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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 88 (1969)

Artikel: Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung

Autor: Schaad, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896153

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozeßordnung

von Dr. PETER SCHAAD
Oberrichter, Bern

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung und Auftrag 28

II. Die kantonale Hoheit in der Organisation der Gerichte und in der Rechtsprechung 31

1. Die Ordnung der sachlichen Zuständigkeit und die Gerichtsorganisation verbleibt den Kantonen . . . 31
2.–6. Die Gerichtsorganisation in den Kantonen: die verschiedenen Gerichte 32
7. Kantonale Ordnung des Richteramts 33
8. Zivilgerichte, die funktionell auch Strafgerichte sind 33
9. Grenzen der Vereinheitlichung des Zivilprozesses: Rechtfertigung der Beibehaltung der kant. Kompetenzen in bezug auf die Gerichtsorganisation . . . 34
10. Eingriffe in kantonale Gerichtsorganisationsgesetze, soweit Bestimmungen mit materiell zivilprozessualem Charakter betreffend 36

III. Auswirkungen eines einheitlichen Zivilprozeßrechts auf das bisherige Bundesprozeßrecht 37

IV. Gesetzgebung und Rechtsprechung seit 1961 in bezug auf Eingriffe in das kantonale Prozeßrecht 38

1. Eingriffe in das kant. Prozeßrecht durch die neuere Gesetzgebung des Bundes 38
2. Eingriffe in das kant. Prozeßrecht durch die jüngste Praxis des Bundesgerichts: 42
   a) betr. richtige Besetzung des Gerichts nach 58 BV 42
   b) betr. Gewährung des rechtlichen Gehörs 44

c) betr. unentgeltliche Prozeßführung 45
d) betr. überspitzten Formalismus des kant. Prozeßrechts oder dessen Anwendung 45
3. Privatrecht und Zivilprozeß als ein harmonisches Ganzes 46

V. Methode des Vorgehens bei der Aufstellung vorliegender Grundlinien 47
1. Die hauptsächlich berücksichtigten Prozeßordnungen:
a) BZP 47
b) Bern ZPO 48
c) Waadt ZPO 49
d) Entwurf Zürich ZPO 50
2. Prozeßrecht als Juristenrecht 51

Besonderer Teil

I. Gerichtsorganisation, Wahl der Richter, Hilfskräfte des Gerichts 56

II. Die Unabhängigkeit der Gerichte 60
1. Grundsatz der getrennten Gewalten 60
2. Unparteilichkeit des Richters 60
3. Ausstands- und Ablehnungsgründe im allgemeinen . 61
4. Ausstandsgründe im BZP, Bern ZPO, Waadt ZPO und Zürich Entwurf ZPO 62
5. Ablehnungsgründe 64
6. Folgen des Bestehens eines Ausschließungsgrundes . 64

III. Die Beschwerde gegen den Richter 65

IV. Von den Parteien des Prozesses und den am Prozeß beteiligten Dritten 67
1. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Intervention und Rechtsnachfolge 67
2. Intervention von Behörden und Beamten 67
3. Intervention des Staatsanwalts 67
4. Intervention des Staatsanwalts im Kanton Waadt . 68

V. Die Rechtsbeistände der Parteien 69
1. Stellung des Anwalts nach Art. 5 UeBest BV . . . 69
2. Prozeßvereinheitlichung erleichtert außerkant. Prozeßführung 70
3. Anwaltszwang (Postulationsunfähigkeit) 70

VI. Die Prozeßkosten 74
1. Gerichtsgebühren und Auslagen allgemein 74
2. Prozeßkostenvorschüsse 75
3. Parteientschädigung 77

VII. Die unentgeltliche Prozeßführung 77

VIII. Zeitbestimmung und Zustellung sowie Streitwert . . . 78

IX. Die allgemeinen Grundsätze des Verfahrens 79
A. *Die Dispositionsmaxime* 79
1. Allgemeines 79
2. Parteistellung des Klägers 79
3. Parteistellung des Beklagten 80
4. Klageänderung 81
5. Geltendmachung von Rechtsmitteln 85
B. *Die Verhandlungsmaxime* 86
1. Verhandlungsmaxime 86
2. Eventualmaxime 87
C. *Die Wahrheitspflicht* 90
D. *Das Prozeßleitungsamt des Richters* 91
1. Formelle Prozeßleitung 91
2. Die Einstellung des Prozesses 91
3. Der Schriftenwechsel 92
4. Materielle Prozeßleitung 94
5. Behauptungspflicht der Parteien 96
6. Materielle Rechtskraft 97
7. Zusammenwirken von Parteien und Richter . . 103
8. Prozeßleitungsamt des Richters nach Solothurn ZPO 106

X. Die Prozeßabschnitte (Prozeßstadien) 107
1. Der Sühneversuch (Sühnversuch, Aussöhnungsversuch usw.) 107
2. Das Behauptungsstadium 108
3. Das Beweisstadium 110
4. Das Urteilsstadium 112

XI. Säumnis und Säumnisurteil 113
1. Die Säumnis und ihre Folgen 113
2. Wiederherstellung oder Wiedereinsetzung 114
3. Androhung und Eintreten der Säumnisfolgen . . . 115

XII. Das rechtliche Gehör, die Form der Verhandlung und die Unmittelbarkeit 117
1. Das rechtliche Gehör 117
2. Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens . . 118
3. Unmittelbarkeit des Verfahrens 120

XIII. Das summarische Verfahren 122
1. Bundesrechtlich vorgeschriebenes Verfahren . . . 122
2. Vorsorgliche Beweisführung außerhalb des Prozesses 123

XIV. Das Rechtsmittelverfahren 123

XV. Die Wiederaufnahme (neues Recht, Revision) 124

XVI. Adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen aus strafbarer Handlung im Strafverfahren 124

XVII. Die Schiedsgerichte 125
1. Begriff und Arten 125
2. Anknüpfungspunkte zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Rechtspflege 126
3. Notwendige Zulassung der Schiedsgerichtsbarkeit . 126
4. Die Schiedsgerichtsbarkeit in Bern ZPO, Waadt ZPO und Zürich Entwurf ZPO 127
5. Schiedsgerichtsbarkeit im Entwurf SCHWARTZ . . 129
6. Vorentwurf für ein interkant. Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit 130
7. Urteilen nach Recht und Billigkeit? 132
8. Notwendige Garantien für die Parteien 133
9. Beschränkung der Unterstellung unter die Schiedsgerichtsbarkeit durch Bundesrecht 134

Zusammenfassung 135

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis

BIRCHMEIER W.
Handbuch Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (1950)

BLOMEYER ARWED
(Deutsches) Zivilprozeßrecht, Springer-Verlag, 1963
(zitiert BLOMEYER)

BOTSCHAFT
des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Gesetzes über den Bundeszivilprozeß vom 14. März 1947
(zitiert Botschaft BZP 1947)

BOTSCHAFT
des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967
(zitiert Botschaft Arbeitsvertrag)

BUCHER JÖRG
Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947
(Abhandlungen zum Schweiz. Recht, 283. Heft, 1951)

BURCKHARDT WALTER
Kommentar zur Schweiz. Bundesverfassung, 3. Auflage 1931
(zitiert BURCKHARDT, BV)

ENTWURF
eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßordnungen an das Bundeszivilrecht, 1967
(zitiert Entwurf SCHWARTZ)

ERLÄUTERUNGEN hiezu
(zitiert Erläuterungen BALMER)

ENTWURF
der Expertenkommission zur Revision des Gerichtsverfassungsgesetzes für den Kanton Zürich vom Mai 1968
(zitiert Entwurf Gerichtsverfassungsgesetz Zürich)

ERLÄUTERUNGEN
zum Entwurf der Expertenkommission zur Revision des Gerichtsverfassungsgesetzes für den Kanton Zürich vom Mai 1968
(zitiert Erläuterungen zum Entwurf GVG Zürich)

ENTWURF
der Expertenkommission zur Revision des (zürcherischen) Gesetzes über den Zivilprozeß (Zivilprozeßordnung) vom Mai 1968
(zitiert Entwurf ZPO Zürich)

ERLÄUTERUNGEN
zum Entwurf der Expertenkommission zur Revision des (zürcherischen) Gesetzes über den Zivilprozeß (Zivilprozeßordnung) vom Mai 1968
(zitiert Erläuterungen zum Entwurf ZPO Zürich)

EXPOSÉ DES MOTIFS
Projet et débats parlementaires concernant le Code de procédure civile du 14 décembre 1966 (Tirage à part des Bulletins du Grand Conseil du Canton de Vaud)
(zitiert Exposé Waadt)

GULDENER MAX
Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1958 mit Supplement II 1964 (einschließend Supplement I 1961)
(zitiert GULDENER, Schweiz. Zivilprozeßrecht)

GULDENER MAX
Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, 1954

GULDENER MAX
Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80 II, 1961

HEUSLER ANDREAS
Der Zivilprozeß der Schweiz, 1911/1922

HUBER EUGEN
Recht und Rechtsverwirklichung, 1921

KLEIN FRANZ
Vorlesungen über die Praxis des österreichischen Zivilprozesses, Wien 1900

KUMMER MAX
Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweiz. Recht, Abhandlungen z. schweiz. Recht, 311. Heft, 1954
(zitiert KUMMER Klagerecht)

LEUCH GEORG
Kommentar zu der Zivilprozeßordnung des Kantons Bern, 3. Auflage
(zitiert LEUCH)

MATTMANN FRITZ
Die Anspruchs- und Klagerechtsverwirkung aus prozessualen Gründen in den schweiz. Zivilprozeßgesetzen, 1963

RAPPORT
sur l'enquête relative à l'organisation et à la composition des tribunaux qui statuent en matière civile contentieuse, mit Tabelle, 1967
(zitiert Rapport)

RECHENSCHAFTSBERICHT
des Obergerichtes und des Kassationsgerichts des Kantons Zürich an den Kantonsrat des eidgenössischen Standes Zürich über das Jahr 1967
(zitiert Rechenschaftsbericht Obergericht Zürich 1967)

ROSENBERG L.
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 4. Auflage, 1949

SCHURTER und FRITZSCHE
Das Zivilprozeßrecht der Schweiz
Band II. 1. Hälfte 1931
Band II. 2. Hälfte 1933

TINNER RUDOLF
Das rechtliche Gehör, ZSR 83 II, 1964

TROLLER ALOIS
Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, 1945

VOYAME JOSEPH
Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 80 II, 1961

WUNDERLICH URS
Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen Zivilprozeßordnung vom 11. September 1966, Diss. Zürich, 1966

DIE ZIVILPROZESSORDNUNG
vom 1. August 1895, Taschenausgabe der österreichischen Gesetze, 1903, Manzsche Gesetzesausgabe

ZEITSCHRIFT DES BERNISCHEN JURISTENVEREINS
(zitiert ZbJV)

ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT
(zitiert ZSR)

AS Amtliche Sammlung der Eidg. Gesetze

BG Bundesgesetz

BZP BG über den Zivilprozeß vom 4. Dezember 1947

OG BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943

ZPO Zivilprozeßordnung

I.

