

# Ist die Änderung des Klagegrundes nach § 127 Ziffer 1 der zürcherischen ZPO verboten?

Autor(en): **Kehl, Robert**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **70 (1951)**

Heft 1

PDF erstellt am: **27.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896475>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Ist die Änderung des Klagegrundes nach § 127 Ziffer 1 der zürcherischen\* ZPO verboten?

Von Dr. Robert Kehl,  
Obergerichtsssekretär, Zürich

---

## I.

In der letzten Zeit begegneten dem Verfasser verhältnismäßig häufig Fälle, in denen ein Kläger noch im Berufungsverfahren (auf dem Wege über das Novenrecht) versuchte, die Klage auf eine andere Grundlage zu stellen (was sozusagen immer auf eine mangelhafte Vorbereitung des Prozesses durch die Parteien hinweist). In einem solchen Falle wurde am 24. Mai 1950 von der I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich in Erwägung gezogen, ob nicht die bisher vorherrschende Praxis, wonach auch die Änderung des Klagegrundes unzulässig sei, verlassen werden sollte. Der Gedanke fand zwar (in der öffentlichen Beratung) an sich wohlwollende Beachtung. Der Entscheid fiel in Bestätigung der darin zusammengefaßten bisher vorwiegenden Praxis trotzdem im gegenteiligen Sinne aus; dabei mag unter anderem ein gewisses Mißbehagen mitgespielt haben, weil die Tragweite eines solchen Schrittes nur schwer abzuschätzen ist. Immerhin behielt sich das Gericht vor, auf die Frage einer Änderung der Praxis in einem dafür geeigneteren Zusammenhange zurückzukommen.

Der Verfasser hat sich aus den angeführten Gründen seit dem Urteil vom 24. Mai 1950 eingehender mit dem Problem befaßt. Das Ergebnis dieser Studien kann leider nicht Anspruch darauf erheben, eine erschöpfende Abklärung

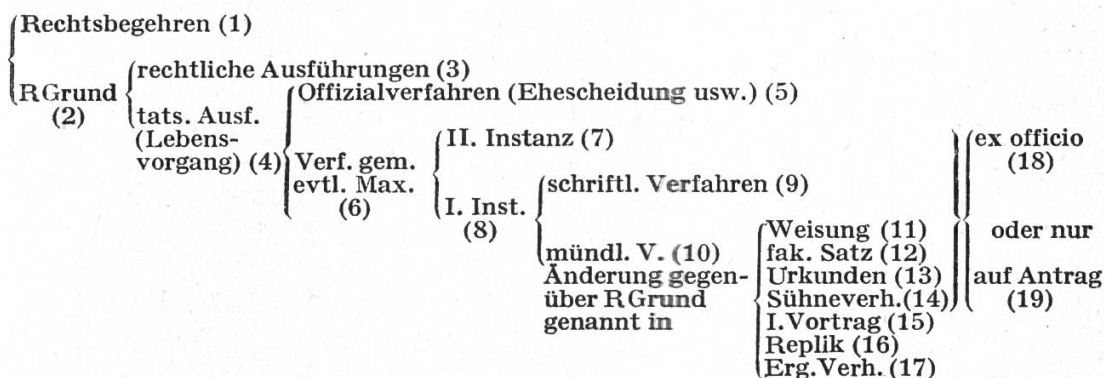
---

\* In einigen andern Kantonen lauten die einschlägigen Bestimmungen gleich oder wenigstens ganz ähnlich, vgl. zum Beispiel Schwyz § 205.

dieser nicht einfachen Rechtsfrage darzustellen. Gewisse Gesichtspunkte, denen der Verfasser für die fernere Stellungnahme zur Frage eine Bedeutung beimißt, sind aber bisher in der Literatur und Praxis noch nicht in Erscheinung getreten und vermögen deshalb die Publikation der Studie zu rechtfertigen.

## II.

a) In methodischer Hinsicht sei vorausgeschickt, daß das hier behandelte, an sich schon sehr begrenzte Thema (dasjenige, wann im einzelnen Falle eine Änderung des Klagegrundes vorliege, ist wohl noch verwickelter) ohne Zergliederung nicht anhandgenommen werden kann. Das ist in der Doktrin im Gegensatz zur Praxis zur Hauptsache geschehen. Die Antworten auf die einzelnen Unterfragen müssen nämlich durchaus nicht gleichmäßig ausfallen. Auch sind Nebenfragen bei der Behandlung des Themas auszuscheiden und gesondert zu behandeln, da sie sonst störend wirken. Es sei auch hier das methodische Mittel des Schemas benützt, da dies am raschesten eine Übersicht gewährleistet, welche sich überdies leicht einprägen läßt. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei bemerkt, daß diese Gliederung in erster Linie bezweckt, die Problemstellung für eine fernere Diskussion zu präzisieren, ohne daß hier schon auf alle Einzelfragen eingegangen würde.



b) Zur Rechtfertigung dieser distinctiones et subdistinctiones sei überschlagsweise bloß auf folgendes hingewiesen:

1. Daß irgendwelche Präklusionen hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen nicht bestehen, ist in Theorie und Praxis allgemein anerkannt (vgl. zum Beispiel S. Popper, *Rechtshängigkeit*, 1920, 56, und Jak. Heußler, *Klageänderung*, 1924, 31 und nachstehend zum Teil abgedrucktes Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 24. Mai 1950 in Sachen H.-H. S. 14). Die Unterscheidung zwischen rechtlicher und tatsächlicher Begründung erweist sich aber in der Praxis nicht immer als selbstverständlich. So kann die neue Behauptung, der Kläger habe eine bestimmte Ware an X «verkauft», sowohl eine neue tatsächliche als auch eine neue rechtliche Behauptung darstellen (vgl. dazu BGE 75 II 310 und hier unten vor III b).
2. Die Unterscheidung zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Verfahren ist im Rahmen unserer Frage deshalb gerechtfertigt, weil beim zweitinstanzlichen Gesichtspunkte in Betracht fallen, die mit Bezug auf das erstinstanzliche keine Rolle spielen, vor allem das Prinzip des sogenannten Instanzenzuges (vgl. dazu Guldener, *Schweiz. Zivilprozeß*, 1/204, und die Ausführungen bei Heußler, 57 ff.). Die Gründe gegen die Zulassung einer Änderung des Klagegrundes vor zweiter Instanz sind noch zahlreicher als diejenigen, die hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens ins Feld geführt werden können. Das erklärt es, daß die Zulässigkeit der Änderung des Klagegrundes vor zweiter Instanz auch von solchen Autoren mit Nachdruck abgelehnt wurde, die im Hinblick auf die erste Instanz Nachsicht empfahlen (vgl. zum Beispiel K. von Wyß, *SJZ* 11, 332 Spalte rechts; auch Guldener, a. a. O., und Sträuli/Hauser, 1939, § 127 A 4).
3. In der Doktrin werden im allgemeinen, im Gegensatz zur Praxis, das mündliche und das schriftliche Verfahren getrennt — und meist auch verschieden — behandelt (Guldener, I 203 ff.; Heußler, 31 ff.; Popper, 54 ff.; von Wyß, a. a. O.). Sie erblickt denn auch das Kernpro-

