich (Art. 249 ff. nZPO) und bei den vorsorglichen Massnahmen gegen Medien (Art. 266 nZPO).

### B. Geltungsbereich

Der Geltungsbereich des summarischen Verfahrens erfährt in der revidierten ZPO eine konzeptionelle Änderung. Anders als nach bisherigem Recht (und auch anders als im [Vor-]Entwurf) sind die Kataloge des summarischen Verfahrens nach Art. 249 ff. und in Art. 305 ZPO durch die Streichung des Wortes *insbesondere* nun abschliessender Natur. Eine nicht abschliessende Aufzählung des summarischen Verfahrens bleibt lediglich in Art. 271 ZPO erhalten, um der Vielfalt der Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft Rechnung zu tragen.<sup>429</sup> Durch diese Änderung sollte Rechtssicherheit geschaffen und das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Legalitätsprinzip verwirklicht werden.<sup>430</sup>

Zugleich kodifizierte der Gesetzgeber in Art. 250 lit. c Ziff. 6 nZPO die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach jede auf Behebung von Organisationsmängeln einer Gesellschaft gerichtete Massnahme dem summarischen Verfahren unterstehe,<sup>431</sup> und hob gleichzeitig den dadurch redundant werdenden Art. 250 lit. c Ziff. 11 ZPO auf.<sup>432</sup> Ebenso unterstellte er die Behebung von Mängeln in der Organisation des Vereins (Art. 249 lit. a Ziff. 5 nZPO) und die Löschung einer Gesellschaft dem summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 16 nZPO). Keine Aufnahme in die Kataloge fanden – und damit wohl unzulässig wurden – die Praxis einiger Westschweizer Kantone, die das Verfahren nach Art. 99 ZPO dem summarischen Verfahren unterstellte,<sup>433</sup> sowie die bundesgerichtliche Praxis, die auf das Ausstandsgesuch das summarische Verfahren anwendete.<sup>434</sup> In Anbetracht des gesetzgeberischen Willens könn-

Art. 245 N 9; FHB ZPR-MEIER (FN 338), N 23.21; BSK ZPO-MAZAN (FN 86), Art. 245 N 15; DIKE Komm. ZPO-BRUNNER/STEININGER (FN 80), Art. 245 N 8 f.; BK ZPO II-KILLIAS (FN 147), Art. 245 N 8, unter dem bisherigen Recht ablehnend SK ZPO-HAUCK (FN 101), Vor 243 N 18; MYRIAM GRÜTTER, Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante, in: Jusletter 14. November 2011, N 36.

<sup>427</sup> KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN (FN 11), Art. 108 N 2.

<sup>428</sup> Dazu eingehend jüngst LÖTSCHER/PFAFFLI/RUPRECHT (FN 147), 26 ff.

<sup>429</sup> Siehe zu den diesbezüglichen Erwägungen im Nationalrat AB 2022 N 671.

<sup>430</sup> Zu den diesbezüglichen Erwägungen im Nationalrat AB 2022 N 671 sowie AB 2022 N 2255.

<sup>431</sup> Vgl. dazu BGE 138 III 166 E. 3.4 ff. (Pra 2012 Nr. 102).

<sup>432</sup> Vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2764.

<sup>433</sup> Vgl. dazu AB 2022 N 671 (Votum LÜSCHER).

<sup>434</sup> BGE 145 III 469 E. 3.3. An der Quintessenz des bundesgerichtlichen Entscheids, dass für die Beschwerde gegen den Entscheid über das Ausstandsgesuch nur eine 10-tägige Beschwerdefrist gilt, ändert diese Anpassung indes nichts. Das Bundesgericht qualifiziert diesen Entscheid als «*anderen erstinstanzlichen Entscheid*»

te namentlich auch jene bundesgerichtliche Rechtsprechung hinfällig sein, wonach das summarische Verfahren auf die Auskunfts- und Einsichtsrechte der Verwaltungsratsmitglieder nach Art. 715a OR anwendbar ist.<sup>435</sup> Für die sinngemässe Anwendung des Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO,<sup>436</sup> der die Auskunfts- und Einsichtsrechte der Aktionäre und Gläubiger einer Aktiengesellschaft, an Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und an Genossenschaftler betrifft, besteht nach Inkrafttreten der revidierten ZPO wohl keine (gesetzliche) Grundlage mehr. Daran erkennt man auch die Gefahren, die mit der vom Gesetzgeber intendierten abschliessenden Aufzählung verbunden sind, sofern man diese nicht mit einer analogen Anwendung auf vergleichbare Fälle wieder auflockern möchte.

### C. Vorsorgliche Massnahmen gegen Medien

Die ZPO-Revision ändert die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen Medien (Art. 266 nZPO) in zweierlei Hinsicht: (i) können solche Massnahmen nun auch bei bestehenden Rechtsverletzungen angeordnet werden und (ii) bedarf es nur noch eines *schweren* und nicht mehr eines *besonders schweren* Nachteils durch die Rechtsverletzung.

Die erste Änderung beruht auf dem (Vor-)Entwurf des Bundesrates und soll das von der überwiegenden Lehre und Praxis als «gesetzgeberisches Versehen»<sup>437</sup> eingestufte unvollständige Überführen des Art. 28c Abs. 3 aZGB in die ZPO<sup>438</sup> korrigieren.<sup>439</sup> Sie war im Parlament weitgehend unbestritten. Die zweite Änderung, die vor ungerechtfertigten Medienkampagnen schützen soll,<sup>440</sup> geht auf die Rechtskommission des Ständerats zurück. Sie war im Gesetzgebungsverfahren<sup>441</sup> und auch in der Lehre<sup>442</sup> Gegenstand intensiver Diskussionen.

(E. 3.2), womit er immer noch durch Art. 321 Abs. 2 nZPO erfasst wird (siehe dazu unten XVIII.B.2); vgl. dazu auch BREGY (FN 47), 219; LÜSCHER (FN 47), 20.

<sup>435</sup> Siehe dazu BGE 144 III 100 E. 6.

<sup>436</sup> In diesem Sinne BGE 144 III 100 E. 6.

<sup>437</sup> In diesem Sinne beispielsweise HGer ZH, HE200461, 1.2.2021, E. 6.3; CHRISTOPH BORN/ANDREAS BLATTMANN/SIMON CANONICA, Wandel und Konstanten im schweizerischen Medienrecht, AJP 2023, 139 ff., 141.

<sup>438</sup> Zu dieser Absicht des Gesetzgebers der ZPO Botschaft ZPO 2006 (FN 76), 7357.

<sup>439</sup> Vgl. dazu Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2764 f.

<sup>440</sup> Vgl. AB S 2021 685 f.