Einleitung und Auftrag

1. Die Jahresversammlung 1961 des Schweizerischen Juristenvereins nahm Referate von Professor GULDENER, Zürich, und Bundesgerichtsschreiber VOYAME, Lausanne, entgegen über «Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht» und beschloß hierauf, auf Antrag von Professor MERZ, Bern, «mit deutlichem Mehr»[1]: «Der Schweizerische Juristenverein beauftragt den Vorstand, die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts in der Schweiz weiterhin zu behandeln und zu fördern.» In Ausführung dieses Auftrages liegen u.a. vor

a) Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßordnungen an das Bundeszivilrecht, zu erlassen im Rahmen des geltenden Verfassungsrechtes (Art. 64 BV), ausgearbeitet von Bundesrichter P. SCHWARTZ, Lausanne[2], und erläutert von a. Bundesgerichtsschreiber F. BALMER, Lausanne[3],

b) vorliegende Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozeßordnung, die eine Revision des Art. 64 BV voraussetzen mit neuer Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen.

Der Auftrag an den Verfasser der «Grundlinien» wurde vom damaligen Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins, Bundesrichter GRISEL, dahin umschrieben, daß es sich nicht darum handle, einen ausgearbeiteten Gesetzestext

---

[1] Protokoll der Jahresversammlung 1961 des Schweizerischen Juristenvereins ZSR NF 80 II, 1961, S. 448.

[2] Unten S. 243 ff.

[3] Unten S. 293 ff.

vorzulegen. Da es nicht um einen Vorschlag für die nächste Zukunft gehe, sondern nur darum, mögliche Lösungen für eine schweizerische Zivilprozeßordnung aufzuzeigen, erschiene es als sinnlos, auf allzuviele Einzelheiten einzugehen. Es kämen im Gegenteil nur die Grundzüge in Frage, und zwar unter Verwendung eines oder mehrerer kantonaler Prozeßgesetze nach freier Wahl und nach eigenem Plan. Voraussetzung einer einheitlichen Verfahrensordnung wäre die Abänderung der Bundesverfassung im Sinne einer neuen Bundeskompetenz.

2. Der Entwurf eines Gesetzes über die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßordnungen an das Bundeszivilrecht (Entwurf SCHWARTZ) steht für sich (vgl. Einleitung in den Erläuterungen BALMER, S. 295 ff.). Er würde, Gesetz geworden, die Kompetenz der Kantone auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts auf die (in jenem Entwurf) nicht geregelten Verfahrensteile einschränken. Diese sind es, die Gegenstand der folgenden Erörterungen der «Grundlinien» bilden. Eine «vollständige» Prozeßordnung ergäbe sich erst aus der Vereinigung beider Teile: des Entwurfes SCHWARTZ und der erst auf den Stand artikelweiser Fassung und Ordnung auch im einzelnen zu entwickelnden «Richtlinien».

Der Entwurf SCHWARTZ bezieht sich auf folgende Teilgebiete:

die örtlichen Gerichtsstände (Art. 2–24),
die Parteien und die am Prozeß beteiligten Dritten (Art. 25–31),
die Prozeßvertretung (Art. 32),
die Rechtshängigkeit (Art. 33–35),
die Feststellungsklage (Art. 36),
den Beweis und die Beweismittel (Art. 37–67),
die Rechtskraft, einschließlich die Revision (Art. 68–74),
die vorsorglichen Verfügungen (Art. 75–80) und
die Vollstreckung (Art. 81–87).

In eine Gesamtregelung, die Endziel der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts ist, wären die obenerwähnten Teilgebiete in der üblichen Einordnung eines Verfahrensrechts aufzunehmen.

Besondere Fragen, die sich darüber ergeben können, wie die Eingliederung im einzelnen zu erfolgen hätte, sind heute verfrüht.

Einige Vorbehalte sind jedoch schon hier notwendig:

a) Gelegentlich nimmt der Entwurf SCHWARTZ Bezug auf das (verbleibende) kantonale Prozeßrecht. Hier ist zu prüfen, ob diese Verweisungen zugunsten des kantonalen Rechts auch nach der Vereinheitlichung in sinnvoller Weise bestehen bleiben können. Dies dürfte zutreffen bei Art. 34 I des Entwurfes («Schreibt das kantonale Recht die Anrufung eines Sühnebeamten vor, so wird die Rechtshängigkeit durch Anmeldung der Klage beim Sühnebeamten begründet»), da das Obligatorium eines Sühneversuchs vom Streitwert abhängig sein kann und dieser auch bei Vereinheitlichung des Verfahrens nicht unbedingt einheitlich über alle Kantone hinweg geregelt sein muß.

b) Die Vorbehalte des kantonalen Rechts in den Absätzen 2 und 3 des nämlichen Artikels 34 hingegen würden bei Vereinheitlichung entfallen. Bleibt nämlich der Sühneversuch erfolglos, so ist die Klagebewilligung zu erteilen, wobei deren Wirkung vom vereinheitlichten Recht zu bestimmen ist. Die Klage ist nach Maßgabe des Verfahrensrechts innert 2 Monaten beim zuständigen Richter zu erheben. Eine Verkürzung oder Veränderung dieser Frist durch kantonales Recht, wie es der Entwurf für seinen Bereich vorsieht, wäre nach der Vereinheitlichung sinnwidrig.

c) Die Ordnungsstrafe gegen den unentschuldigt ausgebliebenen Zeugen, die Art. 46 des Entwurfes dem kantonalen Recht anheimstellt, ist einheitlich zu regeln.

d) Das Parteiverhör ist als Beweismittel schlechthin zuzulassen ohne die Einschränkung des Art. 67 Abs. 2 des Entwurfes SCHWARTZ, der es dem kantonalen Recht überläßt,

ob das Parteiverhör in andern als Familienrechtssachen von Amtes wegen oder nur auf Antrag einer Partei angeordnet werden darf.

e) Ob wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften Revision verlangt werden kann, bestimmt allgemein die besondere Ordnung des Rechtsmittelverfahrens. Der Vorbehalt eines kantonalen Rechtsmittels in Art. 73 Abs. 2 des Entwurfes wird mit der Vereinheitlichung des Verfahrens obsolet.

3. In der Erläuterung zu Art. 35 des Entwurfes, der von der Wiederherstellung versäumter gesetzlicher Fristen handelt, sagt Balmer, es rechtfertige sich ganz allgemein, die Wiederherstellung bundesrechtlicher Fristen, insbesondere Klagefristen, bei hinreichender Entschuldigung zuzulassen. Diese Rechtswohltat werde sich, ebenso wie die in Art. 22 des Entwurfes vorgesehene Prozeßüberweisung bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts mit Wahrung der Rechtshängigkeit, auf sinnvolle Weise an diejenige des Art. 139 OR (Nachfrist bei Rückweisung der Klage) anreihen. Diese Bestimmungen stünden im Zeichen einer liberalen, übertriebener Formenstrenge abholden Verfahrensgestaltung (Erläuterungen S. 353). Vom gleichen Geist muß auch ein einheitliches Verfahren getragen sein.

II.

Die kantonale Hoheit in der Organisation der Gerichte und in der Rechtsprechung

1. Während die örtliche Zuständigkeit der Gerichte im Entwurf Schwartz einläßlich geregelt ist, werden die sachliche Zuständigkeit als Zuständigkeitsordnung nach Gegenstand des Streites sowie die Organisation der Gerichte in den Kantonen durch den Entwurf nicht berührt.

Auch mit einem einheitlichen Prozeßgesetz ist es möglich

– ja wünschenswert – die Kompetenz der Kantone in dieser Richtung zu erhalten. Einzige Schranke bliebe Art. 58 BV, der Ausnahmegerichte verbietet.

2. Derweil bietet die heutige Ordnung in den Kantonen gerade auf diesem Gebiet ein buntes bis scheckiges Bild verschiedenster Ausgestaltung und Ausstattung (vgl. GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 25, ferner: Rapport sur l'enquête relative à l'organisation et à la composition des tribunaux (cantonaux) qui statuent en matière civile contentieuse, insbesondere S. 537 lit. c) Ziff. 1, sowie die Tabelle mit Übersicht über die Ordnung sämtlicher Kantone)[4].

Es erscheint notwendig, hier einen knappen Überblick über diese Ordnung zu geben.

3. Sondergerichte oder Spezialgerichte (die nicht Ausnahmegerichte im Sinne von Art. 58 BV sind, vgl. BURCKHARDT, 3. Auflage, S. 535), bestehen in vielen Kantonen als Handelsgerichte für Handelssachen[5], als Gewerbegerichte, Arbeitsgerichte oder Tribunaux de prud'hommes für Streitsachen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern[6], ferner als Landwirtschaftsgerichte in den Kantonen Zürich und Luzern; hiezu sind weiter zu rechnen das Talgericht Engelberg, das Augenscheingericht Glarus, das Rheinschiffahrtsgericht Basel-Stadt, das Spangericht von Appenzell-Innerrhoden, das Stickereifachgericht St. Gallen und die Flurkommission Aargau[7].

4. Die kantonalen Ordnungen, mit Ausnahme jener von Tessin und Genf, sehen die Zuweisung der Personen- und Familienrechtsstreitigkeiten zu erstinstanzlichem Entscheid an ein Kollektivgericht vor, wie Bezirksgericht, Amtsgericht, Landgericht, Kantonsgericht (im Gegensatz zu Obergericht).

---

[4] Unten nach S. 549.

[5] Handelsgerichte sind eingerichtet in den Kantonen Zürich, Bern, St. Gallen und Aargau.

[6] In 12 Kantonen, vgl. Rapport S. 532.

[7] Vgl. Rapport S. 521 u. 522 und Tabelle hiezu.

Wallis läßt diese Prozesse durch den Einzelrichter (Juge instructeur) instruieren und durch das Kantonsgericht in einziger kantonaler Instanz entscheiden (vgl. GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 19).

5. In der Mehrzahl der Kantone ist die höchste kantonale Gerichtsinstanz (Obergericht, Kantonsgericht, Appellationsgericht, Tribunal cantonal, Tribunale di appello, Cour de Justice) ausschließlich Rechtsmittelinstanz. In Bern entscheiden die Zivilkammern des Appellationshofes – der in diesem Fall seinen Namen zu Unrecht trägt – erstinstanzlich mit geringen Ausnahmen über alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die der Berufung an das Bundesgericht fähig sind (Bern ZPO 7). Diese Tätigkeit nimmt sehr viel mehr Zeit in Anspruch als die Beurteilung aller Appellationen.

6. Vier Kantone, unter ihnen Zürich, kennen ein dem Obergericht übergeordnetes selbständiges Kassationsgericht, welches über Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile des Obergerichts entscheidet. Ein Teil der Kantone gewährt gegen Urteile des Obergerichtes ein kantonalrechtliches Rechtsmittel als Nichtigkeitsklage oder Nichtigkeitsbeschwerde, das entweder vom gesamten Obergericht (so Luzern) oder von einer Abteilung entschieden wird.

7. Ebenso bunt ist das Bild in bezug auf die Anforderungen in den einzelnen Kantonen an das Richteramt. Juristen und Laien, voll- und nebenamtliche Richter, Berufsgenossen und Arbeitskollegen sind, je nach Gericht und Kanton, die zum Richteramt berufenen Personen. Auch Frauen sind in einzelnen Kantonen, auch in solchen, die das Frauenstimmrecht in kantonalen Angelegenheiten nicht oder noch nicht kennen, wählbar und zwar zum Teil in jede Richterfunktion (z. B. Bern).

8. Vielfach beurteilen die gleichen Gerichte nicht nur Zivilfälle, sondern sind auch Strafgerichte. Dies ist von besonderer Bedeutung im Hinblick auf einen Eingriff in die kantonale Gerichtsorganisation, denn ein solcher Eingriff würde auch die Organisation im Strafverfahren betreffen.