blem gerade darin, ob das Verbot der Änderung des Klagegrundes wenigstens im schriftlichen Verfahren (nach Einreichung der Klageschrift) Geltung habe. Es wäre indessen verfehlt, davon auszugehen, im mündlichen Verfahren könne, wenigstens bis zum Schlusse der Hauptverhandlung, von einem Verbot der Änderung des Klagegrundes gar nicht die Rede sein. Mit Recht hat Heußner, 34 ff., im mündlichen Verfahren diejenigen Unterscheidungen gemacht, die im vorstehenden Schema ihren Ausdruck gefunden haben.

4. Die Ziffern 18 und 19 des Schemas weisen schließlich auf ein Randproblem im Fragenkomplex hin, das, im Grunde genommen, sowohl für die Gestaltung der Praxis auf Grund des geltenden Gesetzes als auch de lege ferenda von größter Wichtigkeit ist. Soll der Richter eine Änderung des Klagefundamentes immer ohne weiteres hinnehmen, wenn die Gegenpartei nicht opponiert? (Vgl. zu dieser Frage — die in der Literatur überwiegend bejaht wird — zum Beispiel Sträuli, Komm. ZPO 1915, § 130 A 4; etwas anders formuliert bei Sträuli/Hauser, 1939, § 127 A 4; von Wyß, a.a.O. 332; Popper, 57; sowie aus der Zeit vor 1866 Ullmer, 1861, 115 N. 5). Rechtsvergleichend sei zum Beispiel auf die Zivilprozeßordnungen der Kantone St. Gallen (175) und Inner-Rhoden (108) sowie, was das ausländische Recht betrifft, auf Deutschland (§ 264) hingewiesen.

### III.

a) Die Gerichtspraxis zur Frage nach der Zulässigkeit der Änderung des Klagegrundes war von jeher äußerst zurückhaltend, und sie scheute sich im allgemeinen offensichtlich, sich durch abstrakte Formulierungen eines Grundsatzes auf diesem Gebiete zu binden. Trotzdem in der Mehrzahl der publizierten Entscheide nur von der Unzulässigkeit der Änderung des Klagebegehrens die Rede ist, muß doch festgehalten werden, daß sich seit mindestens einem Jahrhundert immer wieder Präjudizien finden las-

sen, aus denen mehr oder weniger deutlich hervorgeht, daß sich die Gerichte nie vollständig vom Gedanken lösten, die gänzliche Änderung des Klagegrundes im Laufe des Verfahrens müsse ebenfalls als unzulässig bezeichnet werden. Das gilt schon für die Zeit vor 1866, als ein Verbot der Klageänderung noch keinen ausdrücklichen Niederschlag im Gesetz gefunden, und dieses aus der Bestimmung des § 8 des damaligen Gesetzes über das Gerichtswesen (organisches Gesetz von 1831) und aus Art. 84/II der Verfassung vom selben Jahre abgeleitet werden mußte. Die in den «Beiträgen zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege» von Schauberg veröffentlichten und von R. E. Ullmer, *Der zürcherische Zivilprozeß*, 1861, 115, zitierten Entscheide aus der damaligen Zeit enthalten bereits klare Anhaltspunkte für die obenerwähnte Annahme. Im Präjudiz Beiträge IV, 436, fällt beispielsweise die Bemerkung auf, die Klage gehe gemäß Weisung und Streitfrage der ersten Instanz auf Bezahlung von fl. 100.— aus Darlehen, trotzdem in der den Erwägungen vorausgeschickten Streitfrage von einem Darlehen nicht die Rede ist. Es wurde jedoch als zulässig erklärt, sich zur Begründung des Begehrens im Laufe des Verfahrens auf ein anderes Darlehen zu berufen als auf das ursprünglich genannte. Laut Beiträge XII 356 (Nr. 38 Erw. 1) wurde die Änderung des Klagegrundes wiederum zugelassen, jedoch mit der noch auffälligeren Begründung, der Beklagte habe dagegen keine Einwendungen erhoben. Dieser Satz führt zur Vermutung, das Gericht hätte die Änderung im Falle des Widerspruches des Beklagten nicht zugelassen (oder mindestens erhebliche Bedenken gehabt, sie zuzulassen), sonst hätte nämlich diese Begründung keinen Sinn. Deutlich zugunsten der oben vertretenen Ansicht über die damalige Praxis spricht der Entscheid der Beiträge XV 367. Hier wurde im Sinne einer Definition der verbotenen Änderung der Klage ausgeführt, es unterliege keinem Zweifel, daß eine solche vorliege, denn es leuchte ein, daß Klagegrund und Klagegesuch der neuen Streitfrage etwas und zwar qualitativ ganz anderes

darstellten als die der früheren. Auch hier wurde zwar die Änderung «zugelassen», jedoch unter der Voraussetzung, daß der Kläger eine neue Weisung beibringe, wonach die bisherige Klage mit der neuen vereinigt werden könne, so daß in Wirklichkeit keine Zulassung in dem Sinne erfolgt ist, wie sie hier besprochen wurde. Nichts Positives kann für unsere Frage dem Entscheid nach «Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege» von Schauberg, Bd. II S. 456 Nr. 150, entnommen werden, weil dort mit Recht der Standpunkt vertreten wurde, die vom Kläger vorgenommene Änderung seiner Darstellung sei nur eine veränderte rechtliche Würdigung des Sachverhaltes. Es mag zu diesem Präjudiz höchstens noch bemerkt werden, daß gar nicht so argumentiert worden wäre, wenn das Gericht davon ausgegangen wäre, die Änderung des Klagefundamentes sei jederzeit zulässig.