<sup>441</sup> Vgl. dazu insbesondere AB 2021 S 684 ff.; AB 2021 N 701 ff.

<sup>442</sup> Vgl. DANIEL GLASL, Mit Zensur hat das nichts zu tun, NZZ 14.5.2021, 18; MATTHIAS SCHWAIBOLD, Richterliche Zensur schadet den Medien, NZZ 5.5.2021, 18; MATTHIAS SCHWAIBOLD, Ein Attentat auf die Mei-

Die praktischen Konsequenzen des revidierten Art. 266 lit. a nZPO dürften u.E. auch in Bezug auf die Streichung des Adverbs *besonders* geringfügig sein. Unangetastet von der Revision bleibt nämlich die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Beweismass der Glaubhaftmachung (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO) bei vorsorglichen Massnahmen gegen Medien nicht genüge und der Geschworenen die besonderen Voraussetzungen des Art. 266 ZPO, namentlich das offensichtliche Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes, mit einer *quasi-certitude* nachweisen muss.<sup>443</sup> In der Praxis ist daher meist auch nicht das Fehlen der Voraussetzung des (besonders) schweren Nachteils für die Abweisung von vorsorglichen Massnahmen gegen Medien entscheidend.<sup>444</sup> Hinzukommt, dass nach dem bisherigen Recht kaum griffige Abgrenzungskriterien für die (besondere) Schwere eines Nachteils bestanden.<sup>445</sup>

## XVII. Familienrechtliche Verfahren

### A. Überblick über die Änderungen

In familienrechtlichen Angelegenheiten wird neu grundsätzlich das vereinfachte Verfahren anwendbar sein, soweit nicht das summarische Verfahren zur Anwendung kommt (Art. 288 Abs. 2, Art. 291 Abs. 3 und Art. 295 nZPO). Zudem wird im Falle der Kompetenzattraktion die Parteistellung der Eltern, wenn das Kindesverhältnis feststeht, geklärt (Art. 304 Abs. 2 nZPO).

### B. Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens

#### 1. Bei gemeinsamem Begehren auf Scheidung; Fortsetzung des Verfahrens und Entscheid

Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren wird das kontradiktorische Verfahren über die streitigen Scheidungsfolgen neu im vereinfachten Verfahren durchge-

nungsfreiheit: Die Rechtskommission des Ständerats plant eine brisante Änderung der ZPO, medialex 3.5.2021.

<sup>443</sup> BGer, 5A\_706/2010, 20.6.2011, E. 4.2.1; vgl. ferner auch BGer, 5A\_641/2011, 23.2.2012, E. 7.1; 5A\_956/2018, 22.4.2020, E. 2; 5A\_742/2019, 7.9.2020, E. 3.2; kritisch zu dieser Rechtsprechung beispielsweise KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (FN 11), Art. 266/Art. 266 E-ZPO, N 3.

<sup>444</sup> Vgl. PHILIPP WEBER, Die Revision der ZPO – aktueller Stand, in: Florian Eichel/Christoph Humi/Alexander R. Markus (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Bern 2022, 1 ff., 12.

<sup>445</sup> In diesem Sinne wohl auch KARL SPÜHLER, ZPO-Revision Halbzeit, SJZ 2021, 942 ff., 944.

führt (Art. 288 Abs. 2 Satz 2 nZPO). Wie bisher kann das Gericht die Parteirollen verteilen (Art. 288 Abs. 2 Satz 3 nZPO). Grundsätzlich wird das Verfahren künftig mündlich ablaufen können,<sup>446</sup> womit es laienfreundlicher und einfacher ausfällt. Da auch im vereinfachten Verfahren ein Schriftenwechsel und Instruktionsverhandlungen möglich sind (Art. 246 Abs. 2 ZPO), kann im Rahmen der Prozessleitung flexibel auf die Komplexität des Sachverhaltes reagiert werden.<sup>447</sup>

## 2. Scheidungsklage; nicht festgestellter Scheidungsgrund oder Scheitern der Einigungsverhandlung

Bei der Scheidungsklage ist auf das eigentliche Klageverfahren neu das vereinfachte Verfahren anwendbar (Art. 291 Abs. 3 Satz 3 nZPO). Fraglich ist, wie im neuen Wortlaut die Wendung «[...] so gibt das Gericht der klagenden Partei Gelegenheit zur Klagebegründung oder zur Ergänzung der Begründung [...]» zu verstehen ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die klagende Partei zwingend eine schriftliche Begründung einreichen muss und wie zu verfahren ist, wenn die Begründung bzw. Ergänzung ausbleibt. Der Wortlaut der Bestimmung war in den Räten umstritten. Nach dem Bundesrat und dem Ständerat sollte die Bestimmung wie folgt lauten: «*Steht der Scheidungsgrund nicht fest oder kommt keine Einigung zustande, wird das Verfahren kontradiktorisch fortgesetzt. Es gilt das vereinfachte Verfahren.*»<sup>448</sup> Demgegenüber sah der Nationalrat vor, dass trotz der Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens wie unter dem bisherigen Recht «[...] der klagenden Partei eine Frist für die Nachreichung einer schriftlichen Klagebegründung [...]» angesetzt wird.<sup>449</sup> Angesichts des letztlich angenommenen Wortlautes, der auf einen Vorschlag von NR LÜSCHER in der Einigungskonferenz zurückgeht<sup>450</sup> und nur noch von «*Gelegenheit zur Klagebegründung oder zur Ergänzung der Begründung*» spricht, hat u.E. die klagende Partei die Wahl, ob sie eine schriftliche Begründung oder Ergänzung der Begründung einreicht.<sup>451</sup> Verzichtet sie darauf,

kann sie die Scheidungsklage an der zwingend einzuberufenden Verhandlung mündlich begründen. Entsprechend treten u.E. keine Säumnisfolgen ein, wenn innerhalb der Frist keine schriftliche Begründung eingeht.<sup>452</sup> Dies ergibt sich bereits daraus, dass sich die bisherige Säumnisfolge, wonach das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird, nicht mehr im neuen Wortlaut findet. Sodann war es wohl auch nicht die Absicht des Nationalrates, dass das Ausbleiben einer schriftlichen Begründung strenge Säumnisfolgen nach sich ziehen soll. Jedenfalls fehlten die im bisherigen Recht vorgesehenen Säumnisfolgen bereits im von der Rechtskommission des Nationalrats vorgeschlagenen Wortlaut.<sup>453</sup> Die hier befürwortete Auslegung steht zudem im Einklang mit dem von der Rechtskommission des Nationalrates verfolgten Ziel,<sup>454</sup> dass die Partei, die eine kurze, nicht streitlustige Scheidungsklage einreicht, um damit die Chancen auf eine Einigung zu erhöhen, nicht bestraft wird und die Klage noch begründen kann.<sup>455</sup> Der im Nationalrat vorgeschlagene Wortlaut wollte v.a. sicherstellen, dass dieses zweistufige Vorgehen erhalten bleibt.<sup>456</sup> Dieses zweistufige Vorgehen ist dem vereinfachten Verfahren allerdings bereits in besonderem Masse eigen, weil hier die Klage ohne schriftliche Begründung eingereicht werden kann (Art. 244 Abs. 2 ZPO) und die Möglichkeit besteht, die Klage erst anlässlich der Hauptverhandlung mündlich zu begründen. Die Einigungsverhandlung nach Art. 291 ZPO ist als zwingende Instruktionsverhandlung zu Vergleichszwecken anzusehen, ohne dass anlässlich dieser die Scheidungsklage bereits begründet werden müsste.<sup>457</sup> Die so verstandene Erleichterung für die klagende Partei entspricht denn auch der Intention des Bundesrates.<sup>458</sup>