9. Die Vereinheitlichung des Prozeßverfahrens ist nicht Selbstzweck. Sie hat nicht weiter zu gehen, als es der Aufgabe der Zivilgerichte entspricht, nämlich: Der Verwirklichung des einheitlichen Zivilrechts zu dienen in der Konkretisierung im Urteil. Das Verfahren soll zweckmäßig sein und den bestmöglichen Weg zur Urteilfindung darstellen. Soweit das Verfahren anlangend, ist eine Vereinheitlichung, sei sie nun auf Teilgebiete beschränkt wie im Entwurf SCHWARTZ oder allgemein gedacht wie in den vorliegenden Grundlinien, zum mindesten wünschenswert. Ob aber ein Einzelrichter oder ein Kollegialgericht urteilt, in welcher Kompetenz geurteilt wird, ob der Richter Jurist oder Laie ist, ist für eine einheitliche Rechtsprechung nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Daß das Urteil «richtig» sei, dafür ist allenfalls der Instanzenzug eingerichtet mit Einschluß der Weiterziehung an das Bundesgericht.

Es besteht kein Anlaß, den Kantonen die Gerichtsorganisation wegzunehmen. Ein Verfahren, das in der Anwendung nicht größere Anforderungen stellt als die heutigen Prozeßordnungen der meisten Kantone, kann von jenen Gerichten gemeistert werden, die schon heute diese Aufgaben hatten und sie erfüllten. Diese Gerichte erhalten keine neue Aufgabe: Sie haben weiterhin das Bundeszivilrecht zu beurteilen; das «neue» Verfahren hiezu soll nicht komplizierter und insbesondere nicht «kniffliger» werden.

Es wäre ein schlechtes Argument, die verschiedene Größe der Kantone für verschiedene Verfahrensordnungen ins Feld zu führen. Die Verfahrensordnung hängt nicht von der Größe des die Gerichtshoheit in Anspruch nehmenden Staatswesens ab. Diese kann für die Gerichtsorganisation von Bedeutung sein: So kann ein kleiner Kanton nur ein Kantonsgericht als erste Instanz für das ganze Kantonsgebiet eingerichtet haben mit Weiterzug an ein Obergericht (Kanton Unterwalden nid dem Wald).

Die Gerichtsorganisation und die Verfahrensordnung sogenannter großer Kantone (z. B. Zürich und Bern) beweisen, wie das gleiche Verfahren in allen Bezirken bzw. Amtsbezir-

ken ihrer Gebiete funktioniert, trotzdem die Gerichtsorganisation in den großen städtischen Bezirken viel mehr und viel stärker spezialisierte Richter fordert, die nur Teilfunktionen ihrer Kollegen in den kleinen Bezirken ausüben.

So wählt der Amtsbezirk Bern mit seinen 230000 Einwohnern (Volkszählung 1960) 15 Gerichtspräsidenten, von denen zur Zeit nur 4 zivilrechtliche Funktionen ausüben, während die übrigen in der Strafrechtspflege tätig sind, sei es als Untersuchungsrichter, als Einzelrichter in Strafsachen oder als Präsidenten des Strafamtsgerichtes. Die vier Zivilrichter sind Präsidenten des Zivilamtsgerichtes, Richter im summarischen Verfahren, insbesondere in Rechtsöffnungssachen, Einzelrichter im mündlichen und schriftlichen Zivilverfahren. Der Amtsbezirk Neuenstadt mit seinen 5045 Bewohnern wählt einen Gerichtspräsidenten, der zugleich Regierungsstatthalter ist. Das Verfahren in Zivilrechtssachen ist aber für beide so verschiedenen Bezirke dasselbe ohne irgendwelche grundsätzliche Variation.

Ähnlich sind die Verhältnisse im Kanton Zürich: Gemäß Geschäftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich für das Jahr 1967 sind im Bezirk Zürich insgesamt 2448 Geschäfte eingegangen, im Bezirk Andelfingen aber nur 42.

Wenn Größe der Gerichtsbezirke ein Grund zu verschiedenen Gerichtsverfahren wäre, hätte sich z.B. für Bern innerkantonal schon längst eine Änderung der Gerichtsbezirke oder aber des Verfahrens für die einzelnen Gerichtsbezirke aufgedrängt. Wenn dies auch Statistiker in Erwägung ziehen könnten, die sich von solchen Unterschieden beeindrucken lassen, würden sich Gründe der geschichtlichen Entwicklung, Prärogative als Hauptort eines Amtsbezirkes und sentimentale Gründe aller Art dagegen auflehnen. Die Kantone ordnen die Organisation ihrer Hoheitsrechte, wozu auch die Gerichtshoheit gehört, im Rahmen von Art. 6 BV selbständig. Auch in bezug auf die Verwaltung sind sie souverän, und es bestünde kein Anlaß, sie in bezug auf die Gerichtsorganisation einer allgemeinen Regelung zu unterstellen.

Die Gerichtsorganisation und ebenso unbestrittener-

maßen die Rechtsprechung haben den Kantonen zu verbleiben. Nur das Prozeßrecht im eigentlichen Sinne ist zu vereinheitlichen: Dem einheitlichen Privatrecht ist auch die Tendenz zur einheitlichen Durchsetzung immanent.

10. Dies kann allerdings nicht bedeuten, daß alles, was die Kantone in einem Gerichtsorganisationsgesetz geregelt haben oder regeln, wirklich auch zur Organisation der Gerichte gehört und nicht schon einen Teil des Verfahrensrechts darstellt.

Die Organisationsgesetze, Gerichtsverfassungsgesetze oder Verfahrensbestimmungen über die Gerichtsorganisation regeln nicht nur die Organisation der Zivilgerichte, sondern auch jene der Strafgerichte, der Gerichtsschreibereien, der Staatsanwaltschaft usw. Sie enthalten vielfach übergreifende Bestimmungen, z.B. über den Ausstand und die Ablehnung der Gerichte im Einzelfall, über Fristen, Zustellungen, Gerichtsferien und dergleichen.

Das bernische Gerichtsorganisationsgesetz kennt z.B. eine Bestimmung, die das Prinzip der Unmittelbarkeit des Verfahrens betrifft: Das Amtsgericht in Zivil- und in Strafsachen besteht aus 4 Amtsrichtern (Laien) und dem Gerichtspräsidenten als Berufsrichter mit Fürsprecher- oder Notariatspatent. Art. 38 des Gerichtsorganisationsgesetzes bestimmt, daß mindestens zwei von vier Amtsrichtern an allen wesentlichen Verhandlungen teilgenommen haben müssen, damit das Gericht ein Urteil fällen könne (sogenanntes Quorum).

Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG), worauf hier erläuterungshalber hingewiesen wird, enthält zur Hauptsache Bestimmungen über das Verfahren und nicht über die Organisation.

Es ist deshalb bei der Aufstellung von einheitlichen Verfahrensvorschriften zu beachten, daß sie ein Gebiet betreffen könnten, das einzelne Kantone, ähnlich wie der Bund, nicht im Prozeßgesetz geregelt haben, sondern im Organisations-

gesetz. Die Scheidung, was materiell Organisation (Wahl, sachliche Zuständigkeit und ähnliches) ist von der Frage, was zur Ordnung des Gerichtsverfahrens gehört, nachdem das sachlich zuständige Gericht angegangen ist, dürfte nicht allzu schwierig sein. Auf Einzelheiten ist bei der Erörterung einzelner Verfahrensabschnitte einzugehen. Es ist unvermeidlich, daß in formell in Organisationsgesetzen aufgenommene Bestimmungen eingegriffen werden muß, wenn sie in Tat und Wahrheit Verfahrensbestimmungen darstellen.

III.

Auswirkungen eines einheitlichen Zivilprozeßrechts auf das bisherige Bundesprozeßrecht

Durch ein einheitliches bundesrechtliches Zivilprozeßverfahren wird aber nicht nur kantonales, sondern auch geltendes Bundesrecht berührt, nämlich jene Bestimmungen des Organisationsgesetzes, die nur Verletzung von Bundesrecht zu rügen erlauben. So ist die Berufung (Art. 43 ff. OG) zulässig, wenn geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung von Bundesrecht. Wenn auch das Verfahren Bundesrecht würde, wäre auch seine Verletzung, soweit die übrigen Berufungsvoraussetzungen vorlägen, mit Berufung zu rügen. Andererseits entfiele hier die staatsrechtliche Beschwerde mit Rücksicht auf die Subsidiarität dieses Rechtsmittels eben gerade, weil die behauptete Rechtsverletzung mit einem andern Rechtsmittel, hier also mit Berufung, geltend gemacht werden könnte (vgl. Art. 84 Ziff. 2 OG).

Die Rechtsmittel des OG wären somit der neuen Rechtslage anzupassen; es müßte gesagt werden, unter welchen Voraussetzungen und wie eine Verletzung eines Prozeßrechtssatzes zu rügen ist. Auf diese Frage kann hier nicht eingegangen werden. Es genügt der Hinweis, daß nicht nur die Kantone, sondern auch der Bund sich der neuen Ordnung anpassen müßte.

IV.

Gesetzgebung und Rechtsprechung seit 1961 in bezug auf Eingriffe in das kantonale Prozeßrecht

1. Es ist nicht unsere erste Aufgabe darzutun, warum eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes erwünscht ist. Die Entwicklung seit dem Jahre 1961, als der Schweizerische Juristenverein seinen Willen bekundete, die Vereinheitlichung des Prozeßrechtes weiterhin zu fördern, ist nicht stehengeblieben. Sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung haben im Sinne der Vereinheitlichung gewirkt, indem sie weiterhin wesentliche Eingriffe in das kantonale Recht vorgenommen haben.

Voyame hatte in seinem Referat: Droit privé fédéral et procédure civile cantonale (ZSR 80 II, 1961, S. 90, vgl. auch S. 139 unten) als «pointe avancée des empiètements du droit fédéral sur la procédure cantonale», den Art. 29 des Fabrikgesetzes bezeichnet, der für Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag ein mündliches und kostenloses Verfahren vorsieht, wobei sich überdies die Parteien nicht durch Anwälte vertreten lassen dürfen.

Es gibt aber eine weitere andere Bestimmung ähnlichen Charakters, die noch weiter geht. Art. 97 Landwirtschaftsgesetz (vom 31. Dezember 1953, amtliche Sammlung 1953, S. 1073) bestimmt:

«1. Für Streitigkeiten aus landwirtschaftlichen Dienstverhältnissen und Verträgen haben die Kantone ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren festzusetzen.

2. Der Richter hat den Tatbestand von Amtes wegen festzustellen. Er ist an die Beweisanträge der Parteien nicht gebunden und würdigt das Ergebnis nach freiem Ermessen.»

Daß das kantonale Verfahren einfach, rasch und kostenlos sein soll, ist an sich noch kein großer Eingriff. Daß aber der Richter den Tatbestand von Amtes wegen festzustellen hat in einem Verfahren, in dem öffentliche Interessen nicht im Spiel stehen, ist als weitgehender Eingriff zu bezeichnen.

Ein weiteres Mal griff der Bundesgesetzgeber bei der Abänderung des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung ein.

Jenes Gesetz aus dem Jahre 1911 sah in Art. 30 vor, daß privatrechtliche Streitigkeiten der Krankenkassen unter sich oder mit ihren Mitgliedern oder Drittpersonen vom ordentlichen Richter zu entscheiden seien, wenn die kantonale Gesetzgebung oder die Statuten nichts anderes bestimmen.