Eine genauere Betrachtung der Ausführungen Meilis (Kurzkommentar zu den Rechtspflegegesetzen, 1882, zu § 318 ad 1) läßt keine Wendung im behandelten Bereiche erkennen, trotzdem inzwischen Gesetze erlassen worden waren, die ausschließlich vom Verbot der Änderung des Klagebegehrens sprachen. Auch im Kommentar Sträuli von 1883 ist wiederum ein Entscheid (von 1877) zitiert, in welchem erklärt wurde, es dürfe nicht «ein neues, seinem Fundamente nach ganz verschiedenes Rechtsbegehren hinzugefügt werden» (N. 4), während das Kassationsgericht in einem andern ebenda zitierten ausgeführt hat, die Klagebegründung erfolge in für den Kläger verbindlicher Weise erst in der Hauptverhandlung (N. 2), woraus immerhin folgt, daß dieses Gericht eine spätere Änderung des Klagefundamentes für unzulässig erachtete, was angesichts der damaligen §§ 337 und 676 eine praktische Bedeutung hatte. Die Auflage 1915 des Kommentars Sträuli zum neuen Gesetz (§ 130 A. 2) hatte wiederum zu registrieren, die Praxis habe (nach Ansicht des Kommentators inkonsequenterweise) entschieden, die Änderung des Klagegrundes sei unzulässig, wenn dieser in einer Klageschrift genannt worden sei.

Im Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 24. Mai 1950 in Sachen H.-H., von welchem Falle eingangs die Rede war, wurden die wichtigsten Entscheide seit 1900 zusammengefaßt. Zitiert und summarisch wiedergegeben wurden darin die Entscheide: ZR 3/12, R (Rech.-Ber. d. Obergerichtes) 1904/165, ZR 5/165, R 1907/176, ZR 11/49, ZR 13/190, R 1921/95, ZR 25/115, ZR 28/103, ZR 29/30, R 1930/93, ZR 35/128, ZR 37/19, ZR 40/57. Sodann wurde festgestellt, daß nur in einem einzigen Präjudiz (ZR 29/30) ausdrücklich der Standpunkt vertreten worden sei, die Änderung des Klagegrundes nach Eintritt der Rechtshängigkeit sei gestattet; es wurde indessen darauf hingewiesen, daß diese Entscheidung deshalb an grundsätzlicher Bedeutung verliere, weil darin die Feststellung enthalten sei, im fraglichen Falle sei der Klagegrund in Wirklichkeit nicht geändert worden (der neue Standpunkt der Klägerschaft sei nämlich nur eventualiter und überdies schon in der Replik der Hauptverhandlung eingenommen worden). Die I. Zivilkammer gelangte zum Schlusse: «Faßt man aber den Klagegrund in diesem Sinne auf (Lebensvorgang, Tatsachenkomplex), so muß festgestellt werden, dass die aufgeführten Entscheide in der weitüberwiegenden Mehrzahl den Grundsatz enthalten, eine Änderung dieser Prozeßgrundlage... sei (nach dem Schlusse der erstinstanzlichen Hauptverhandlung) nicht zulässig.»

Ergänzend sei auch auf die meines Erachtens klar in die gleiche Richtung weisenden Entscheide in ZR 4/190 und 7/128 hingewiesen.

Das vorstehend zum Teil wiedergegebene Urteil des Obergerichtes vom 24. Mai 1950 wurde vom Kassationsgericht am 30. Oktober 1950 kassiert. Unter Verweis auf sein Präjudiz ZR 29 Nr. 30 stellte sich das Kassationsgericht erneut auf den Standpunkt, die Änderung des Klagegrundes sei nicht verboten, und zwar gelte dies auch dann, wenn die Klage durch Klageschrift anhängig gemacht werde. Der Ansicht des Obergerichtes, die Streithängigkeit trete mit Bezug auf das Klagefundament erst nach der



prozessual noch zulässigen vollständigen Herstellung desselben (nach dem kassierten Entscheid mit dem Schlusse der Hauptverhandlung) ein, hielt das Kassationsgericht entgegen, mit diesem Grundsatz gerate man in Widerspruch zu den §§ 121 und 123 ZPO.

Obschon in BGE 75 II 310 — es handelte sich um einen Zürcher Fall — auf das «Rechtsbegehren» abgestellt wurde, kann meines Erachtens diesem Präjudiz keine klare Stellungnahme des Bundesgerichtes entnommen werden, denn der Ausdruck «Motiv» ist zu unbestimmt, und überdies stand eine Änderung in Frage, die (wenigstens im Sinne eines Grenzfalles) unter den Begriff der «Änderung des Rechtsstandpunktes» subsumiert werden kann.

b) Die Doktrin ist — fast gezwungenermaßen, weil ihr Objekt von Haus aus das Abstrakte und Generelle ist — bestimmter. In ihr ist überwiegend der Standpunkt vertreten worden, die Änderung des Klagegrundes sei im mündlichen Verfahren nach Schluß der Hauptverhandlung und im schriftlichen Verfahren nach erfolgter Litiskontestation verboten, trotzdem das Gesetz das Gegenteil anzudeuten scheine (so Guldener, I 203 ff.; J. Heußler, siehe unten; K. von Wyß, a. a. O.; W. Hochuli, Die Begründung der Klage, Zürcher Dissertation 1942, 129/130; teilweise nun auch Kommentar Sträuli/Hauser, § 127 A 2). Nur ein Autor (S. Popper, Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcherischem Zivilprozeßrecht, Zürich 1922, 54 ff.) verfocht in dezidierter Weise die Auffassung, die Änderung des Klagegrundes sei weder im mündlichen noch im schriftlichen Verfahren irgendwie verboten, nachdem allerdings eine ähnliche Auffassung auch in der Auflage 1915 des Kommentars Sträuli (§ 130 A 2) ohne nähere Begründung vertreten worden war (jetzt eindeutig aufgegeben in der Auflage 1939 § 127 A 2 S. 226; vgl. dazu auch A 4 zu § 317). Am weitesten ging J. Heußler, Die Klageänderung im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Zürich 1924, 22 ff., der eine Änderung des Klagegrundes auch im mündlichen Verfahren, und zwar schon vor dem

Schlusse der Hauptverhandlung für unzulässig erachtet, falls der Klagegrund zur Zeit der Litiskontestation zum Beispiel durch Urkunden bereits individualisiert wurde, aber auch dann, wenn der Beklagte auf irgendeine Art nachweisen kann, daß vor dem Friedensrichter ein ganz anderes Rechts- und Tatsachenverhältnis verhandelt worden sei (S. 37 unter b). Er geht damit davon aus, daß theoretisch die Änderung des Klagegrundes nach Eintritt der Rechtshängigkeit überhaupt verboten sei und daß eine Einschränkung dieses Grundsatzes nur der teilweisen praktischen Undurchführbarkeit zuzuschreiben sei.

#### IV.

A. Auf Grund seiner Untersuchungen glaubt der Verfasser folgende Thesen aufstellen zu können:

1. Der von S. Popper verfochtene und, wie ausgeführt, in der Gerichtspraxis neuestens in Erwägung gezogene bzw. bereits eingeschlagene Weg, die Änderung des Klagegrundes nach der Auslegungsart *e contrario* unter allen Umständen, sowohl im schriftlichen wie im mündlichen Verfahren und in jedem Stadium (soweit Parteivorträge an sich noch möglich sind) zuzulassen, ist praktisch nicht gangbar, und es sprechen gegen die Einschlagung dieses Weges auch erhebliche theoretische Bedenken.