## 3. Selbständige Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange

Neu wird in Art. 295 nZPO klargestellt, dass das vereinfachte Verfahren für sämtliche Verfahren in Kinderbelangen zur Anwendung gelangt. Dies gilt unabhängig vom Streitwert und unabhängig davon, ob es sich um ein minder- oder voll-

<sup>446</sup> A.A. offenbar MORDASINI/BOOG (FN 240), 79.

<sup>447</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2765; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 829; BENJAMIN V. ENZ, Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen de lege lata und im Lichte der ZPO-Revision, FamPra.ch 2022, 834 ff., 847.

<sup>448</sup> Vgl. Art. 291 Abs. 3 E-ZPO; AB 2021 S 690; AB 2022 S 648 ff.; AB 2023 S 9.

<sup>449</sup> AB 2022 N 709; AB 2022 N 2261; AB 2023 N 218 f.; kritisch zu diesem Vorschlag bereits ENZ (FN 447), 852 f.

<sup>450</sup> AB 2023 N 529.

<sup>451</sup> Gl. M. WEBER (FN 3), 392 f.; unklar ob a.A. MORDASINI/BOOG (FN 240), 79.

<sup>452</sup> So bereits die Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2766.

<sup>453</sup> AB 2022 N 709.

<sup>454</sup> Siehe dazu AB 2022 N 671 f. (Votum LÜSCHER).

<sup>455</sup> Vgl. zu diesem zweistufigen Vorgehen auch HURNI/HOFMANN (FN 56), 214 f.

<sup>456</sup> AB 2022 N 671 f. und AB 2023 N 529 (Voten LÜSCHER).

<sup>457</sup> Vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2766.

<sup>458</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2766

jähriges Kind handelt.<sup>459</sup> Durch die ausdrückliche Erwähnung der volljährigen Kinder unter dem 7. Titel der ZPO müsste Art. 296 ZPO auch auf diese Verfahren anwendbar sein.<sup>460</sup> Damit hätte das Gericht auch bei Klagen auf Unterhalt eines volljährigen Kindes den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und wäre nicht an die Parteianträge gebunden. Die Formulierung der Botschaft ist zumindest hinsichtlich des Offizialgrundsatzes (Art. 296 Abs. 3 ZPO) allerdings nicht restlos klar.<sup>461</sup> Denn sie verweist im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit von Art. 296 ZPO auf BACHOFNER/PESENTI, die unter dem bisherigen Recht durch eine teleologische Reduktion von Art. 296 Abs. 3 ZPO Unterhaltsklagen volljähriger Kinder von der Geltung der Offizialmaxime ausnehmen.<sup>462</sup> Auch wenn es durchaus Gründe gibt, die für eine Anwendung der Dispositionsmaxime auf Unterhaltsklagen volljähriger Kinder sprechen,<sup>463</sup> gilt u.E. aufgrund des Umstandes, dass die Frage in den Räten in Kenntnis der Botschaft nicht aufgegriffen wurde, künftig auch in diesen Verfahren der Offizialgrundsatz.<sup>464</sup>

### C. Kompetenzattraktion; Parteistellung der Eltern

Die Kompetenzattraktion, die im geltenden Recht in Art. 304 Abs. 2 ZPO für Unterhalts- und Vaterschaftsklagen geregelt ist, wurde im Rahmen der Revision des

Kindesunterhaltsrechts eingeführt und ist seit dem 1. Januar 2017 in Kraft. Im Vernehmlassungsverfahren wurde angeregt, die Bestimmung mit Blick auf die Verfahrenstellung der Eltern, die zufolge der Kompetenzattraktion zumeist zusammen mit dem Kind am Verfahren beteiligt sind, zu verbessern. Der Bundesrat hat in seinem Entwurf Art. 304 Abs. 2 ZPO entsprechend ergänzt: Neu ist festgehalten, dass die Eltern Parteistellung haben, wenn das Kindesverhältnis zum minderjährigen Kind feststeht (Satz 2). Das Gericht kann, wie im Scheidungsverfahren, die Parteirollen verteilen (Satz 3).<sup>465</sup>

## XVIII. Rechtsmittelverfahren

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich der Rechtsmittel kommt es zu Anpassungen bei den Rechtsmittelfristen (Art. 314 Abs. 2 und Art. 321 Abs. 2 nZPO). Neu wird zudem in familienrechtlichen Summarsachen die Anschlussberufung zulässig sein (Art. 314 Abs. 2 nZPO). Angepasst wurden weiter die Bestimmungen zur Erteilung und zum Entzug der aufschiebenden Wirkung (Art. 315 und Art. 325 nZPO) und die Revisionsgründe (Art. 328 nZPO). Ausserdem wurde die Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Noven bei der Geltung der unbeschränkten Untersuchungsmaxime im Berufungsverfahren kodifiziert (Art. 317 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO). Daneben wurde die überflüssige lit. b von Art. 313 Abs. 2 ZPO gestrichen, da eine offensichtlich unbegründete Berufung der Gegenpartei ohnehin nicht zugestellt wird (Art. 312 Abs. 1 letzter Teilsatz ZPO), so dass diese keine Anschlussberufung erheben kann. Zur Möglichkeit der unbegründeten Eröffnung der Rechtsmittelentscheide siehe bereits oben XIV.C.2.c.