Nach der Neufassung des Art. 30 gemäß Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Kranken- und Unfallversicherung sind nun die Verfügungen der Kasse durch Beschwerde an ein einziges kantonales Versicherungsgericht zu tragen, welches gemäß Art. 30bis nach kantonalem Verfahrensrecht zu entscheiden hat. Dieses habe aber folgenden Anforderungen zu entsprechen:

a) Das Verfahren muß einfach, rasch und für die Parteien grundsätzlich kostenlos sein.

b) Die Beschwerde muß eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts, ein Rechtsbegehren und eine kurze Begründung enthalten. Genügt die Beschwerde den Anforderungen nicht, so setzt das Versicherungsgericht dem Beschwerdeführer eine angemessene Frist zur Verbesserung und verbindet damit die Androhung, daß sonst auf die Beschwerde nicht eingetreten werde.

c) Das Versicherungsgericht hat von Amtes wegen die für den Entscheid erheblichen Tatsachen festzustellen: Es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei.

d) Das Versicherungsgericht ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden. Es kann eine Verfügung zuungunsten des Beschwerdeführers ändern oder diesem mehr zusprechen als er verlangt hat, wobei jedoch den Parteien vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.

Es ist offensichtlich, daß diese Forderungen an die Adresse des kantonalen Gesetzgebers weit eher eine «pointe avancée» darstellt als die im Referat Voyame genannte.

In die gleiche Richtung geht der Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des 10. Titels des Obligationenrechts (der Arbeitsvertrag), mit Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 25. August 1967.

Art. 343 des Entwurfes lautet:

«1. Die Kantone haben für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 3000.– ein einfaches, rasches und in der Regel kostenloses Verfahren vorzusehen.

2. Bei mutwilliger Prozeßführung kann der Richter gegen die fehlbare Partei Bußen aussprechen und ihr die Kosten ganz oder teilweise auferlegen.

3. Der Richter stellt von Amtes wegen den Sachverhalt fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen.»

In seiner Botschaft bemerkt der Bundesrat hiezu (vgl. S. 166 und 167 der Botschaft) unter anderem:

Der Entwurf geht zunächst von der grundsätzlichen Auffassung aus, auf die bisherigen Sondervorschriften könne nicht verzichtet werden und für Streitigkeiten mit relativ geringem Streitwert seien verfahrensrechtliche Sondervorschriften im Interesse der Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig. Würden für Streitigkeiten, die bis anhin aus dem Fabrikarbeitsverhältnis, aus dem landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis oder aus dem Heimarbeitsverhältnis entstanden sind, die Regeln des gewöhnlichen Zivilprozesses gelten, so wäre der Arbeitnehmer in vielen Fällen gar nicht in der Lage, zur Durchsetzung seiner Ansprüche den Richter anzurufen.

Auch an dem bewährten Grundsatz der Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen und der freien Beweiswürdigung soll für Streitigkeiten innert der Streitwertgrenze festgehalten werden. Das ist nicht dahin zu verstehen, daß die Parteien sich an der Sammlung des Prozeßstoffes nicht zu beteiligen brauchen. Ihnen liegt es nach wie vor ob, das in Betracht fallende Tatsachenmaterial dem Richter zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Das kantonale Prozeßrecht kann auch ausdrücklich den Parteien die Behauptungslast auferlegen und sie verpflichten, die für ihre

Behauptungen erheblichen Beweise beizubringen. Aber der Richter soll auch seinerseits den Sachverhalt erforschen. Er hat zu prüfen, ob die Tatsachenbehauptungen der Parteien vollständig sind. Er ist nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden und soll die erforderlichen Beweise von Amtes wegen erheben. Er darf daher in seinem Urteil auch solche Tatsachen berücksichtigen, die von keiner Partei behauptet worden sind.

Zur letzten Behauptung müssen Vorbehalte angebracht werden. Die Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen erfordert die Befragung der Parteien über alle Punkte, die noch nicht genügend abgeklärt sind. Durch diese Parteieinvernahme soll der Sachverhalt abgeklärt werden. Es erscheint nicht angängig, daß Tatsachen, die nicht von den Parteien behauptet oder vom Richter erfragt worden sind, Grundlage des Urteils bilden könnten.

Nach den Ausführungen des Bundesrates ist die Umschreibung der Offizialmaxime in diesem Verfahren von zwei Kantonen als zu weitgehend bezeichnet worden.

Es ist notwendig und klärend, diese Tendenz der Gesetzgebung zu Eingriffen auf das kantonale Prozeßrecht durch die einläßliche Zitierung der Motive der vorberatenden Behörden direkt zu Wort kommen zu lassen.

Auf dem Gebiete der dienstvertraglichen Auseinandersetzungen, wo die Gesetzgebung dem schwächeren Teil besondere Garantie für die Durchsetzung seiner Ansprüche geben will, hat sich, nach den Worten der Botschaft, die Offizialmaxime bewährt. Das gleiche gilt auch dort, wo es sich um das Ersatzeinkommen handelt, also bei Ansprüchen gegenüber Krankenkassen.

Auch die Bestimmungen über das Stockwerkeigentum, Art. 712a ff. ZGB gemäß Bundesgesetz vom 19. Dezember 1963 über die Änderung des 4. Teils des ZGB (Miteigentum und Stockwerkeigentum) greifen in das Prozeßrecht ein mit den Vorschriften:

a) daß die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer unter ihrem Namen klagen und betreiben, sowie

b) am Ort der gelegenen Sache beklagt und betrieben werden könne (Art. 712l ZGB), ferner

c) daß die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer im Prozeß durch den Verwalter vertreten wird (Art. 712t) und schließlich,

d) daß allenfalls der Richter im summarischen Verfahren zu entscheiden habe, ob, wenn die Voraussetzungen der Ziffern 2 und 3 des erwähnten Art. 712t vorliegen, ein Stockwerkeigentümer sein Stockwerk verkaufen oder anders als persönlich nutzen dürfe.

Dies alles hat der kantonale Richter hinzunehmen.

2. Ebenso sind in bezug auf Einwirkungen des Bundesrechts auf das kantonale Prozeßrecht durch die Rechtsprechung seit der Entgegennahme der Referate an der Zentenarfeier 1961 des Schweizerischen Juristenvereins weitere Entwicklungen zu verzeichnen.

a) Zu erwähnen sind zunächst zwei Urteile des Bundesgerichtes betreffend richtige Besetzung der Gerichte nach Art. 58 BV.

Die richtige Besetzung des Gerichtes ist nach BGE 91 I 402 nicht nur eine Frage des kantonalen Rechtes betr. Ausstands- und Ausschließungsgründe, sondern auch eine solche des Bundesrechts, das vorgängig den kantonalen Ausstandsbestimmungen dem Einzelnen die unabhängige Beurteilung seiner Streitsache gewährleiste. Es frage sich, ob es (das Bundesgericht) nicht gleich wie in seiner Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör, z. B. BGE 89 I 356, frei darüber befinden sollte, ob bei der als nicht willkürlich und nicht rechtsungleich erkannten Anwendung des kantonalen Rechts der bundesrechtliche Anspruch auf unabhängige Gerichtsbarkeit gewahrt sei. Auf diese Weise bliebe Art. 58 Abs. 1 BV eine gewisse Selbständigkeit gegenüber Art. 4 BV erhalten. Ob die Rechtsprechung im angegebenen Sinn fortzubilden sei, könne indessen dahingestellt bleiben, weil Art. 58 I BV sowohl unter Zugrundelegung der einen wie der andern Betrachtungsweise nicht als verletzt erscheine.

Bereits im folgenden Jahr (BGE 92 I 271) hatte das Bundesgericht Anlaß, die offengebliebene Frage zu beurteilen. In einer internationalen Schiedsgerichtssache hatte die eine Partei den Schiedsrichter der andern Partei als befangen abgelehnt, weil die Ehefrau dieses Schiedsrichters als juristische Mitarbeiterin im Advokaturbüro des Anwaltes der Gegenpartei tätig war. In Anwendung der zürcherischen Ausstandsbestimmungen, die in gleicher Weise wie für die ordentlichen Gerichte auch für die Schiedsgerichte gelten, und unter Berufung auf die bisherige Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 58 BV, wonach dieser nur den fundamentalen Rechtssatz gewährleiste, daß niemand in eigener Sache Richter sein könne, im übrigen aber die Ordnung der Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe den Kantonen überlassen sei, hatten das Obergericht das Ablehnungsgesuch und das Kassationsgericht die hiegegen eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen.

Das Bundesgericht erklärte hiezu unter anderem: Insoweit die staatsrechtliche Beschwerde dem Obergericht und dem Kassationsgericht willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts vorwerfe, erweise sich die Rüge als unbegründet (wird näher ausgeführt).

Über die richtige Besetzung eines Gerichtes sei jedoch nicht nur auf Grund des kantonalen Rechts zu entscheiden. Vorgängig den kantonalen Ausstandsbestimmungen gewährleiste vielmehr das Bundesrecht dem Einzelnen die unabhängige Beurteilung seiner Streitsache (Hinweis auf BGE 91 I 402 oben). Schon die frühere Praxis habe aus Art. 58 BV den Anspruch auf einen unparteilichen Richter verliehen. Unter Bezugnahme auf das obenerwähnte Urteil bestätigte das Bundesgericht seine Betrachtungsweise; es mache keinen Unterschied, daß es sich im zu beurteilenden Fall um ein Schiedsgericht handle. Das Bundesgericht prüfte dann auch, ohne irgendwelche Bezugnahme auf das kantonal-zürcherische Recht frei, ob Tatsachen vorlägen, welche das Mißtrauen in die Unabhängigkeit objektiv rechtfertigen würden. Mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis der Ehefrau des an-

gefochtenen Schiedsrichters zum Anwalt der Gegenpartei hat das Bundesgericht die Beschwerde und damit die Ablehnung gutgeheißen. Mit der freien rechtlichen Entscheidung, gemäß Art. 58 BV sei ein Ausstandsgrund gegeben ohne Rücksicht auf das kantonale Recht oder dessen Anwendung, ist die Frage der Besetzung der Gerichte zur Bundesrechtssache geworden. Vorbehalten sind weitergehende kantonalrechtliche Garantien.

b) In bezug auf das rechtliche Gehör im kantonalen Verfahren hat Voyame (ZSR 80 II, 1961, S. 80) darauf hingewiesen, der Anspruch jeder Partei auf rechtliches Gehör auf dem Gebiete des Zivilprozesses sei allgemein und das Bundesgericht habe aus diesem Anspruch eine große Anzahl weiterer Prinzipien abgeleitet, «qu'il serait trop long d'énumérer».