2. Nach der geltenden Rechtslage dürfte die von Jakob Heußler vertretene Auffassung die zutreffendste sein, wobei aber der Richter das Verbot der Änderung des Klagegrundes im Falle des (auch stillschweigenden) Einverständnisses des Beklagten nur ganz ausnahmsweise von Amtes wegen zur Geltung bringen sollte.

3. Wer die nicht unberechtigte Auffassung vertritt, es bestehe ein Bedürfnis nach freierer Erforschung der Wahrheit und nach vermehrter Gewährleistung noch vollkommenerer materieller Gerechtigkeit ohne allzu viele prozessuale Schikanen, wird — vielleicht mit Bedauern — feststellen, daß eine differenziertere und damit ohne Zweifel bessere Ordnung des besprochenen Bereiches nur durch eine

Gesetzesänderung zu erreichen ist, denn die geltenden Grundsätze der Gesetzesauslegung werden nie, ohne daß der Sache Gewalt angetan oder in der richterlichen Rechtschöpfung zu weit gegangen würde, ein wirklich befriedigendes (Auslegungs-) Resultat ermöglichen. Damit gelangt gleichzeitig die Auffassung des Verfassers zum Ausdruck, daß er die hier vertretene Auslegung nur als unvollkommene, aber noch erträgliche Lösung unter den zwei einzigen, die dem Ausleger zur Verfügung stehen (Entweder-Oder), empfindet. Falls der Grundsatz des Verbotes der Änderung des Klagegrundes vom Gesetzgeber aufgegeben werden sollte, wären sinngemäß folgende einschränkende Bestimmungen unerläßlich:

«Die Änderung des Klagegrundes ist bis zum Schlusse des erstinstanzlichen Verfahrens bei Einwilligung der Gegenpartei zulässig, wenn der neue Anspruch mit dem ursprünglich geltend gemachten konnex ist; sie ist unter der letztgenannten Voraussetzung auch gegen den Willen der Gegenpartei zuzulassen, sofern des weiteren:

- a) die Änderung sich aus der Entwicklung des Verfahrens ergeben hat, so namentlich, wenn die Änderung nur die Übernahme des Standpunktes des Beklagten darstellt;
- b) seit Einleitung des Verfahrens ein Sachverhalt eingetreten ist, der als Klagefundament in Betracht fallen kann;
- c) der Kläger die nachträgliche Änderung sonstwie glaubhaft zu motivieren vermag;
- d) aus der Änderung keine erhebliche Verzögerung oder Erschwerung des Verfahrens und der Rechtsstellung der Gegenpartei zu besorgen ist;
- e) der Kläger die Kosten des bisherigen Verfahrens sofort hinterlegt, falls dieses sich infolge der Änderung als nutzlos erweisen sollte.

Im zweitinstanzlichen Verfahren ist die Änderung des Klagegrundes nur ganz ausnahmsweise zulässig, so namentlich, wenn seit der letzten Möglichkeit, die Änderung vorzunehmen, ein Sachverhalt eingetreten ist, der als Be-

gründung des Rechtsbegehrens in Betracht fällt und mit dem ursprünglichen konnex ist. In diesem Falle ist der Prozeß auf Begehren des Beklagten an die erste Instanz zurückzuweisen.»

B. Gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Änderung des Klagegrundes sprechen folgende Überlegungen:

1. Die bisherige Gerichtspraxis belegt deutlich genug, daß ein dringendes Bedürfnis besteht, die Änderung des Klagegrundes wenigstens in krassen Fällen ausschließen zu können. Ohne ein solches dringendes Bedürfnis hätte die Gerichtspraxis ohne Zweifel schon längst ausnahmslos und klar erklärt, die Änderung des Klagegrundes sei schlechterdings gestattet. Wiederholt geschah aber mehr oder weniger deutlich das Gegenteil. Das ist um so auffälliger, als das Gesetz die Änderung des Klagegrundes nicht ausdrücklich verbietet, so daß es den Gerichten nicht schwer gefallen wäre, den gegenteiligen Standpunkt ausnahmslos unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes zu begründen.

2. Der Umstand, daß auch die herrschende Lehre im wesentlichen ohne Bedenken vom Verbot der Änderung des Klagegrundes ausgegangen ist, weist in dieselbe Richtung. Auch sie hat sich nicht daran gestoßen, diesen Grundsatz ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage aufzustellen. Das kann nicht anders erklärt werden, als daß auch sie das praktische Bedürfnis nach Fixierung des Rechtsstreites als dringend ansah, und daß sie davon ausging, ein solches Verbot entspreche dem System des Gesetzes.

3. Die historischen Zusammenhänge sprechen eher für, jedenfalls nicht gegen die hier vertretene Auslegung des Gesetzes. Die ersten Entwürfe des Gesetzes betreffend die Rechtspflege von 1866, in welchem erstmals das ausdrückliche Verbot der Klageänderung im Sinne der noch heute geltenden Fassung statuiert wurde, sahen noch ausdrücklich vor, daß auch die Änderung des Klagegrundes nach Eintritt der Rechtshängigkeit unzulässig sei (vgl. § 115 Ziff. 6 des Entwurfes des damaligen Obergerichtspräsidenten

Dr. Finsler von 1844 und den Entwurf des Justizdirektors Dr. Treichler von 1863 § 97). Es gelangt damit die Erfahrung bewährter Praktiker zum Ausdruck, daß ohne ein solches Verbot ein geordneter Rechtsgang nicht wohl denkbar ist. Ohne Zweifel sind diese Entwürfe von der Praxis her beeinflußt worden, die diesen Grundsatz, wie oben ausgeführt wurde, auch ohne klare gesetzliche Grundlage bis zu einem gewissen Grade anerkannt und jedenfalls nie völlig verleugnet hatte. Der Entwurf der Justizdirektion selbst enthielt dann allerdings überhaupt keine Bestimmungen über die Wirkungen der Rechtshängigkeit und die Änderung des Klagegrundes, wohl deshalb, weil er im Gegensatz zu den genannten Entwürfen zum Grundsatz zurückkehrte, daß der Rechtsstreit bloß durch die Einreichung der Weisung anhängig gemacht werde (die zuerst erwähnten Entwürfe hatten nämlich ein schriftliches Vorverfahren postuliert, wobei vorgesehen war, daß in der Klageschrift die narratio enthalten sein müsse). Die Expertenkommission ließ es dabei bewenden, die Rechtshängigkeit durch die Einreichung der bloßen Weisung eintreten zu lassen, und trotzdem wurde zunächst die Bestimmung aufgenommen:

«§ 93a: Die Streithängigkeit bewirkt:

1. die Unzulässigkeit jeder Änderung des Klagegrundes oder des aus der Weisung ersichtlichen Rechtsbegehrens, vorbehaltlich von bloßen Verdeutlichungen,
2. ...» (Kommissionalentwurf 1865 und dazu Protokoll S. 489).