### B. Rechtsmittelfristen

#### 1. Berufungs-/Berufungsantwortfrist bei familienrechtlichen Streitigkeiten im Summarverfahren

Die Revision führt bei der Berufung gegen Entscheide, die im summarischen Verfahren ergangen sind, zu zwei Änderungen: Erstens wird die Frist für die Berufung und Berufungsantwort bei Summarsachen in familienrechtlichen Streitigkeiten neu je 30 Tage betragen (Art. 314 Abs. 2

<sup>459</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2767; der Nationalrat machte dies durch den von ihm vorgeschlagenen Wortlaut gegenüber dem Entwurf noch deutlicher, AB 2022 N 709; AB 2022 N 671 und 673 (Voten LÜSCHER bzw. BREGY). Gemäss der Botschaft soll aufgrund des Verweises in Art. 329 Abs. 3 ZGB das vereinfachte Verfahren auch hinsichtlich der Klagen betreffend Verwandtenunterstützung gelten (Botschaft rev. ZPO [FN 5], 2767). Damit deutet der Wille des Gesetzgebers dahin, dass die in BGE 139 III 368 begründete Rechtsprechung aufzugeben ist. Ob dies jedoch auch hinsichtlich des subrogierten Gemeinwesens gilt, ist für uns nicht restlos klar.

<sup>460</sup> Zur Diskussion unter dem bisherigen Recht EVA BACHOFNER/FRANCESCA PESENTI, Aktuelle Fragen zum Unterhaltsprozess von Volljährigen, FamPra.ch 2016, 619 ff., 625. Ob für die Klagen des subrogierten Gemeinwesens nicht die Verhandlungsmaxime gelten sollte, muss hier – wie in BGE 139 III 368 E. 3.3.3 – offengelassen werden. Es ist aber nicht recht ersichtlich, wieso das Gemeinwesen nicht von dieser Erleichterung profitieren sollte, liegt es doch im öffentlichen Interesse, dass das Gemeinwesen finanziell nicht im Übermass belastet wird und gilt gemeinhin im Verwaltungsrecht der Offizial- und Untersuchungsgrundsatz.

<sup>461</sup> Vgl. Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2768.

<sup>462</sup> Vgl. den Hinweis in FN 254 der Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2768 auf BACHOFNER/PESENTI (FN 460), 635 und die dort vorgenommene teleologische Reduktion von Art. 296 Abs. 3 ZPO.

<sup>463</sup> Vgl. dazu BACHOFNER/PESENTI (FN 460), 633 ff.

<sup>464</sup> Gl. M. MORDASINI/BOOG (FN 240), 80; ENZ (FN 447), 857 der bereits gestützt auf die Botschaft davon ausgeht, dass der Offizialgrundsatz zur Anwendung gelangt.

<sup>465</sup> Zum Ganzen Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2769 f.; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 830; MORDASINI/BOOG (FN 240), 82; ferner auch WEBER (FN 3), 393.

Satz 1 nZPO).<sup>466</sup> Zweitens wird in diesen Fällen künftig die Anschlussberufung möglich sein (Art. 314 Abs. 2 Satz 2 nZPO).<sup>467</sup> Während Letzteres im Gesetzgebungsprozess unumstritten war,<sup>468</sup> wurde um die Frist bis zuletzt heftig debattiert,<sup>469</sup> erst auf Vorschlag der Einigungskonferenz verständigte man sich auf die 30-tägige Frist.<sup>470</sup>

## 2. Beschwerdefrist bei anderen erstinstanzlichen Entscheiden

Unter dem bisherigen Recht beträgt die Beschwerdefrist für die in Art. 319 lit. b ZPO genannten «*anderen erstinstanzlichen Entscheide*» 30 Tage. Denn diese sind in Art. 321 Abs. 2 ZPO, der eine Beschwerdefrist von zehn Tagen festlegt, im Unterschied zu den prozessleitenden Verfügungen nicht explizit genannt.<sup>471</sup> Die Rechtskommission des Nationalrates schlug im Rahmen der ersten Behandlung der ZPO-Revision vor, die Beschwerdefrist der «*anderen erstinstanzlichen Entscheide*» mit derjenigen der prozessleitenden Verfügungen bei zehn Tagen zu vereinheitlichen, da niemand genau sagen könne, was ein «*anderer erstinstanzlicher Entscheid*» sei.<sup>472</sup> Da die-

ser Vorschlag auch im Ständerat Zustimmung fand,<sup>473</sup> gilt künftig für beide in Art. 319 lit. b ZPO genannten Anfechtungsobjekte die Frist von zehn Tagen.

## C. Entzug und Erteilung der Vollstreckbarkeit

### 1. Entstehungsgeschichte

Bei nicht suspensiven Rechtsmitteln wie der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO besteht die Gefahr, dass zwischen der (unbegründeten) Eröffnung des Entscheides, mit der die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eintritt, und einem allfälligen Entscheid über die aufschiebende Wirkung (Art. 325 Abs. 2 ZPO) *faits accomplis* geschaffen werden.<sup>474</sup> Spiegelbildlich stellt sich das Problem bei suspensiven Rechtsmitteln, wenn nicht rechtzeitig in das (noch vorhandene) Vermögen vollstreckt werden kann.<sup>475</sup> Das Gesetz enthielt bisher keine Regelung der Zuständigkeit für einen Entscheid über die Erteilung und den Entzug der aufschiebenden Wirkung in der Zeit zwischen Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides und Einreichung des Rechtsmittels. In der kantonalen Praxis haben sich unterschiedliche Lösungen entwickelt.<sup>476</sup> Der Bundesrat hat die Problematik im Rahmen der ZPO-Revision aufgegriffen; er schlug vor, dass das entscheidende Gericht über die Vollstreckbarkeit seines Entscheides eine abweichende Anordnung treffen kann.<sup>477</sup> Nachdem der Nationalrat zwischenzeitlich keinen Revisionsbedarf sah,<sup>478</sup> setzte sich in den Räten letztlich das vom Ständerat vorgeschlagene Konzept<sup>479</sup> durch, wonach die Rechtsmittelinstanz bereits vor ihrer Befassung mit dem Rechtsmittel über den Aufschub oder den Entzug der Vollstreckbarkeit entscheiden kann (Art. 315 Abs. 5 und Art. 325 Abs. 2 nZPO).<sup>480</sup>

<sup>466</sup> Zu möglichen Vorbehalten hinsichtlich der Erwähnung der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) HURNI/HOFMANN (FN 56), 214.

<sup>467</sup> Siehe dazu STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 830; MORDASINI/BOOG (FN 240), 82; der Ausschluss der Anschlussberufung in den übrigen Summarsachen (bisher Art. 314 Abs. 2 ZPO) findet sich neu in Abs. 1.

<sup>468</sup> Die Anschlussberufung bei Summarsachen in familienrechtlichen Streitigkeiten war bereits in Art. 314 Abs. 2 des Vorentwurfs und dem Entwurf zur Revision enthalten (Erläuternder Bericht [FN 2], 78 f.; Botschaft rev. ZPO [FN 5], 2771).