In seinem Aufsatz «Das rechtliche Gehör» (ZSR 83 II, 1964, S. 315f.) macht Tinner darauf aufmerksam, daß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs seiner Bedeutung nach, wie im deutschen Recht (Grundgesetz § 103), einer Bestätigung auf Verfassungsebene rufen würde. Er beanspruche Geltung für den gesamten Bereich der Rechtsanwendung und es liege nahe, auch den Gesetzgeber, im Bundesstaat insbesondere auch den einzelnen Gesetzgeber (den kantonalen Gesetzgeber) zu binden. Der Anspruch beruhe vor allem auf der Anerkennung des Einzelnen als eines menschlich gleichwertigen Partners und berühre damit wichtigste Fragen des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger. Zur Ausmittlung dieses Verhältnisses sei grundsätzlich die Verfassung berufen. Wie der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht nur durch kantonale Rechtsanwendung, sondern – in grundsätzlicher Hinsicht viel bedeutungsvoller – auch durch kantonale Gesetzgebung verletzt werden kann, zeigt das Urteil des Bundesgerichtes (BGE 87 I 100ff.) betreffend das sogenannte «Rechtsbot» des glarnerischen Rechts:

Der Eigentümer einer Alpliegenschaft verbot einer Kraftwerksgesellschaft, der er das Recht zur sofortigen Installation und den Betrieb einer Baustelle eingeräumt hatte, durch

ein «Rechtsbot» die Ausführung irgendwelcher Arbeiten. Das Rechtsbot ergeht in einem Verfahren ohne richterliche Kognition und ohne Anhörung des Betroffenen. Das Bundesgericht stellte das Rechtsbot einer einstweiligen Verfügung der meisten kantonalen Rechte gleich, durch die einem behaupteten privaten Recht (hier Eigentum) mit sofortiger Wirkung und unter Strafandrohung richterlicher Schutz verliehen wird und erklärte, daß eine solche Maßnahme nicht auf einseitiges Begehren ohne Anhörung des Betroffenen erlassen werden dürfe. Zwar werde der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Zivilprozeß zunächst grundsätzlich durch die kantonalen Normen über das Verfahren und die Zuständigkeit umschrieben, wobei Auslegung und Anwendung durch das Bundesgericht, soweit es sich um kantonales Gesetzesrecht handle, nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung überprüft werden könne. Wo sich aber der kantonale Rechtsschutz als ungenügend erweise, griffen die unmittelbar aus Art. 4 BV folgenden, also bundesrechtlichen Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz, die dem Bürger in der Auseinandersetzung mit andern Bürgern die völlige Gleichstellung gewährleiste. Da das Rechtsbot den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs widersprach, wurde der kantonale, das Rechtsbot bestätigende Entscheid aufgehoben.

c) Die mittellose Partei hat in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozeß gegenüber den kantonalen Behörden auf Grund von Art. 4 BV einen Anspruch darauf, daß ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben wird, wenn sie eines solchen zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte bedarf. Soweit dieser bundesrechtliche Armenrechtsanspruch im Streite liegt, überprüft das Bundesgericht den angefochtenen ablehnenden Entscheid in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich frei (BGE 89 I 2 Erwägung 2).

d) Überspitzter Formalismus kantonalen Rechts oder seiner Rechtsanwendung wird durch die Bundesgerichtspraxis als formelle Rechtsverweigerung behandelt und führt zur

Kassation nach Art. 4 BV (vgl. die Fälle BGE 85 I 208 E. 3, 86 I 6ff., 92 I 9). In letzterem Entscheid sagt das Bundesgericht u. a.:

«En matière de procédure, l'art. 4 Cst. n'interdit pas un certain formalisme, dans la mesure où celui-ci est institué pour assurer le déroulement régulier de l'instance et garantir la sécurité du droit matériel. Cependant la procédure n'est pas une fin en soi. Elle a pour but de permettre d'appliquer le droit matériel. Elle ne saurait par le jeu de ses propres règles aboutir à rendre cette application difficile à l'excès, voire à l'empêcher. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a jugé à maintes reprises déjà qu'en matière de procédure un formalisme excessif, que la protection d'aucun intérêt ne justifie et qui complique d'une manière insoutenable l'application du droit matériel, équivaut à un déni de justice formel condamné par l'art. 4 Cst.»

3. Privatrecht und Zivilprozeß müssen ein harmonisches Ganzes ergeben. Deshalb kann der Bundeszivilgesetzgeber nicht umhin, Vorschriften über das Verfahren vor den kantonalen Gerichten aufzustellen (vgl. GULDENER, «Bundesprivatrecht und Zivilprozeßrecht», ZSR 80 II, 1961, S. 6).

Dabei hat der Prozeß dem materiellen Recht zu dienen; er hat sich also harmonisch einzufügen.

Dies gilt nicht nur für die Gesetzgebung, sondern auch für die Rechtsanwendung, insbesondere in der Auslegung der kantonalen Verfahrensbestimmungen. Diese sollen ihren dienenden, und zwar bestens dienenden, Charakter nicht verleugnen.

Der Eingriff in Verfahrensrecht, zu Unrecht von vielen als Angriff auf die kantonale Souveränität verschrien, wird in der weitern Gesetzgebungstätigkeit des Bundes und in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht geringer werden. Was gesetzlich eidgenössisch, in das Verfahren eingreifend geregelt ist, wird es bleiben. Neue Eingriffe werden dazu kommen. Das Verfahrensrecht verliert immer mehr und zwingend seine selbständige und gelegentlich selbstgefällige Bedeutung.

V.

Methode des Vorgehens bei der Aufstellung vorliegender Grundlinien

1. Dem Referenten wurde es freigestellt, für seine Arbeit eine oder mehrere Gesetzgebungen zu wählen zur Erörterung der einzelnen Fragen. Es erscheint zweckdienlich, in der Hauptsache folgende Gesetze und Entwürfe beizuziehen:

a) Den Bundeszivilprozeß (Bundesgesetz über den Zivilprozeß vom 4. Dezember 1947).

Wesentliche auch dem Bundeszivilprozeß dienende Teile enthält das OG (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943).

b) Das Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918

c) Den Code de procédure civile des Kantons Waadt vom 14. Dezember 1966

d) Den Entwurf der Expertenkommission vom Mai 1968 zur Revision des Gesetzes über den Zivilprozeß (Zivilprozeßordnung) und des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich.

Hiezu einige Vorbemerkungen.

Zu a)

Es drängt sich auf, den Bundeszivilprozeß zur vergleichsweisen Behandlung der einzelnen Grundfragen beizuziehen. Es handelt sich um geltendes Bundesrecht über ein Zivilprozeßverfahren. Die Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes kann nicht ohne Stellungnahme zum bereits geltenden bundesrechtlichen Verfahrensrecht erfolgen. Bei Erlaß des Bundeszivilprozesses war angenommen worden, die Kantone würden sich bei Schaffung neuer oder bei Abänderung bestehender Prozeßgesetze den Bundeszivilprozeß – mutatis mutandis – zum Vorbild nehmen. Kummer bezeichnete in seinem Nachruf auf Bundesrichter Leuch diesen als den Schöpfer «des beispielhaft modernen Bundeszivilprozesses» (Kummer in Nekrolog für Georg Leuch, ZbJV 95 1959,

S. 309–311) und Prof. SIEGERT, Göttingen, nennt in seinen «Grundlinien der Reform des Zivilprozeßrechtes im Nachkriegseuropa» (S. 9) den Bundeszivilprozeß ein wohlabgewogenes, dem ruhigen Rechtsleben des Nachbarvolkes entsprungenes Gesetz. Mit seiner erfreulichen Kürze von 87 Artikeln, ergänzt durch das OG, und seinen einfachen klaren Bestimmungen könne es als vorbildlich erscheinen. Die Begeisterung werde allerdings gedämpft durch die Feststellung, daß der schweizerische Zivilprozeß nur in einem kleinen Bereich zur Anwendung komme und sich der bürgerliche Rechtsstreit in der Hauptsache auf der Basis der zahlreichen kantonalen Zivilprozeßordnungen abspiele; diese wiesen in ihrer Struktur untereinander größte Verschiedenheit auf.

Zu b)

Die bernische Zivilprozeßordnung wählte ich (ich hoffe sagen zu dürfen begreiflicherweise), weil ich als Anwalt und als Richter dieses Instrument seit Jahrzehnten anwende und deshalb zu kennen glaube. Zum Gesetz besteht eine große Praxis, zum Teil zugänglich durch Publikation in der ZbJV. Das Gesetz hat, und das war seine besondere Auszeichnung, im damaligen Oberrichter und spätern Bundesrichter GEORG LEUCH seinen unübertrefflichen Kommentator durch drei Auflagen hindurch (die letzte 1956 erschienen) gefunden. Der bernische Prozeß ist im Sommer 1968 50 Jahre alt geworden; am 1. September 1918 ist er in Kraft getreten. Alt Bundesrichter WILHELM STAUFFER, Lausanne, hat ihm bei diesem Anlaß das Zeugnis ausgestellt, daß er noch heute als eine der modernsten schweizerischen Zivilprozeßordnungen angesprochen werden könne, trotzdem seit Inkrafttreten an den Grundlagen des Gesetzes nichts geändert worden sei. Er erinnert dabei auch an die enge Verwandtschaft des Bundesgesetzes über den Zivilprozeß mit dem bernischen Prozeß, was wohl nicht zuletzt darauf zurückzuführen sei, daß der Bundeszivilprozeß von Bundesrichter LEUCH geschaffen worden sei (vgl. «Der Bund» Nr. 248 S. 9). Zur Zeit ist eine kleine Revision hängig, in die Wege geleitet durch die An-

nahme einer Motion im Großen Rat auf Erhöhung der Zuständigkeitsgrenze der Gewerbegerichte; das Revisionsverfahren ist zur Zeit eingestellt, bis die Bundesversammlung den Entwurf eines Bundesgesetzes über den Arbeitsvertrag (vgl. oben S. 40) bereinigt und verabschiedet hat, weil die Zuständigkeitsgrenze in jenem Entwurf (Fr. 3000.–) auf die Erhöhung der Kompetenz der Gewerbegerichte sich auswirken müßte.

Zu c)

Mit dem waadtländischen Gesetz über das Zivilprozeßverfahren wird die jüngste abgeschlossene Revision berücksichtigt und kommt auch die sprachliche Minderheit zum Worte. Diese Revision steht in ursächlichem Zusammenhang mit der Weisung der Jahresversammlung 1961 des Schweizerischen Juristenvereins an seinen Vorstand, die Vereinheitlichung der Prozeßverfahren zu fördern. Die Botschaft an den Grand Conseil du canton de Vaud bemerkt hiezu:

«Le principe d'une révision du Code de procédure civile a été expressément admis par tous les corps et associations consultés. Cette révision est d'autant plus nécessaire qu'un mouvement très net se dessine, en Suisse allemande notamment, en faveur d'une unification de la procédure civile sur le plan fédéral.

La Société suisse des juristes, lors de son assemblée de 1962 (recte 1961) a voté une résolution dans ce sens. La meilleure riposte à ce mouvement d'unification indésirable consiste dans une amélioration de notre droit cantonal et son adaptation aux conceptions et aux nécessités actuelles.» (S. 675 des «Exposé des motifs, projet et débats parlementaires concernant le Code de procédure civile du 14 décembre 1966», Tirage à part des Bulletins du Grand Conseil – im weitern zitiert als Exposé Waadt.)

Es ist bei diesem Anlaß festzustellen, daß in der einläßlichen Diskussion an jener Jahresversammlung kein Redner des Standes Waadt sich zum Wort gemeldet hat, um gegen die Vereinheitlichung zu sprechen. Und doch war die Frage der Vereinheitlichung oder teilweisen Vereinheitlichung des Verfahrens zum Entscheid in einem Gremium gestellt, welches in jeder Hinsicht aus kompetenten Kennern der Materie bestand.

Zu d)

Im Kanton Zürich ist die Revision des Zivilprozesses im Gange. Den Vorentwurf hiezu erstattete der Ordinarius für Zivilprozeßrecht an der Universität Zürich, Prof. GULDENER; dieser nahm auch an allen weiteren Arbeiten der Expertenkommission teil. Die Revision bezieht sich sowohl auf die Zivilprozeßordnung (vom 13. April 1913) als auch auf das Gerichtsverfassungsgesetz (vom 29. Januar 1911). Beide Gesetze sind seit ihrem Erlaß mehrfach abgeändert worden. Es liegt ein vollständiger Entwurf der Expertenkommission vom Mai 1968 vor mit einläßlichen Erläuterungen zu beiden Teilen. Schon mit Rücksicht auf ihre «Abstammung» haben diese Entwürfe für die Diskussion der Grundlinien für ein einheitliches Verfahren wesentliches Gewicht. Die praktische Bedeutung ergibt sich auch aus der Tatsache, daß Zürich der volksreichste Kanton ist, und daß die Zahl der Prozesse, für die das Verfahren zu dienen hat, demnach und darüberhinaus hoch ist[8].