Diese Bestimmung wurde vorerst ohne (ersichtlichen) Widerstand angenommen und bis zum Schlusse der Beratung, das heißt bis zur Beratung durch die große Expertenkommission beibehalten. Auf einer der letzten Seiten des Kommissionsprotokolls (S. 708) heißt es (zu § 93a): «In Ziffer 1 wurden die Worte ‚des Klagegrundes‘ gestrichen, da dieser in der Weisung oft gar nicht und oft unrichtig oder undeutlich angegeben ist, weshalb eine Ergänzung oder Berichtigung desselben nach Einreichung der Wei-

sung noch zugelassen werden muß.» Hier liegt die Wurzel des seitherigen Rechtszustandes, denn auf diese Frage kam der Gesetzgeber seither anscheinend nicht mehr zurück. Diese Entstehungsgeschichte des heutigen § 127 Ziffer 1 lehrt folgendes:

- a) daß damals (1865) für das schriftliche Verfahren wohl anders entschieden worden wäre, da ja die Streichung nur deshalb erfolgte, weil der Rechtsgrund in der Weisung nicht angegeben werde;
- b) daß die Streichung offensichtlich nur aus Gründen mangelnder Durchführbarkeit und eher mit einem gewissen Bedauern erfolgte, nicht aber deshalb, weil die Kommission die Möglichkeit der Änderung des Klagegrundes an sich begrüßt hätte;
- c) daß offensichtlich nur untergeordnete Änderungen des Klagefundamentes («Ergänzung oder Berichtigung») zugelassen werden wollten, nicht aber die Ersetzung des einen Rechtsgrundes, das heißt des einen Anspruches, des einen vor dem Friedensrichter verhandelten Tatbestandes durch einen vollkommen anderen;
- d) daß sich allem Anschein nach auch der Gesetzgeber angesichts der unabsehbaren Tragweite eines schroffen Entweder-Oder und des unbestreitbaren Bedürfnisses nach Ausnahmen scheute, hier einen abstrakten und generellen Grundsatz auszusprechen, und es vorzog, es den Gerichten zu überlassen, die Frage auf Grund des übrigen Systems der ZPO und in Fortbildung der bisherigen Praxis zu beantworten.

4. In theoretischer Hinsicht ist des weiteren darauf hinzuweisen, daß die zürcherische ZPO (und naturgemäß auch die andern Zivilprozeßordnungen) von der Voraussetzung ausgeht, die einmal eingeleitete Klage werde nachher nicht auf eine ganz andere tatsächliche und rechtliche Grundlage gestellt, denn zahlreiche gesetzliche Grundsätze stellen auf das Kriterium ab, welches die Natur der Klage sei. Das gilt einmal für die gesamte Zuständigkeitsordnung, sowohl die der sachlichen (Gewerbegericht § 15 GVG, Handelsgericht

§ 78 GVG) als auch die der örtlichen Zuständigkeit (vgl. die §§ 2 Ziffern 4 und 6, ferner 3, 4, 5 und 6 Ziffern 2—5, sowie 10/II und 11/II ZPO, um nur diejenigen Fälle zu nennen, bei denen die Änderung des Klagegrundes ohne Änderung des Rechtsbegehrens besonders praktisch werden kann). Leitet der Kläger beim Gewerbegericht eine Klage aus Dienstvertrag ein und ändert er sie in eine solche aus Darlehen, dann entfällt die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes, und es wird das ganze bisherige Verfahren «vernichtet». Ähnliches könnte beim Handelsgericht eintreten.

Auch die Art der Einleitung der Klage (direkte Anhängigmachung beim erkennenden Gericht oder Einleitung beim Friedensrichter) hängt vom Klagegrund ab: vgl. zum Beispiel die §§ 125 und 126 ZPO.

Der Streitwert (und damit unter anderem wiederum die Zuständigkeit) ist häufig vom Klagegrund abhängig. Verlangt der Kläger eine Maschine unter dem Titel Eigentum heraus, so wird der Streitwert ein anderer sein, als wenn er sie aus dem Rechtsgrunde eines Mietvertrages beansprucht.

In diesem Zusammenhange sind auch die §§ 30/II, 33 Ziffern 3 und 4, 37 ff., 40 ff., 43 und 93 ZPO zu erwähnen. Aber auch die Zulässigkeit der Widerklage im interkantonalen Verhältnis (Konnexität) stellt auf dieses Kriterium ab.

Das theoretische Hauptargument gegen die Zulässigkeit der Änderung des Klagegrundes liegt aber, vom Gesichtspunkt des Systems der ZPO aus betrachtet, in der den Charakter unserer Zivilprozeßordnung noch bestimmenden Eventualmaxime (§ 135 in Verbindung mit § 141 ZPO). In dieser Maxime ist das Verbot der Änderung des Klagegrundes implicite enthalten. Ihr Zweck ist die Aufrechterhaltung einer gehörigen Ordnung des Prozeßganges und der Vermeidung von Prozeßverschleppungen (Sträuli, Rechtspflegegesetz, 1883 § 336 A 3 und 4). Dann aber gilt der Grundsatz: *qui vult finem, vult media ad finem*. Von der erwähnten Zielsetzung des Gesetzgebers aus gesehen, wäre es ein Widerspruch, die Eventualmaxime aufrechtzuerhalten, die Änderung des Klagegrundes dagegen unbe-

schränkt zuzulassen. Die *ratio legis* ist in beiden Fällen dieselbe. Die Beschränkung auf die Untersagung der Änderung des Begehrens ist von diesem Gesichtspunkte aus um so weniger verständlich, als in vielen Fällen schlechterdings keine überzeugende innere Rechtfertigung dafür gefunden werden kann, während für das Verbot der Änderung des Klagegrundes in jedem Falle gewichtige Gründe sprechen. Eine durchdachte Prozeßordnung wird darum diese fast immer und jene nur mit wesentlichen Ausnahmen verbieten; eine Reihe von Prozeßordnungen geht denn auch so vor.

Ob für das zürcherische Recht zugunsten der hier vertretenen Auffassung ein dogmatisches Argument aus dem Begriffe der «Klageänderung» gewonnen werden kann, ist fragwürdig. Diese Argumentation (von Wyß, SJZ 11, 329 Spalte 2; auch Leuch für das frühere bernische Recht ZbJV 55, 194) ist eigentlich nur dann voll schlüssig, wenn das auszulegende Prozeßgesetz (wie nach den Marginalien St. Gallen und Innerrhoden) die Änderung der «Klage» verbietet, denn beim letztgenannten Begriffe besteht jedenfalls kein Zweifel, daß er mit «Anspruch» übereinstimmt. Beim Begriff des Rechtsbegehrens ist das aber nicht zum vorneherein klar.