<sup>469</sup> Der Bundesrat hat aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung auf die im Vorentwurf noch vorgesehene Verlängerung der Berufungsfrist auf 30 Tage verzichtet (Botschaft rev. ZPO [FN 5], 2771 f.); dies wurde im Ständerat in der ersten Beratung von einer Minderheit aufgenommen (AB 2021 S 691); in der zweiten Beratung wollte die Mehrheit der Rechtskommission dem Nationalrat folgen, wurde vom Rat aber überstimmt (AB 2022 S 650); in der dritten Beratung sprach sich wiederum eine Minderheit für die 30-tägige Frist aus (AB 2023 S 9 f.). Der Nationalrat sprach sich hingegen von Anfang an für die 30-tägige Frist aus (AB 2022 N 671, 673 u. 709; AB 2022 N 2255, 2257 u. 2261; AB 2023 N 216 u. 219).

<sup>470</sup> AB 2023 S 244 f.; AB 2023 N 529 f.

<sup>471</sup> JAKOB STEINER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019, N 130 u. 375. Die Existenz der Kategorie der «*anderen erstinstanzlichen Entscheide*» ist in der Lehre umstritten (vgl. für eine Übersicht der Lehrmeinungen STEINER, a.a.O., N 130 ff.). In BGE 145 III 469 E. 3.2 hat das BGer bspw. entschieden, dass der Entscheid über ein Ausstandsgesuch einen anderen erstinstanzlichen Entscheid i.S.v. Art. 319 lit. b ZPO darstellt.

<sup>472</sup> AB 2022 N 671 (Votum LÜSCHER).

<sup>473</sup> AB 2022 S 651.

<sup>474</sup> DANIEL STAEHELIN/EVA BACHOFNER, Vollstreckung im Niemandland, in: Jusletter 16. April 2012, N 2.

<sup>475</sup> ALEXANDER R. MARKUS/MELANIE HUBER-LEHMANN, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit, AJP 2020, 1555 ff., 1556.

<sup>476</sup> HUBER-LEHMANN (FN 413), 63 ff.; STEINER (FN 471), N 471 ff.

<sup>477</sup> Art. 236 Abs. 4; Art. 239 Abs. 2<sup>bis</sup> VE- bzw. E-ZPO; Erläuternder Bericht (FN 2), 71 ff.; Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2760 ff.; kritisch zu diesem Vorschlag MARKUS/HUBER-LEHMANN (FN 475), 1561 ff.

<sup>478</sup> AB 2022 N 671 und 673 (Voten LÜSCHER und BREGY); AB 2022 N 706 f. u. 709 f.

<sup>479</sup> AB 2021 S 683 f. und 691 f.

<sup>480</sup> STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 830 f.; HURNI/HOFMANN (FN 56), 216.

## 2. Bei der Berufung

### a. Entzug und Erteilung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit

Im stark umgebauten Art. 315 nZPO hält der Ingress von Abs. 4 neu fest, dass der gesuchstellenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen muss, damit der Entzug bzw. die Erteilung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit in Frage kommt. Im Vergleich zum heutigen Recht geht damit jedoch keine wesentliche Änderung einher. Einerseits ist beim Entzug der vorzeitigen Vollstreckbarkeit bei Entscheiden in Art. 315 Abs. 5 ZPO (künftig Art. 315 Abs. 2 nZPO) bereits heute vorgesehen, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen muss. Andererseits ist nach der Lehre und Rechtsprechung im Rahmen des Ermessensentscheids über die Erteilung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit bereits heute eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>481</sup> Dies ergibt sich aus der Natur des Entscheids über die vorzeitige Vollstreckbarkeit als vorsorgliche Massnahme *sui generis* (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).<sup>482</sup> Neu hält der Ingress zudem ausdrücklich fest, dass der Entscheid auf Gesuch hin erfolgt. Unseres Erachtens muss es aber auch unter dem neuen Recht möglich sein, im Geltungsbereich der Officialmaxime eine Anordnung über die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen zu treffen.<sup>483</sup> Wie im bisherigen Recht können bei der Erteilung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit zu Gunsten der erstinstanzlich unterlegenen Partei angeordnet werden (Art. 315 Abs. 4 lit. a nZPO). Beim Entzug der vorzeitigen Vollstreckbarkeit (Art. 315 Abs. 4 lit. b nZPO) ist gemäss dem Wortlaut nicht vorgesehen, dass die Berufungsinstanz sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anordnen kann. Es muss jedoch u.E. möglich sein, zu Gunsten der erstinstanzlich obsiegenden Partei – zu deren Nachteil sich der Aufschub der Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 4 lit. b nZPO auswirkt – sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anzuordnen, wie dies auch unter dem geltenden Recht befürwortet wird.<sup>484</sup> Aufgrund

der Qualifikation der Anordnung über den Entzug oder die Erteilung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit als vorsorgliche Massnahme *sui generis* und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sollte es u.E. zudem möglich sein, anstelle des Entzugs oder der Erteilung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit – als milderes geeignetes Mittel – andere vorsorgliche Massnahmen zu Gunsten der antragsstellenden Partei anzuordnen.<sup>485</sup>

Wie bisher ist die aufschiebende Wirkung der Berufung bei Gestaltungsentscheiden der richterlichen Abänderung nicht zugänglich (Art. 315 Abs. 3 nZPO erfuhr lediglich eine redaktionelle Anpassung).

### b. Entscheid über die vorzeitige Vollstreckbarkeit vor der Befassung mit der Berufung (Art. 315 Abs. 5 nZPO)

Gemäss der in den Räten beschlossenen Kompetenzordnung kann die Berufungsinstanz nach Art. 315 Abs. 5 nZPO neu bereits vor Befassung mit der Berufung über ein Gesuch um Erteilung oder Entzug der vorzeitigen Vollstreckbarkeit entscheiden. In Fällen, in denen der Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnet wurde (Art. 239 Abs. 1 ZPO), kann es für die Rechtsmittelinstanz schwierig sein, über ein solches Gesuch zu entscheiden, da sie dafür auch die Erfolgsaussichten der Berufung zu beurteilen hat.<sup>486</sup> Gerade in diesen Fällen sollte u.E. die vorzeitige Vollstreckbarkeit (Art. 315 Abs. 4 lit. a nZPO) nur angeordnet werden, wenn eine hinreichende Sicherheit geleistet wird und durch die Vollstreckung bei der erstinstanzlich unterlegenen Partei kein definitiver Rechtsverlust droht. Die in Art. 315 Abs. 2 nZPO genannten Entscheide sollen einer raschen Vollstreckung zugänglich sein; entsprechend ist die Hürde für die Anordnung des Aufschubs der vorzeitigen Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 4 lit. b i.V.m. Abs. 5 nZPO eher hoch anzusetzen. Wird die Begründung nicht rechtzeitig verlangt (Art. 239 Abs. 2 ZPO) oder die Berufung nicht fristgerecht eingereicht, fällt die vom Berufungsgericht getroffene Anordnung über die vorzeitige Vollstreckbarkeit von Gesetzes wegen dahin (Art. 315 Abs. 5 nZPO).