Auch neueste Prozeßordnungen haben durchaus nicht die Tendenz, sich z. B. am Bundeszivilprozeßrecht zu orientieren. So sagte Prof. GULDENER anläßlich seines Vortrages vor dem zürcherischen Juristenverein vom 19. Januar 1967 in der Diskussion, die Neuordnung des Zivilprozesses im Kanton Waadt und der zürcherische Entwurf, der zur Diskussion stehe, bedeuteten rechtlich zwei verschiedene Welten. Er war der Meinung, daß trotzdem die Revision des zürcherischen Prozeßrechtes vorangetrieben werden sollte, indem eine mo-

---

[8] Nach dem Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zürich über das Jahr 1967 erledigten die Einzelrichter im summarischen Verfahren, abgesehen von nichtstreitigen Sachen, insgesamt 13928 Geschäfte. Im beschleunigten Verfahren waren es 272, im ordentlichen Verfahren 1194 Rechtssachen. Die Bezirksgerichte als Kollegialgerichte erledigten insgesamt 4088 Fälle. Es wurden vor Bezirksgericht im Jahre 1967 insgesamt 1893 Ehescheidungsverfahren und 566 Vaterschaftsklagen, außerdem 1625 andere (sog. gewöhnliche) Zivilprozesse anhängig gemacht.

dernisierte Zürcher ZPO einmal wegleitend werden könnte für eine gesamtschweizerische Regelung.

Gelegentlich wird aber auch auf anderes Prozeßrecht hinzuweisen sein als auf die vier erwähnten Ordnungen. Dies ist leicht gemacht, weil wir in GULDENERS Schweizerischem Zivilprozeßrecht (2. Auflage 1958) mit Supplementsband hiezu (von 1964) ein hervorragendes Werk rechtsvergleichender Darstellung der Rechte der 25 Kantone besitzen. Darauf wird wiederholt zurückgegriffen werden können. Prof. GULDENER hat damit das Werk von SCHURTER und FRITZSCHE aus- und umgebaut und es auch über alle Revisionen geführt. Daß dies in einem gewissen Umfang auch Sisyphusarbeit ist, empfindet Prof. GULDENER selbst, wenn er in der Vorbemerkung zum Supplementsband erklärt, eine solche Arbeit sei ganz besonders der Gefahr ausgesetzt, in verhältnismäßig kurzer Zeit durch Gesetz und Rechtsprechung überholt zu werden.

2. Eine weitere Vorbemerkung ist noch notwendig. Aus der Natur des Prozeßrechtes, das nur das Verfahren zur Verwirklichung vermeintlicher oder wirklicher Rechtsansprüche ist, d.h. das materielles Recht «umsetzt», ergibt sich, daß es, ganz anders als das materielle Recht, die Rechtsgenossen nicht sehr interessiert. Es ist vorab das Recht jener, die berufsmäßig streiten und jener, die berufsmäßig diesen Rechtsstreit beenden; es ist also weitgehend Juristenrecht. Ausdrücke wie Eventualmaxime, Verhandlungsmaxime, Rechtskraft, Prozeßvoraussetzungen usw. sind dem Durchschnittsbürger nicht geläufig. Er hat auch im allgemeinen keinen Anlaß, sie kennenzulernen. Jeder Mensch lebt tagtäglich in ungezählten Rechtsbeziehungen, als Arbeitnehmer, Mieter, Käufer, Benützer öffentlicher Verkehrsmittel, Familienvater, als Gefährdeter und Gefährdender im Straßenverkehr usw. Alle diese Rechtsbeziehungen regeln sich «von selber». Selten nur wird eine Rechtsbeziehung irgendwie streitig, noch viel seltener erreicht sie die Schwelle der Prozeßauseinandersetzung. Wir erleben als Richter bei vielen Einvernahmen sehr alter Leute als Partei, einmal bei einer 95jährigen

Klägerin, daß sie spontan erklären, noch nie mit Gerichten «zu tun» gehabt zu haben. Der Gerichtssaal ist, selbst für Leute, die nur als Zeugen geladen sind, verpönt. Und wenn ein Rechtsgenosse einmal als Partei vor Gericht erscheint, so erwartet er dort nicht Pracht- und Machtentfaltung einer staatlichen Autorität, sondern eine praktische Prozedur, in der er gleich viel zu sagen hat wie der Gegner. Er erwartet ferner einen Richter, der die Akten kennt und der die Parteien anhört und seine Aufgabe zu entscheiden, ernst nimmt. Nach gelegentlich anfänglicher Aggressivität oder Nervosität legt sich regelmäßig eine ruhigere Atmosphäre über den Gerichtssaal. Gelegentlich begegnet man auch Querulanten. Höchst selten nur erlebt es der Richter, daß eine Partei auftritt, die sich nicht um die Sache kümmert, die es dem Richter überläßt herauszufinden, was sich wirklich ereignet hatte. Wer als Beklagter den Streit nicht ernst nimmt, reicht die verlangte schriftliche Antwort nicht ein, bezahlt den Gerichtskostenvorschuß nicht oder erscheint nicht vor Gericht und wird damit säumig. Wenn ein Kläger sich nicht weiter beteiligt, so regelmäßig, weil er seine Sache bald einmal verloren gibt. In den allermeisten Fällen aber besteht oder entsteht zwischen der einzelnen Partei und dem Richter eine Zusammenarbeit in der Abklärung des Sachverhaltes. Der Richter kommt in die Lage, etwa eine Partei im Parteiverhör einzuladen, ihre Notizen wegzulegen. Geschieht dies in der Form eines Befehls, so wird die Bereitschaft zu einem spontanen Gespräch über die Sache erschwert oder vereitelt. Die Partei will auch selbst in ihrem Prozeß reden; gelegentlich ist sie es, die den Richter bittet, er solle sie doch ausreden oder überhaupt reden lassen.

Der Prozeß muß den Menschen, denen er zu dienen hat, angepaßt sein. Er ist Konzentration einer rechtlichen Auseinandersetzung, und zwar zeitlich und räumlich vor einem Mitbürger, der zur Erfüllung dieser Aufgabe als geeignet erachtet und hiezu gewählt worden ist. Der Entscheid oder der Kompromiß ist für die Streitenden, was sie auch genau wissen, Ends aller Enden verbindlich. Die Parteien wissen es,

daß sie jetzt und da das vorzutragen haben, was sie wissen und was sie als wichtig erachten und daß sie, was sie nicht vortragen, versäumt haben.

Wie der Einzelne ein erst zu erlassendes Prozeßgesetz selten gerade unter dem Gesichtswinkel eines bevorstehenden Rechtsstreites beurteilt oder beurteilen kann, so noch weniger jener, der das Streiten höchstens als entfernte Möglichkeit sieht und es am liebsten andern überläßt. Auch die Mitglieder der gesetzgebenden Behörden betrachten, mit Ausnahme einiger Spezialisten, den Erlaß eines Verfahrensgesetzes als Aufgabe der «Fachleute», denen mit dieser Entschuldigung eigener Unkenntnis gerne das Vertrauen geschenkt und die Verantwortung überlassen wird.

Weder der einzelne Bürger noch vielfach Mitglieder gesetzgebender Behörden können sich nach der Sprache des Gesetzes ein Bild darüber machen, wie sich die Prozedur im einzelnen abspielen wird. Es ist ein Glücksfall, wenn ein Laie bei der Gesetzesberatung sich zum Wort meldet und einwendet, er verstehe einen Satz überhaupt nicht, wie es in der Gesetzesberatung des Großen Rats des Kantons Waadt bei der Beratung des erwähnten Gesetzes vorkam, als Großrat Fernand Petit sich zum Wort meldete und erklärte: «J'aimerais simplement savoir ce que veut dire la phrase de l'art. 612: Les décisions mentionnées aux art. 605 et 607–610 sont prises, les parties ayant été entendues ou dûment citées, s'il y a lieu, pour être entendues.» Der Berichterstatter der Kommission wollte die Frage nicht recht verstehen, gab zu, daß der Satz schwerfällig sei, erläuterte seinen Sinn und lud Großrat Petit zur Vorlage eines besseren Textes ein, was dieser dann auch für die zweite Lesung zustande brachte mit dem Satz: «Les décisions mentionnées aux art. 605 et 607–610 sont prises, les parties ayant été entendues ou citées.» Der Berichterstatter nahm diesen Wortlaut an mit der Bemerkung: «La commission est si reconnaissante à Monsieur Petit d'avoir animé le 2e débat qu'elle accepte son amendement (Rires)» (vgl. Exposé Waadt, S. 1026 und 1138). Aus dem gleichen Bericht ist in diesem Zusammenhang erwähnens-

wert die Bemerkung des Kommissionsreferenten: «Il n'est peut-être pas mauvais de faire une halte dans cette course, qui se poursuit à la vitesse de croisière de 197 articles à l'heure selon le calcul d'un de nos collègues, et de revenir à une vitesse de traversée de localité» (l.c. p. 1009).

In seiner Botschaft an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Gesetzes über den Bundeszivilprozeß vom 14. März 1947 (Bundesblatt 1947, Band I S. 989) erwähnte der Bundesrat, das zu ersetzende Bundesgesetz aus dem Jahre 1850 sei seinerzeit vorerst provisorisch in Kraft gesetzt und dann durch Bundesbeschluß vom 13. Juli 1855 als definitiv erklärt worden. Sowohl bei der provisorischen wie bei der definitiven Inkraftsetzung sei das Gesetz von beiden Räten ohne artikelweise Beratung, also in globo, angenommen worden. Die ständerätliche Kommission, die dieses ungewöhnliche Vorgehen vorgeschlagen hatte, habe in ihrem Bericht vom 12. November 1850 ausgeführt, daß die Hauptgrundlagen der Vorlage allgemeine Zustimmung gefunden hatten (wie wurde dies festgestellt?), in vielen sekundären Punkten würde es freilich an abweichenden Ansichten nicht fehlen; als solche, bei denen sich abweichende Ansichten angemeldet hatten, wurden unter andern angeführt: Die Begrenzung der Verhandlungsmaxime, resp. der Wunsch größerer Ausdehnung der Direktionsbefugnisse des Richters, das Fallenlassen des quasi Rechtsmittels der Reform und das Fallenlassen des Schiedseides.

Vergleicht man den Entwurf Leuch zum neuen Bundeszivilprozeß mit dem Gesetzestext vom 4. Dezember 1947, so sieht man, daß auch hier die Beratung nur wenige Änderungen brachte; wesentlich neu wurde Art. 19 gefaßt, der das Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel ausdehnte.

Die kantonalen Prozeßordnungen sind nicht «Eigengewächs». Sie übernahmen vieles aus fremden Quellen. Heusler (Der Zivilprozeß der Schweiz, 1911/1923) sagt, man habe hie und da den Eindruck, daß der Gesetzesredaktor sein auf einer deutschen Universität geschriebenes Kol-

legienheft seiner Arbeit zugrundegelegt habe, und manche nicht nachahmenswerten Auswüchse des gemeinen Prozeßrechts seien allzu vertrauensvoll mitaufgenommen worden (l.c. S. 41). SCHURTER und FRITZSCHE (Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Band II, 1. Hälfte, S. 9, 1931) beziffert das durchschnittliche Lebensalter der kantonalen Prozeßkodifikationen auf 30 Jahre. Seit der bedeutenden Kodifikation von Genf (BELLOT, 1819) seien bisher nicht weniger als 67 Zivilprozeßordnungen erschienen, deren Inhalt sich über etwa zwanzigtausend Artikel erstrecke.