Ist aus diesem Grunde aus dem Begriff der Klage ein Argument für unsere These nicht zu entnehmen, so bietet die Begriffssituation andererseits doch die Möglichkeit, unter dem «Begehren» den «Anspruch» im beschriebenen Sinne zu verstehen, wenn der Gesetzesausleger aus andern Gründen, aus der *ratio legis*, zum Schlusse gelangt, «Rechtsbegehren» sollte, um eine praktische Ordnung zu gewinnen, mit «konkretisiertem Anspruch» zusammenfallen, das heißt der Wortlaut «Begehren» verbietet ihm diesen Schluß nicht, weil der Begriff des «Begehrens» nicht eindeutig genug fixiert ist.

5. Rechtsvergleichend ist festzustellen, daß das Verbot der Änderung des Klagegrundes in Deutschland, Österreich und Liechtenstein (Tochterrecht von Österreich) grund-



sätzlich Geltung hat (Deutschland §§ 264, 268 und für das Berufungsverfahren Stein-Jonas, § 529 IV Ziff. 1 Abs. 3 und Ziff. 2, sowie — französische Zone — Anhang nach § 532 II Ziff. 1 a; Österreich § 235). In den romanischen Rechtsgebieten Frankreich und Italien wird dagegen dem Bedürfnis nach Änderung des Klagegrundes während der Dauer des Prozesses unter anderem durch die sogenannten akzessorischen oder inzidenten (additionellen) Klagen bzw. die sogenannte *emendatio libelli* (u.a. «*modificare le domande, proporre domande, che siano conseguenza diretta die quelle formulate*») anscheinend in weitestgehendem Maße Rechnung getragen (Frankreich Art. 337 c.p.c.; Italien Art. 183f und Art. 345); immerhin ergibt sich aus der Literatur klar, daß auch hier völlig neue (nicht konexe) Klagen nicht nachträglich eingebracht werden können (vgl. Dalloz, Codes annotés, nouveau code de proc. civ., 1910-1911, insbesondere die illustrativen Noten 25 und 28 zu Art. 337, sowie N. 780 zu Art. 61, ferner Glesson et Tissier, *Traité théor. et prat. de proc. civ.* 1926, II, Nr. 487 S. 461, und I, Nr. 235 S. 598; E. Redenti, *Diritto processuale civile*, 1947, I 336: «Vietato deve ritenersi (schon in der prima udienza) la *mutatio libelli*, e cioè principalmente la proposizione di domande nuove o diverse (sia per il *petitum* che per la *causa petendi*).» Der Novelle zur französischen Zivilprozeßordnung vom 30. Oktober 1935 kann meines Erachtens in diesem Punkte keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Freilich erhielt der Art. 464 in Art. 5 für das Appellationsverfahren folgenden neuen Absatz: «*Ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents*» (Dalloz, *Recueil périodique et critique* 1935, 4, 423). Der letzte Partizipialsatz wird dagegen durch die Wendung «*procédant directement de la demande originaire*» in einer Weise eingeschränkt, daß in ihm ein Einbruch in die Regeln über die akzessorischen Klagen nicht zu erblicken ist.

In den Prozeßordnungen der schweizerischen Kantone hat das Verbot der Änderung des Klagegrundes, das gelegentlich mehr verschüttet als abgelehnt erscheint, ebenfalls eine beträchtliche Verbreitung, so daß es bis zu einem gewissen Grade als Gemeingut des mitteleuropäischen Rechtsgebietes bezeichnet werden kann. Keine Prozeßordnung kann meines Erachtens auf dieses Verbot vollständig verzichten. Es bricht sich gelegentlich trotz gegenteiligen Entscheiden und trotz anscheinend gegenteiliger gesetzlicher Regelung hartnäckig Bahn (Aargau: Eichenberger, Beiträge zum aarg. ZPrR 1949 136, und Keller/Pfisterer, Komm. 1947 § 113 N. 2, wo angenommen wird, der fragliche Grundsatz sei für den Gesetzgeber geradezu selbstverständlich gewesen; Außerrhoden: die Wendung «Rechtsfrage» in Art. 100 muß meines Erachtens dahin ausgelegt werden, auch die Änderung des Klagegrundes sei verboten; Baselstadt: § 79 Zulassung mit Bewilligung des Gerichtes aus wichtigen Gründen, und SJZ 44, 296f., wo das Verbot der Änderung des Klagegrundes sinngemäß als zu den Grundprinzipien des Prozeßrechtes gehörend bezeichnet wird; Bern: Art. 94; Glarus: § 46, aber dazu auch 141 Ziff. 1 und 145 IIIff.; Innerrhoden 108: hier ist wie beim st. gallischen Recht zu bemerken, daß das Verbot der Änderung des Klagegrundes aus dem Marginale «Klageänderung» abzuleiten ist; Luzern: § 121/II; Neuenburg: Art. 160, «Natur der Klage»; St. Gallen: Komm. Lutz, 1946, Art. 175 N. 3, und Fehr, Das Novenrecht 1949, 91, sowie die Bemerkung unter Innerrhoden; Solothurn: Entwurf 1948 § 170 — dagegen geltendes Gesetz § 88 —; Tessin: Art. 49 und dazu Fehr, 59; Uri: Artikel 124/II und 126; Waadt: Art. 257/II «toutefois sans que la nature en soit changée»; Wallis: § 88; Zug: § 63). Soweit das Institut der Reform besteht, ist dies nur eine Bestätigung desselben Rechtsgedankens, das diesen allerdings weitgehend illusorisch macht.

6. Die völlige Freiheit des Klägers, den Klagegrund im Verlaufe des Prozesses beliebig zu ändern, würde zu un-

haltbaren praktischen Konsequenzen führen. Deshalb wird auch im Werke Glasson et Tissier (*Traité théorique et pratique de procédure civile* 1926 I Nr. 235 S. 598) für das französische Recht, das dem Kläger in dieser Richtung die größten Zugeständnisse macht, erklärt, es dürfe nicht dem freien Willen des Klägers anheimgestellt werden, in welchem Umfange er seine Klage ändern wolle; er dürfe seine Klage nicht durch eine ganz neue ersetzen.