<sup>481</sup> BGer, 5A\_350/2013, 8.7.2013, E. 2.2; OGer ZH, II. Zivilkammer, LB170049-O/Z04, 22.1.2018, E. 2.2; SK ZPO-REETZ/HILBER (FN 101), Art. 315 N 24; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der ZPO, 2. A., Zürich 2013, N 1018 ff.

<sup>482</sup> MARKUS/HUBER-LEHMANN (FN 475), 1557 ff. m.w.H.; SEILER (FN 481), N 1019.

<sup>483</sup> SK ZPO-REETZ/HILBER (FN 101), Art. 315 N 27 f. u. 66; RM Komm.-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 315 N 24 u. 51 i.V.m. Art. 325 N 24, in: Oliver M. Kunz/Urs H. Hoffmann-Nowotny/Damian Stauber (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, Basel 2013 (zit. RM Komm.-Verfasser).

<sup>484</sup> SK ZPO-REETZ/HILBER (FN 101), Art. 315 N 67; RM Komm.-HOFFMANN-NOWOTNY (FN 483), Art. 315 N 59.

<sup>485</sup> Zum bisherigen Recht: OGer ZH, II. Zivilkammer, LB170049, 22.1.2018, E. 2.2; SEILER (FN 481), N 996, 1024 u. 1105 a.A. SK ZPO-REETZ/HILBER (FN 101), Art. 315 N 32 u. 67, welche die Zuständigkeit dafür bei der ersten Instanz sehen.

<sup>486</sup> RM Komm.-HOFFMANN-NOWOTNY (FN 483), Art. 315 N 29; ANNE SABINE ZOLLER, Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, N 156 u. 105 ff.; zur Problematik, dass ein Antrag vor Erlass der schriftlichen Begründung die Dauer der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides verlängern kann, HURNI/HOFMANN (FN 56), 216.

### 3. Entzug der Vollstreckbarkeit bei der Beschwerde

#### a. Neufassung von Art. 325 Abs. 2 ZPO

Auch unter dem neuen Recht hemmt die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides von Gesetzes wegen nicht. Art. 325 Abs. 2 nZPO hält neu ebenfalls ausdrücklich fest, dass die Rechtsmittelinstanz auf Gesuch die Vollstreckbarkeit bei einem der betroffenen Partei drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil aufschieben kann. Ebenfalls kann die Beschwerdeinstanz bereits vor Einreichung der Beschwerde hierüber einen Entscheid treffen. Entsprechend gilt das zu Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 nZPO gesagte *mutatis mutandis*. Es bleibt bei der Beschwerde zu bedenken, dass mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides und damit dem Eintritt der formellen Rechtskraft<sup>487</sup> auch die vor der ersten Instanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen dahinfallen, sofern das Gericht deren Weitergeltung nicht angeordnet hat (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Nötigenfalls sind somit vorsorgliche Massnahmen für das Beschwerdeverfahren neu zu beantragen.

#### b. Fehlende Koordination der Bestimmungen der ZPO und des BGG

Die dargestellte Neuregelung, die auf kantonaler Ebene Klarheit über die Kompetenzordnung in der Zwischenphase zwischen Eröffnung und Rechtsmittelhängigkeit schafft, ist auch hinsichtlich der Beschwerde zu begrüssen. Es stellt sich jedoch die Frage, weshalb der Gesetzgeber hinsichtlich der Beschwerde in Zivilsachen zu einer anderen Wertung kommt. Gerade bei unbegründet eröffneten Entscheiden besteht eine erhebliche Differenz zwischen den beiden Systemen.<sup>488</sup> So ist ein nach Art. 239 Abs. 1 nZPO eröffneter, beschwerdefähiger Entscheid während der Zeit, in der die Begründung ausgearbeitet wird, vollstreckbar (Art. 336 Abs. 3 nZPO). Aufgrund von Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG, der nicht geändert wurde, ist dies etwa bei unbegründeten Entscheiden der einzigen kantonalen Instanz (Art. 112 Abs. 2 Satz 1 nBGG i.V.m. Art. 239 Abs. 1 ZPO) dagegen anders. Hier ist nach Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG die Vollstreckbarkeit während der Zeit der Begründung aufgeschoben. Anders als

unter der revidierten ZPO gibt es im BGG jedoch nicht die Möglichkeit, gestützt auf den unbegründeten Entscheid mit einem entsprechenden Antrag auf vorzeitige Vollstreckbarkeit an das Bundesgericht zu gelangen.<sup>489</sup>

### 4. Entzug der Vollstreckbarkeit bei der Revision

Wie bei der Berufung und der Beschwerde spricht das Gesetz neu auch in Art. 331 Abs. 2 nZPO konsequent vom Aufschub der Vollstreckbarkeit und nicht mehr vom Aufschub der Vollstreckung.

### D. Noven bei Geltung der Untersuchungsmaxime

Mit Art. 317 Abs. 1<sup>bis</sup> nZPO wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Noven im Rahmen des Berufungsverfahrens kodifiziert.<sup>490</sup> Künftig ist ausdrücklich im Gesetz festgehalten, dass die Berufungsinstanz in Verfahren, bei denen die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt. Damit bleibt die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestehen, wonach bei Geltung der sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime Noven im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden.<sup>491</sup>

### E. Revisionsgründe

#### 1. Nachträglich entdeckte Tatsachen und Beweismittel

Der Revisionsgrund von Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO setzt voraus, dass eine Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte. Mit der Voraussetzung, dass die Noven im vorangehenden Verfahren nicht eingebracht werden konnten, soll verhindert werden, dass Versäumnisse im Erstprozess mittels der Revision behoben werden können; eine unsorgfältige Prozessführung

<sup>487</sup> HUBER-LEHMANN (FN 413), 60; STEINER (FN 471), N 455, m.w.H.; zum Zeitpunkt des Rechtskräfteintritts auch RUFIBACH (FN 405), V.A.2.

<sup>488</sup> Auch zum Folgenden HUBER-LEHMANN (FN 413), 76 f.; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (FN 11), Art. 239 N 22e; zu den sich daraus ergebenden Problemen und möglichen Lösungen RUFIBACH (FN 405), VI.