Zum Ursprung mancher Prozeßgrundsätze vgl. auch TROLLER, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, S. 84 ff.

Es darf geschlossen werden, daß das Verfahren vor Gericht viel weniger eine Frage des Rechtsempfindens weiter Kreise als vielmehr eine Konstruktion zur zweckmäßigen Verwirklichung des materiellen Rechts ist und daß diese Aufgabe jenen zugetraut wird, welche die nötige Erfahrung haben. Dabei ist das Gebiet der zulässigen kantonalen Normierung oder besonders origineller Lösungen schon durch die Rolle eingeengt, die das Verfahrensrecht an sich hat, wo das Bundesrecht, geschrieben oder ungeschrieben, den vollen Vorrang genießt. Die Kantone würden nicht auf viel verzichten, wenn sie die Lösung dieser Aufgabe dem Bund, der mit großem Erfolg das Zivilrecht vereinheitlicht hat, überlassen würden, anstatt sich damit abzuplagen, welche kantonalen Bestimmungen wohl vor dem Bundesrecht und Bundesgericht Gnade finden können. Es gibt für die Kantone wichtigere Aufgaben, als ergänzende Verfahrensnormen aufzustellen und gerade hier schöpferisch sein zu wollen.

BESONDERER TEIL

Für die Erörterung der Grundlinien eines Verfahrens folgt man am zweckmäßigsten der traditionellen Einteilung der Prozeßgesetze, beginnend mit Organisation und Zuständigkeit der Gerichte, Ausübung des Richteramtes (Ausschließung und Ablehnung), Partei- und Prozeßfähigkeit, örtliche Zuständigkeit, allgemeine Grundsätze des Verfahrens, Fristen, Kosten und dergleichen, Rechtsmittel, Schiedsgerichte und Vollstreckung. Es sei auf die Einteilung von GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. IX–XXIV verwiesen.

I.

Gerichtsorganisation, Wahl der Richter, Hilfskräfte des Gerichtes

Die Schaffung von Sondergerichten und Zugehöriges wurden in der Einleitung bereits ausgeklammert. Es soll Aufgabe der Kantone bleiben, die Organisation zu schaffen, die Gerichte zu wählen, die Gerichtsbezirke zu umschreiben und die sachliche Zugehörigkeit des Streitgegenstandes zum einzelnen Gericht zu bestimmen (vgl. oben S. 31 ff.).

In anderem Zusammenhang wird zu prüfen sein, ob ein Ausschluß eines kantonalen Rechtsmittelverfahrens oder aber umgekehrt, ob seine allgemeine Einführung bundesrechtlich geboten erscheint und wie weit sich hieraus Änderungen der Gerichtsorganisation ergeben könnten. Die Frage, ob über die bestehenden Sondergerichte hinaus auch neue Sondergerichte geschaffen werden dürfen, ist zwar einschränkend aber doch positiv zu beantworten. Einerseits kann der Bund selbst durch seine Gesetzgebung solche Son-

dergerichte vorschreiben, wie in Art. 30bis des revidierten Gesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung (vgl. oben S. 39). Anderseits bestünde aber auch kein Grund zu verhindern, daß z. B. weitere Kantone über die vier bisherigen hinaus ein Handelsgericht einführen, oder weitere Kantone Gewerbegerichte einrichten. Soweit für solche Sondergerichte keine besondern Verfahrensvorschriften Geltung haben sollten, würde auch nach Vereinheitlichung des Verfahrensrechts kein Grund bestehen, sie zu beargwöhnen. Dies dürfte für die Handelsgerichte ohne weiteres zutreffen, da hiefür regelmäßig die Vorschriften der kantonalen Prozeßordnungen Geltung haben. Sondergerichte haben aber vielfach nur Sinn, wenn für sie ein besonders geartetes Verfahren anwendbar erklärt werden kann, sei es ein besonders rasches, einfaches, mündliches Verfahren oder ein Offizialverfahren.

Zu verhindern bliebe aber, daß durch Aufstellung von Sondergerichten mit Sonderverfahren die Einheitlichkeit der bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften wieder in Frage gestellt würde. Zu diesem Zweck wäre Art. 52 Schlußtitel zum ZGB, der für bestimmte Anordnungen der Kantone die Genehmigung des Bundesrates vorsieht, auf die Aufstellung von besondern Verfahrensvorschriften für Sondergerichte aller Art, soweit Zivilgerichte anlangend, anwendbar zu erklären.

Das Bundeszivilrecht spricht vielfach von den «zuständigen Behörden», wobei es den Kantonen überlassen bleibt, sie zu bestimmen. Wo ein Gesetz ausdrücklich den Richter als zuständig bezeichnet oder umgekehrt von Verwaltungsbehörde spricht, ist die kantonale Organisation eingeschränkt. Die Kantone haben keine Wahl, sie müssen den Fall je nach Weisung entweder der richterlichen oder der Verwaltungsbehörde zuweisen. Das zu vereinheitlichende Verfahren wäre auf alle Fälle dort anzuwenden, wo das Zivilrecht vom Richter als zuständige Behörde spricht, aber auch dort, wo die Kantone, wenn das Bundesrecht ihnen die Wahl zwischen richterlicher und Verwaltungsbehörde freistellt, die Aufgabe einer richterlichen Behörde übertragen haben (vgl.

Art. 54, Schlußtitel zum ZGB). Nach ZGB hat der Richter unter anderem zu entscheiden über folgende Rechtssachen: Die Verschollenerklärung (Art. 35), die Berichtigung des Personenstandes (Art. 45), über Einspruch gegen Eheabschluß (Art. 111), Aufhebung der Entziehung der Vertretensbefugnis der Ehefrau (Art. 165), Ermächtigung der Ehefrau zur Ausübung eines Berufes oder Gewerbes bei Weigerung des Ehemannes (Art. 167), Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 169 ff.), Anordnung der Gütertrennung (Art. 183–185), Ehelicherklärung eines Kindes bei Eheversprechen der Eltern (Art. 260 ff.), Aufhebung der Kindesannahme (Art. 269 Abs. 2), über die Verantwortlichkeitsklage gegen den Vormund (Art. 430), Verschiebung der Teilung (Art. 604), Teilung bei Miteigentum und Gesamteigentum (Art. 651 und Art. 654), Zusprechung des Grundeigentums (Art. 665), über Folgen bei Nichtleistung der Sicherheit durch den Nutznießer (Art. 762), Kraftloserklärung eines Pfandtitels (Art. 870 und 871), vorläufige Eintragung in das Grundbuch bei Fehlen der Einwilligung aller Beteiligten (Art. 961). Die praktisch wichtigsten Fälle sind jedoch die Scheidungsklage (Art. 144) und die Vaterschaftsklage (Art. 307).

In allen diesen Fällen hat schon das (bisherige) kantonale Verfahren die Sondernormen, die sich aus der materiellen Ordnung selbst ergeben, z. B. Offizialmaxime, zu beachten.

In vielen Fällen, wo das Gesetz bloß von der zuständigen Behörde spricht, ist es den Kantonen überlassen, eine richterliche oder eine Verwaltungsbehörde als zuständig zu erklären. In der Praxis sind die wichtigsten Fälle aus dem Zivilgesetzbuche folgende: Änderung des Stiftungszweckes (Art. 86), Entziehung der elterlichen Gewalt (Art. 285), Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (Art. 287), Unterstützungsverpflichtung gegenüber Blutsverwandten (Art. 329, III), Entmündigung (Art. 373), Aufhebung der Entmündigung (Art. 433), Aufhebung der Beistandschaft (Art. 439), Bestimmung des Übernehmers eines landwirtschaftlichen Gewerbes (Art. 621).

Die kantonalen Ordnungen sind auch hier ebenso uneinheitlich wie im allgemeinen. In den Fällen von Entziehung der elterlichen Gewalt und der Bevormundung (und Wiederherstellung) kann nur Untersuchung von Amtes wegen, das Offizialprinzip in seiner weitesten Ausbreitung, zum Zuge kommen. Zürich behandelt im Entwurf (§§ 193 ff.) wie im bisherigen Gesetz beide Fälle, nämlich Entziehung der elterlichen Gewalt und Entmündigung, richterlich mit ausdrücklichem Hinweis auf die Verpflichtung zur Erforschung des Sachverhalts von Amtes wegen. Bern hat für die Entmündigung ein besonderes Verfahren im Einführungsgesetz zum ZGB, Art. 31–40, das richterlich durchgeführt wird; für die Entziehung der elterlichen Gewalt hingegen sind die Verwaltungsbehörden zuständig, in erster Instanz der Regierungsstatthalter. Die dritte Variante, Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde sowohl für die Entziehung der elterlichen Gewalt als auch für die Bevormundung, kennen eine Anzahl von Kantonen, z. B. Glarus.

An solchen Ordnungen ist meines Erachtens nicht zu rütteln. Es handelt sich zum Teil ja nicht um Zweiparteienverfahren; ein einheitliches Verfahren für alle diese Fälle müßte hier immer wieder Ausnahmen von den allgemeinen Prinzipien gestatten und so nur wieder Anlaß zu Verwirrung schaffen. Vergleichsweise sind aber gerade diese Verfahren zu erwähnen, weil sie zur Gewinnung der unterscheidenden Kriterien dienen. Die Erläuterungen zum Entwurf Zürich zu § 194 nennen ein wichtiges Kriterium der Legiferierung: «Es wird stärker betont, daß der Richter eigene Initiative zur Abklärung der Sache zu entfalten hat; anderseits wird der Geltungsbereich der Offizialmaxime auf Fälle beschränkt, wo Belange der Persönlichkeit von außerordentlicher Tragweite oder aber öffentliche Interessen im Spiele stehen» (S. 68).

II.

Die Unabhängigkeit der Gerichte

1. Die Gerichte sind unabhängig sowohl von den gesetzgebenden wie von den Verwaltungsbehörden. Das Gesetz bestimmt, wer bei Kompetenzkonflikten im Einzelfall entscheidet und regelt das Verfahren hiefür.

Dieser Grundsatz der getrennten Gewalten ist ein fundamentaler Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Er ist in den Diktaturen, die ihrem Wesen nach garantielos sind, immer in höchster Gefahr.

Die Gerichte sind untereinander in der Rechtsanwendung unabhängig, und zwar in der Weise, daß die untern Instanzen im Einzelfall selbstverantwortlich entscheiden. Das schließt den Instanzenzug und eine Aufsichtspflicht der oberen Instanz und die sich daraus ergebenden Weisungen nicht aus. Die Gerichte haben als einzige Richtschnur das geschriebene und das ungeschriebene Recht zu beachten (vgl. GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 2).

2. Der Richter muß unparteiisch sein. Er kann nicht Partei und Richter in einer Person sein. Die Verfahrensordnungen enthalten die mannigfaltigsten Vorschriften zur Sicherung der Unabhängigkeit im einzelnen Fall. Sie machen dem Richter zur Pflicht, sein Amt bei Gefährdung der Unabhängigkeit nicht auszuüben und geben den Parteien selbst mit der Ablehnung des Richters ein Mittel in die Hand zur Feststellung, ob ein bestimmter Richter in ihrer Sache entscheiden darf.