Die letztgenannte Möglichkeit hätte der Kläger aber in vielen Fällen, wenn ihm gestattet würde, den Klagegrund im Verlaufe eines Verfahrens beliebig gegen einen andern zu vertauschen. Er könnte das vor allem bei Forderungsklagen, und zwar besonders bei solchen auf Bezahlung einer Geldsumme. Praktische Bedeutung erhält diese Möglichkeit dann, wenn der Kläger mit dem Beklagten in einem ziemlich regen Verkehr steht. Dann könnte nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch der Fall eintreten, daß er verschiedene «Versuche» nacheinander anstellen würde. Bald könnte er die verlangten Fr. 100.— aus Darlehen, bald aus Mandat, bald aus Gesellschaftsvertrag, aus dem Titel Kaufvertrag oder Werklohn geltend machen, und innerhalb dieser Titel gäbe es für ihn noch mancherlei Möglichkeiten zu Abwandlungen, wenn er mit dem Beklagten im Laufe der vergangenen Jahre mehrere Darlehens-, Mandats-, Kaufs- oder andere Verträge abgeschlossen hat. Schlägt die eine narratio über den Abschluß eines Kaufvertrages nicht ein, dann kann die Versuchung entstehen, einen andern Vorfall als Kaufvertragsabschluß darzustellen und gestützt darauf seine Forderung zu begründen. Noch anschaulicher zeigt es folgendes Beispiel: A verlangt vor dem Friedensrichter und in der Klagebegründung vor Bezirksgericht von B den Kaufpreis für eine Kuh von Fr. 2500.—. Aus der Klageantwort erkennt er, daß er damit nicht durchdringen kann. Darauf verlangt er die Fr. 2500.— in der Replik (oder vor Obergericht gestützt auf das Novenrecht) mit der Begründung, B habe ihm vor Jahresfrist ein Bein gestellt, er sei zu Fall

gekommen und habe einen bleibenden Nachteil usw. Der Trölerei wäre also ein weites Tor geöffnet. Aber ganz abgesehen davon hätte die unbeschränkte Zulässigerklärung der Änderung des Klagegrundes einen Rattenschwanz von Unzukömmlichkeiten zur Folge, die nur angedeutet werden sollen:

- a) Einmal würde damit dem Grundsatz des Gesetzes, daß mit wenigen Ausnahmen jeder Rechtsstreit das Sühneverfahren vor dem Friedensrichter durchlaufen müsse (vgl. dazu auch für das franz. Recht Glasson et Tissier, I Nr. 235 S. 598), Abbruch getan. Das Sühneverfahren würde in solchen Fällen illusorisch gemacht.
- b) Auch andere Garantien der Rechtssprechung, zum Beispiel der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der im Gesetz durch die Regelung der den Parteien zustehenden Vorträge und anderer Möglichkeiten der Vernehmlassung konkretisiert wurde, würden gefährdet. Die Verteidigung des Beklagten in den ihm zustehenden Vorträgen würde ganz oder teilweise hinfällig, und es ist mehr als fraglich, ob ihm immer ein genügender Ersatz geboten würde.
- c) Die Verfahren würden verzögert und in mancher Hinsicht unübersichtlich und erschwert.
- d) Nicht nur das Sühneverfahren, sondern auch der weitere Prozeßgang weisen Ruhepausen und damit Bedenkzeiten auf, die für den Beklagten im Hinblick auf seine Verteidigungsvorbereitung und die Prozeßinstruktion von erheblicher Bedeutung sind. Auch diese können ihren Funktionen nur genügen, wenn der Beklagte auch dem Rechtsgrunde nach weiß, wofür er belangt wird. Diese praktischen Rechtsschutzgarantien des Beklagten würden beschnitten, wenn die Änderung des Klagegrundes schlechthin zulässig wäre.
- e) Mit der Möglichkeit, den Klagegrund zu ändern, könnte arger Mißbrauch getrieben werden. Einem böswilligen Kläger könnte es einmal einfallen, direkt zum Zwecke der Erschwerung des Standpunktes der Gegenpartei (um

- sie mürbe zu machen, um Zeit zu gewinnen, um der Gegenpartei aus Zeitgründen Beweismöglichkeiten aus der Hand zu nehmen, die sie wegen der bisherigen Klagebegründung gar nicht in Betracht gezogen hatte, um sie zu überraschen oder aus anderen Gründen) zuerst eine Klagebegründung vorzubringen, die er nachher zu ändern im Sinne hätte (vgl. dazu auch, mit Bezug auf das Novenrecht, Bauhofer, JZ 29, 132 Spalte rechts, sowie den zweitletzten Absatz der vorliegenden Abhandlung).
- f) Gäbe es keine Schranke mit Bezug auf die Abweichung vom ursprünglichen Klagegrund, dann hätte dies weiter zur Folge, daß sich die Kläger weniger Mühe nähmen, sich die Sache vor Anhebung des Prozesses genau zu überlegen.
- g) Auf die Möglichkeit eines Wegfalls der Zuständigkeit wurde bereits hingewiesen. Theoretisch entsteht keine prozessuale Schwierigkeit. Das Gericht wird die «neue» Klage oder die «neue» Widerklage von der Hand weisen. Immerhin ist auf die Gefahr hinzuweisen, daß die eingetretene Unzuständigkeit, besonders bei sukzessive erfolgter Klageänderung, übersehen werden könnte; denn die Gerichte pflegen die Frage der Zuständigkeit zu Beginn des Prozesses zu prüfen. Aus diesem Grunde sind Urteile, die auf Grund einer veränderten Klage ergehen, schon aus diesem Gesichtspunkte für Nichtigkeiten «anfälliger».
- h) Wie soll es gehalten werden, wenn die im Laufe des Verfahrens anhängig gemachte neue Klage auf eine andere Art, nämlich durch Einreichung der Weisung statt durch direkte Klage, hätte angebracht werden müssen? Soll der Sühnvorstand nachgeholt werden?
- i) Die Grundlagen einer vorhandenen Streitgenossenschaft sowie einer erfolgten Intervention oder Streitverkündung können durch die Änderung des Klagefundamentes in Wegfall kommen. Die Ausscheidung der Streitgenossen, des Intervenienten oder des Litisdenunziaten kann zu Schwierigkeiten führen. So wird viel-

leicht der Litisdenuziat darauf pochen, daß die ihn berührende ursprünglich aufgeworfene Rechtsfrage irgendwie mit materieller Rechtskraft entschieden werde.