<sup>489</sup> Ein Antrag nach Art. 103 Abs. 3 bzw. 104 BGG setzt die gleichzeitige Anhängigmachung einer Beschwerde voraus BGE 142 III 695 E. 4.2.1; BGer, 5A\_271/2023, 5.4.2023, E. 1; 2C\_1080/2017, 28.12.2017, E. 2.3 f.; siehe auch MORDASINI/BOOG (FN 240), 84, die sich entsprechend dafür aussprechen, unter dem künftigen Recht, solche Anträge gestützt auf das Dispositiv zuzulassen.

<sup>490</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2773; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 831; HURNI/HOFMANN (FN 56), 212.

<sup>491</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2772 f.

soll nicht belohnt werden.<sup>492</sup> Das Bundesgericht stellt an die im Prozess anzuwendende Sorgfalt verhältnismässig hohe Anforderungen.<sup>493</sup> Neu wird in Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO die Wendung «trotz gehöriger Aufmerksamkeit» im Gesetzestext eingefügt. Trotz des Fehlens einer Begründung deutet u.E. die erfolgte Anpassung, die sich auch auf Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG erstreckt, auf den gesetzgeberischen Willen hin, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum erwarteten Sorgfaltsmassstab abzuschwächen.<sup>494</sup> Dies wird u.E. insbesondere beim französischen Wortlaut deutlich.<sup>495</sup> Der angenommene Wortlaut von Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO deckt sich auch mit dem Wortlaut von Art. 190a Abs. 1 lit. a IPRG, der per 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Inwieweit damals eine Abschwächung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beabsichtigt war, geht soweit ersichtlich weder aus der Botschaft zum rev. IPRG<sup>496</sup> noch aus der diesbezüglichen Beratung im Parlament<sup>497</sup> hervor.

## 2. Mängel im Entscheidsurrogat

Im Wortlaut von Art. 328 Abs. 1 lit. c nZPO wurde neu die Wendung «wegen formeller oder materieller Mängel» eingefügt. Unseres Erachtens ergibt sich aus dem neuen Wortlaut keine inhaltliche Änderung. Nicht restlos klar ist allerdings, worauf das Parlament mit den genannten formellen Mängeln genau abzielte. Unseres Erachtens dürfte damit die Nichteinhaltung von prozessualen Vorschriften beim Abschluss des Vergleichs, der Klageanerkennung oder des Klagerückzugs gemeint sein.<sup>498</sup>

<sup>492</sup> BGer, 5D\_83/2017, 27.11.2017, E. 2.3.1.; BGer, 5A\_558/2014, 7.9.2015, E. 5.2.; KUKO ZPO-BRUNNER/TANNER (FN 11), Art. 328 N 3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 328 N 11; BSK ZPO-HERZOG (FN 86), Art. 328 N 50 f.

<sup>493</sup> BGer, 5D\_83/2017, 27.11.2017, E. 2.3.1 m.w.H.; BGer, 5A\_558/2014, 7.9.2015, E. 5.2 ff.

<sup>494</sup> Der Nationalrat schlug zunächst die Wendung: «trotz gehöriger Sorgfalt» vor (AB 2022 N 710), stimmte dann aber der vom Ständerat (AB 2022 S 651) vorgeschlagenen Wendung: «trotz gehöriger Aufmerksamkeit» zu (AB 2022 N 2262). Wortmeldungen gab es keine. Siehe aber auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 832 FN 163, die davon ausgehen, dass damit die Frage geklärt wird, ob objektive Unmöglichkeit oder objektive Sorgfalt vorausgesetzt ist.

<sup>495</sup> Vgl. BGE 143 III 272 E. 2.2: «[...] malgré toute sa diligence [...]»; gegenüber Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO franz. Fassung: «[...] bien qu'elle ait agi avec la diligence requise [...]».

<sup>496</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 24. Oktober 2018, BBl 2018 7163 ff. (zit. Botschaft rev. IPRG), 7201 f.

<sup>497</sup> AB 2019 N 2405 ff.; AB 2020 S 42 ff.

<sup>498</sup> Zur bisherigen Rechtslage bereits BGE 139 III 133 E. 1.3; SK ZPO-FREIBURGHANUS/AFHELDT (FN 101), Art. 328 N 26; siehe ferner auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 34), 832.

## 3. Nachträgliche Entdeckung eines Ausstandsgrundes (Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO)

Wird ein Ausstandsgrund nach dem Abschluss des Verfahrens entdeckt, ist dieser mit der Revision geltend zu machen (Art. 51 Abs. 3 ZPO). Im revidierten Recht wird dieser Revisionsgrund in Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO ausdrücklich festgehalten. Wie bei Art. 51 Abs. 3 nZPO (siehe oben IV) wurde auch hier die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach der kein anderes Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehen darf,<sup>499</sup> in den Wortlaut aufgenommen.<sup>500</sup>

## XIX. Vollstreckungsrecht

In Art. 336 Abs. 1 lit. a nZPO wird neu Art. 315 Abs. 4 nZPO genannt. Der Gesetzgeber geht damit – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>501</sup> – offensichtlich davon aus, dass Entscheide nach Art. 315 Abs. 2 nZPO (Gegendarstellungsrecht, vorsorgliche Massnahmen, Anweisungen an die Schuldner und Sicherstellung des Unterhalts) mit der Eröffnung rechtskräftig werden. In Art. 336 Abs. 3 nZPO wird festgehalten, dass unbegründete Entscheide mit der Eröffnung des Dispositivs vollstreckbar sind, wenn sie entweder rechtskräftig sind und die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben wurde (Art. 336 Abs. 1 lit. a nZPO) oder aber noch nicht rechtskräftig sind und die vorzeitige Vollstreckbarkeit bewilligt wurde (Art. 336 Abs. 1 lit. b nZPO). Damit wird indirekt festgehalten, dass ein nicht begründeter Entscheid mit der Eröffnung des Dispositivs rechtskräftig wird, wenn lediglich ein Rechtsmittel ohne Suspensiveffekt zur Verfügung steht. Dies ist bei der Beschwerde mit Ausnahme der LugÜ-Beschwerde (Art. 327a Abs. 2 ZPO) und offenbar neu der Berufung, wo diese keine aufschiebende Wirkung hat, der Fall (Art. 315 Abs. 2 nZPO).

## XX. Schiedsverfahren

### A. Überblick über die Änderungen

Im Bereich des (Binnen-)Schiedsverfahrensrecht finden sich geringfügige Änderungen an Art. 370 Abs. 1 nZPO (Abberufung eines Mitglieds des Schiedsgerichts), Art. 372 Abs. 2 ZPO (Streichung), Art. 374 Abs. 2 nZPO (vorsorgliche Massnahmen) und Art. 396 Abs. 1 lit. a nZPO (Revisionsgründe).

<sup>499</sup> BGE 139 III 466 E. 3.4.

<sup>500</sup> Zum Ganzen Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2774.

<sup>501</sup> BGE 139 III 486 E. 3.

## B. Anpassungen der ZPO an vorherige Änderungen im IPRG

Die Anpassungen der ZPO beim Schiedsverfahrensrecht gehen vor allem auf vorherige Änderungen im IPRG zurück.<sup>502</sup> So schafft etwa der Wegfall des Zustimmungserfordernisses des Schiedsgerichtes zur Beantragung einer vorsorglichen Massnahme durch eine Partei (Art. 374 Abs. 2 nZPO) einen Gleichklang mit Art. 183 Abs. 2 IPRG.<sup>503</sup> Gleiches gilt in Bezug auf Art. 396 Abs. 1 lit. a nZPO, der die Revisionsgründe unter Bezugnahme auf Art. 123 BGG und die bundesgerichtliche Rechtsprechung – sowie im Einklang mit Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO und Art. 190a IPRG – neu formuliert und künftig von der Partei verlangt, dass sie «trotz gehöriger Aufmerksamkeit» erst nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet.<sup>504</sup> Zur Frage, ob damit eine Änderung am Sorgfaltsmassstab in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für das Vorbringen unechter Noven einhergeht, siehe bereits oben XVIII.E.1.

Abweichend von Art. 180b Abs. 1 IPRG regelt der Gesetzgeber indes die Abberufung eines Mitglieds des Schiedsgerichtes (Art. 370 Abs. 1 nZPO). Während das IPRG keinerlei Formvorschriften für die Vereinbarung der Parteien über die Abberufung kennt, verlangt Art. 370 Abs. 1 nZPO die Form der Schiedsvereinbarung.<sup>505</sup> Nach Art. 358 Abs. 1 ZPO muss für die Schiedsvereinbarung eine Form gewählt werden, die den Nachweis durch Text erlaubt.<sup>506</sup> Die Gründe für die Unterschiede zwischen ZPO und IPRG sind unklar; allerdings wird sich auch im Anwendungsbereich von Art. 180b Abs. 1 IPRG in jedem Fall die Textform zu Beweis Zwecken empfehlen.<sup>507</sup>

<sup>502</sup> Zu diesen etwa: PHILIPP HABEGGER, Das Parlament verabschiedet die Revision von Kapitel 12 IPRG mit einem Feinschliff, ASA Bulletin 2020, 548 ff.

<sup>503</sup> HABEGGER (FN 502), 558 f., hatte dies noch bei der Revision des IPRG kritisiert.

<sup>504</sup> Vgl. Botschaft rev. IPRG (FN 496), 7202; bereits mit der Revision des IPRG, AS 2020 4179, wurde Art. 396 Abs. 1 lit. d ZPO zum Ablehnungsgrund gegen ein Mitglied eines Schiedsgerichtes eingeführt.

<sup>505</sup> Bereits zur Divergenz zwischen IPRG und ZPO durch die bestehenden Regelungen bestand Kritik: HABEGGER (FN 502), 555.

<sup>506</sup> Siehe dazu etwa KUKO ZPO-DASSER (FN 11), Art. 358 N 1 ff.; BK ZPO III-PFISTERER, Art. 358 N 9 ff., in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, Art. 353–399 ZPO und 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK ZPO III-Verfasser); CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 72), Art. 358 N 3 f.

<sup>507</sup> BK IPRG-AKIKOL/BORIO, Art. 180b N 13, in: Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Bern 2023.

## C. Verfahrenskoordination

Nach Art. 372 Abs. 2 ZPO hat bislang das staatliche Gericht oder das Schiedsgericht als zweitangerufenes Gericht sein Verfahren auszusetzen, bis das erstangerufene Gericht über die Zuständigkeit entschieden hat. Der Gesetzgeber beseitigt mit der ersatzlosen Streichung des Art. 372 Abs. 2 ZPO den von ihm anerkannten Wertungswiderspruch mit Art. 61 Abs. 1 lit. b ZPO. Bisher muss das später angerufene Schiedsgericht sein Verfahren aussetzen, obwohl in den Fällen des Art. 61 Abs. 1 lit. b ZPO nur ihm die volle Kognition über die eigene Zuständigkeit zukommt.<sup>508</sup> Die Konsequenz der Streichung ist, dass derselbe Streitgegenstand stets bei staatlichem Gericht und Schiedsgericht parallel rechtshängig gemacht werden kann. Damit kann das staatliche Gericht nunmehr auch dann die Prüfung nach Art. 61 ZPO vornehmen, wenn parallel ein Verfahren vor dem Schiedsgericht hängig ist.<sup>509</sup> Zum bisherigen Recht wird vertreten, dass das jeweils andere Gericht an den positiven Zuständigkeitsentscheid gebunden ist.<sup>510</sup> Allerdings fällt das Argument für eine Bindung des Schiedsgerichtes aufgrund der Litispendenz<sup>511</sup> mit der Streichung von Art. 372 Abs. 2 ZPO weg, weil im Grunde beide Verfahren nunmehr parallel geführt werden können. Da das Schiedsgericht also zukünftig das Verfahren nicht mehr aussetzen muss, wird das staatliche Gericht zu prüfen haben, ob nicht eine Aussetzung des Verfahrens nach Art. 126 ZPO bis zum (rechtskräftigen) Zuständigkeitsentscheid zweckmässig ist. Spätestens im Zeitpunkt der Sachentscheidung wird das jeweils andere Gericht aber aufgrund von *res iudicata* sein Nichteintreten beschliessen müssen.<sup>512</sup>

<sup>508</sup> Botschaft rev. ZPO (FN 5), 2775; siehe auch MLADEN STOJILJKOVIĆ, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Diss. Zürich, Zürich 2014, 152 ff.

<sup>509</sup> KUKO ZPO-DOMEJ (FN 11), Art. 61 N 6.

<sup>510</sup> KUKO ZPO-DASSER (FN 11), Art. 359 N 7 u. Art. 372 N 15; BSK ZPO-HABEGGER (FN 86), Art. 372 N 30; BK ZPO III-STACHER (FN 506), Art. 372 N 130; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 1264; STOJILJKOVIĆ (FN 508), 107.

<sup>511</sup> BK ZPO I-HURNI (FN 11), Art. 61 N 26; Commentario-TREZZINI, Art. 61 ZPO N 11, in: Francesco Trezzini/Stefano Fornara/Bruno Cocchi/Giorgio A. Bernasconi/Francesca Verda Chiochetti (Hrsg.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), 2. A., Pregassona 2017.

<sup>512</sup> Vgl. KUKO ZPO-DOMEJ (FN 11), Art. 61 N 5.