- k) Soll zur Innehaltung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs die Hauptverhandlung wiederholt werden (vgl. Beiträge Schauberg XV S. 369 unter Erw. 4; und Komm. Sträuli zu den Rechtspflegegesetzen, 1883, § 318 A 11)?
- l) Gemäß § 127 Ziffer 4 ZPO ist der Kläger verpflichtet, entweder den angehobenen Prozeß fortzuführen, oder anzuerkennen, daß der Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er erhoben wurde, nicht bestehe. (Diese Bestimmung ist meines Erachtens als die Grundlage für die materielle Rechtskraft, die jeder ordentliche Prozeß anstrebt, zu werten. Die Klagebegründung wird zwar nicht als solche der Rechtskraft teilhaftig, wohl aber in ihrer Relation zum Rechtsbegehren. In diesem Sinne sind die «eadem res» oder das «idem» — «ne bis in idem; ne bis in eandem rem» — zu verstehen). Damit ist die schwierige und bedeutsame Frage angeschnitten, wie es sich mit dem Umfang der Rechtskraft jener Urteile verhält, die nach erfolgter Änderung des Rechtsgrundes (vgl. in diesem Zusammenhang Sträuli/Hauser, § 104 A, 2b) ergehen. Handelt es sich um Eventualstandpunkte, dann werden nur dann Schwierigkeiten entstehen, wenn die primäre Begründung nicht genügt, weil sich das Gericht alsdann mit allen Ausführungen des Klägers auseinandersetzen haben wird. Wie verhält es sich aber, wenn der Kläger die eine Begründung — *concludenter* — fallen läßt? Einen Rückzug zu konstruieren, wird nicht leicht angehen können, da ja das Rechtsbegehren aufrechterhalten bleibt. Wie soll dann aber eine Rechtskraft mit Bezug auf die fallengelassene Begründung eintreten können? Fehlt es aber an einer solchen, dann kann der Kläger gestützt auf den nämlichen ursprünglich dargestellten Sachverhalt eine neue Klage einleiten, ohne daß ihm die Einrede der Rechtskraft mit

Erfolg entgegengehalten werden könnte. Damit wäre aber der Grundgedanke von § 127 Ziffer 4 ZPO verletzt. Die Möglichkeit der Änderung des Klagegrundes im Laufe des Verfahrens birgt übrigens die Gefahr in sich, daß der «Entscheid» über den fallen gelassenen Klagegrund vergessen werden kann, selbst wenn an sich keine Schwierigkeiten mit Bezug auf die Art der formellen Erledigung bestünde (zum Verfahren bei Klageänderung und damit zur formellen Erledigung fallen gelassener Klagebegründungen vgl. Heußner, S. 59ff.; zur Frage der Rechtskraft eines die Klageänderung nicht zulassenden Entscheides vgl. für Deutschland Stein-Jonas, § 529 IV Ziff. 1 Abs. 3 und Anhang nach § 532 II Ziff. 1 a Abs. 2).

- m) Die Freiheit des Klägers, das Klagefundament beliebig zu ändern, führt auf jeden Fall zu einem unrationellen Kosten- und Zeitaufwand. Das gilt auch dann, wenn der Kläger die Kosten des nutzlos gewordenen Verfahrens selbst zu tragen hätte. Einmal ist zu beachten, daß immer mehr Prozesse im Armenrecht durchgeführt werden. Dann liegt der direkte Schaden der vermeidbaren Weitläufigkeit des Verfahrens auf der Hand. Aber auch in den Fällen, in denen der Kläger die Kosten des nutzlos gewordenen Verfahrens bezahlt, bleiben der Staat immer und die Gegenpartei oft geschädigt, weil die Gerichtskosten dem Arbeitsaufwand des Gerichtes nie entsprechen, und auch die Prozeßentschädigung oft keine volle Deckung gewährt. Es ist auf alle Fälle rationeller, wenn sich der Kläger bzw. sein Anwalt etwas sorgfältiger auf den Prozeß vorbereitet (Eventualmaxime = in eventum vorsorgen, alle Möglichkeiten zum vornherein in Betracht ziehen), als wenn sich die Gegenpartei und ihr Anwalt sowie das ganze Gericht auch noch mit einem nutzlosen Ausprobieren beschäftigen.

Diesen Ausführungen kann nicht entgegengehalten werden, derart radikale Änderungen des Klagefundamentes seien infolge der Eventualmaxime überhaupt ausge-

schlossen. Einmal sind sie auf dem Wege der Replik und sodann in den Ergänzungsverhandlungen möglich, denn die Hauptverhandlung wird bekanntlich als eine Einheit aufgefaßt. Ja selbst das neugeschaffene Novenrecht bietet dem Kläger die Möglichkeit, seine Klage noch im Berufungsverfahren auf eine gänzlich neue Grundlage zu stellen (vgl. Heußler, 56 und die dortigen Zitate, sowie Fehr, Das Novenrecht, Diss. Zürich 1949, 33, und Sträuli/Hauser, § 317 A 4), wenn davon ausgegangen wird, es sei gleichgültig, ob die neuen Vorbringen gleichzeitig ein neues Klagefundament darstellen. Aus dieser Überlegung heraus wurde auch das *ius novorum* für das zürcherische Prozeßrecht von der Subkommission des Regierungsrates zunächst (Sitzung vom 23. November 1895, Prot. S. 120) abgelehnt. Die Professoren Meili und Treichler, Obergerichter Hauser und Advokat von Ryff hielten dafür, das vorgeschlagene Novenrecht könnte den Prozeß auf eine ganz andere Grundlage stellen, die zweite Instanz würde damit als solche aufgehoben, und die neue Bestimmung würde nur Advokatenfutter bedeuten und der Trölerei Tür und Tor öffnen. Diese Einwände wurden anscheinend mit der Begründung erledigt, man dürfe die Tragweite des Novenrechtes nicht überschätzen. Sie drangen gegenüber dem Bestreben, «dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen», schließlich auch nicht durch. Immerhin wurde auch im Kantonsrate wiederum auf die Gefahren eines unbeschränkten Novenrechtes hingewiesen (Prot. der Kommission des Kantonsrates 1911—1914, Sitzung vom 27. Juni 1911, S. 39). Leider zog man den Schluß, der angesichts der für beide Standpunkte vorgebrachten offensichtlich berechtigten Argumente nahe gelegen hätte, nicht, nämlich die nötigen Differenzierungen anzubringen.

Wenn im vorstehenden den extremen Möglichkeiten etwas viel Raum gegeben wurde, so geschah dies, um die Tragweite einer Praxisänderung aufzuzeigen, die naturgemäß erst erkannt werden kann, wenn auch die schlimmsten Möglichkeiten der Entwicklung ins Auge gefaßt wer-



den. Um dem Eindruck der Übertreibung vorzubeugen, sei ausdrücklich betont, daß derartige Extremfälle doch wohl nur selten eintreten würden, falls die Praxis definitiv im Sinne der Ausführungen Poppers geändert würde. Wichtiger ist aber, daß die Gerichte im Falle einer solchen Wandlung gewärtigen müßten, den Verfahrensgang durch weniger extreme Auswirkungen bald in dieser, bald in jener Form immer wieder gestört zu sehen.

---