Der Richter soll mit dem Rechtsstreit nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (Schriftenwechsel, Gerichtssitzung usw.) befaßt werden. Dem Richter ist es vielfach ausdrücklich verboten, mit den Parteien außerhalb des Verfahrens «zu berichten». Dieses Berichten, welches vielfach von Parteien gesucht wird, die nicht durch einen Anwalt vertreten werden oder vertreten werden wollen, hat seinen Grund darin, daß Rechtsuchende hier wie etwa bei einem Bau-

gesuch oder irgendeinem andern Gesuch bei einer Verwaltungsbehörde zunächst durch Vorsprache auf dem «Amt» die Möglichkeiten oder Chancen abklären möchten. Der Richter wird in solchen Fällen unter Berufung auf das Verbot des Berichtens jeden andern Rat als denjenigen, sich für Auskunft an einen Anwalt zu wenden, ablehnen. Wenn sich eine zukünftige Partei bei der Anfrage auf Beziehungen durch Mitgliedschaft in gleichen Vereinen, auf gemeinsamen Militärdienst und dergleichen, beruft, hat der Richter zusätzlich allen Anlaß zu prüfen, ob er den Fall nicht ablehnen sollte, wenn dieser an ihn gelangen würde. Durch ihre Berufung auf Beziehungen hat die zukünftige Partei bewiesen, daß sie vom Richter ein gewisses Entgegenkommen erwartet. Einer solchen Einstellung einer Partei muß der Richter klar und unmißverständlich entgegentreten.

In jede Gesetzgebung gehört das Verbot des Berichtens. Es wendet sich zunächst an den Richter und dann an die Parteien. Jedes Berichten ist mit der Forderung gleichen rechtlichen Gehörs unvereinbar. Das Verbot muß sich aber auch gegen Dritte wenden, die allenfalls ihr Ansehen oder vermeintliches Ansehen in die Waagschale werfen möchten im Interesse einer Partei. Der Richter darf auch in einem solchen Fall nicht das geringste Mißverständnis auf jener Seite bestehen lassen. Als Sanktion sollte jedes Berichten den betreffenden Richter ablehnbar machen. Zusätzlich kann das Berichten als Beschwerdegrund für eine Beschwerde einer Partei gegen den Richter ausgebildet werden.

3. Die Verfahrensgesetze kennen vielfach die Einteilung nach Ausstands- und nach «bloßen» Ablehnungsgründen. Diese Unterscheidung ist praktisch bedeutungsvoll: Sie mündet darin aus, daß Ablehnungsgründe nur bis zum Urteil, Ausstandsgründe auch noch mit Rechtsmitteln geltend gemacht werden können (vgl. Leuch, N. 2 zu Bern 10 ZPO). Diese Unterscheidung bedingt eine Klassierung der Gründe nach ihrer Bedeutung im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit.

4. Auf den Richter in parteiähnlicher Lage beziehen sich folgende Regelungen unserer vier Ordnungen:

OG Art. 22: Danach kann ein Mitglied oder ein Ersatzmann des Bundesgerichtes... das Richteramt nicht ausüben:

«a) in allen Angelegenheiten, in denen er selbst, seine Ehefrau, seine Verlobte, seine Verwandten oder Verschwägerten, in gerader Linie und bis und mit dem 4. Grad in der Seitenlinie, oder in denen der Ehemann der Schwester oder die Ehefrau des Bruders seiner Ehefrau oder eine Person, deren Vormund oder Beistand er ist, oder mit der er durch Kindesannahme verbunden ist, am Ausgang des Streites ein unmittelbares Interesse haben;

b) in einer Angelegenheit, in der er schon in einer andern Stellung, als Mitglied einer administrativen oder richterlichen Behörde, als Justizbeamter, als Rechtsberater, Bevollmächtigter oder Anwalt einer Partei, als Sachverständiger oder Zeuge gehandelt hat;

c) in Streitfällen, in denen sein Heimatkanton oder seine Heimatgemeinde als Partei erscheint oder eine Rückgriffsklage zu gewärtigen hat.»

Ziff. 2 des Art. 22 handelt von den Beziehungen des Richters zum Anwalt einer Partei. Sie schließt den Richter aus, wenn der Anwalt mit ihm in gerader Linie oder bis zum 2. Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist.

Diese Regelung des OG, die auch für den Direktprozeß vor Bundesgericht als einzige Instanz gilt, wäre zweifellos auch für ein vereinheitlichtes Verfahren anzunehmen. Nicht in Frage käme allerdings der Ausschluß der Heimatzugehörigkeit des Richters gemäß oben erwähnter lit. c).

Der bernische Prozeß (Art. 10) enthält in Ziff. 1, 2 und 3 Bestimmungen, die sich nicht auf Ausschlußgründe im engern Sinne beziehen. Nach diesen Bestimmungen darf ein Richter an der Verhandlung nicht teilnehmen, wenn ihm ein gesetzliches Erfordernis für das Amt abgeht, wenn er die zur Besonnenheit und Willensfreiheit erforderlichen Eigenschaf-

ten nicht besitzt und wenn er des Gesichtes oder des Gehörs beraubt ist. Diese Voraussetzungen sind offensichtlich Voraussetzungen für das Amt schlechthin, sind aber nicht Ausschließungs- oder Ausstandsgründe für einen einzelnen Fall allein. Sie gehörten deshalb nicht in die Regelung der Ausstandspflicht des Richters. Nur Ziff. 4 des erwähnten Artikels sieht vor, daß der Richter an der Verhandlung und Beurteilung der Streitsache nicht teilnehmen darf, wenn er am Ausgang des Streites ein unmittelbares Interesse hat.

Waadt, Art. 42, zieht Ausschließungs- und Ablehnungsgründe in einen Artikel zusammen: « Il n'est tenu compte que des motifs importants tels que la parenté, l'alliance, l'intérêt matériel ou moral au procès.»

Zürich schließt im Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes, § 112, den Richter in ähnlicher Weise aus wie das OG, fügt aber noch einen besondern Ausschließungsgrund in Ziff. 4 an, lautend: «Wenn er (der Richter) von einer Partei oder einem Dritten im Hinblick auf das Verfahren ein Geschenk annahm oder sich einen andern ihm nicht gebührenden Vorteil versprechen ließ.» Anderseits wird aber die Bestimmung des § 113 des geltenden Gesetzes, Ziff. 5 (betreffend das Berichtnehmen) gestrichen. Die Erläuterungen erklären zu letzterem, es gehe zu weit, wenn an jede formlose Begegnung des Richters mit einer Partei ein Ausstandsbegehren geknüpft werde. Abzulehnen ist der Ausstandsgrund der Ziff. 4 des § 112; wenn ein Richter Geschenke annimmt oder sich bestechen läßt, so ist der Fall strafrechtlich zu verfolgen, allenfalls auf dem Wege der Wiederaufnahme auch zivilrechtlich neu zu ordnen. Dafür sollte aber das Berichten zum mindesten als Ablehnungsgrund wieder zu seinem Recht kommen. Gerade weil es sich um formlose Begegnungen handelt, widersprechen sie den elementaren Garantien des Verfahrens. Der Fall des Berichtens ist ein Fall des Beratens. Damit hat der Richter irgendwie im Fall schon Stellung bezogen, ohne die Gegenpartei anzuhören. Hier besteht nicht bloß der Verdacht einer Befangenheit. Es steht dem Stande des Richters wohl besser an, daß man ihn nicht der

Bestechlichkeit oder der Annahme von Geschenken verdächtigt, daß dagegen mit aller Konsequenz das Berichten verboten bleibt.

5. Art. 23 OG regelt die Ablehnungsgründe. Ein Richter kann abgelehnt werden in Sachen einer juristischen Person, deren Mitglied er ist, wenn zwischen ihm und einer Partei besondere Freundschaft oder persönliche Feindschaft oder ein besonderes Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht und schließlich, wenn Tatsachen vorliegen, die ihn in bezug auf den zu beurteilenden Fall als befangen erscheinen lassen (letzteres sog. Generalklausel). Bern holt unter den Ablehnungsgründen der Ziffern 1, 2, 3 und 4 des Art. 11 ZPO nach, was im OG und im Zürcher Entwurf mit mehr Recht als Ausschlußgründe bezeichnet ist. Es bleibt dann hier lediglich die Ziff. 5 übrig, die Ablehnung für den Fall, daß Tatsachen vorliegen, welche geeignet sind, die Gerichtsperson als befangen erscheinen zu lassen und Mißtrauen gegen ihre Unparteilichkeit zu erregen.

Zürich, Entwurf § 117 GVG, stimmt mit der Ordnung des OG außer der Ziff. 2 des § 113 überein.

Bei der Ordnung der Ausschließungsgründe (die Bezeichnung ist besser als Ausstandsgrund) kann also auch hier auf die Regelung des OG abgestellt werden, so daß Bundesrecht auch einheitliches Prozeßverfahren würde, was immer anzustreben ist. Zu ergänzen wären bloß die Ablehnungsgründe mit der Konsequenz, die aus dem Berichten des Richters abzuleiten ist, der wegen des Berichtens ein ablehnbarer Richter werden sollte.

6. Der Richter, gegen den ein Ausschließungsgrund besteht, hat den Ausstand zu verlangen. Der Richter, der sich befangen fühlt oder ein Ablehnungsgesuch einer Partei für berechtigt hält, hat dies zu melden.

Die Parteien ihrerseits haben ohne Verzug Ausschließungs- oder Ablehnungsgründe geltend zu machen. Wird die Ausschließung oder Ablehnung gutgeheißen, so trägt der Staat die Kosten des Verfahrens; wird das Gesuch einer Par-

tei abgelehnt, so können ihr die Kosten des Verfahrens ganz oder zum Teil auferlegt werden.

Die Erfahrung lehrt, daß häufig die Querulanz der Partei schon mit der Ablehnung des Richters beginnt. Die zur Beurteilung der Ausschließung oder Ablehnung berufene Instanz muß so (d.h. durch Kostenauflage) verhindern, daß völlig unberechtigte Ausschließungs- oder Ablehnungsbegehren geltend gemacht werden. Ablehnungsgesuche, die schließlich sämtliche Gerichtsinstanzen eines Kantons einbeziehen würden, sind offensichtlich mißbräuchlich und müßten geahndet werden können. Auf wiederholte Ablehnungsgesuche wäre gar nicht einzutreten.

Wer zur Behandlung eines Ablehnungsgesuches zuständig ist, hätte nach der vorgesehenen Ordnung die kantonale Gesetzgebung zu bestimmen. Wünschenswert wäre es, daß eine einzige kantonale Instanz hiezu berufen würde und daß damit jeder Instanzenzug vermieden werden könnte, der ja häufig von Querulanten zum Zwecke der Trölerei benutzt wird.

III.

Die Beschwerde gegen den Richter

Die staatsrechtlich so bedeutsame Unabhängigkeit und Machtfülle des Richters ruft, zum Schutze der übrigen am Prozesse beteiligten Personen, einer Schranke: Der Beschwerde gegen den Richter an dessen Aufsichtsbehörde, womit ungebührliche Behandlung der Parteien oder eines Dritten (z.B. Zeugen) gerügt werden kann, und zwar je vom Betroffenen selbst (vgl. GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 555, Bern 374 Ziff. 4 ZPO). Darüber hinaus ist gegen den Richter insbesondere als Prozeßleiter die Beschwerde gegeben wegen Verweigerung und Verzögerung der Rechtspflege, insbesondere auch wegen ungerechtfertigter Einstellung des Prozesses (vgl. Bern 374 Ziff. 1 und 2 ZPO) bzw. wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (so Zürich Entwurf § 128 GVG, vgl. GULDENER, Zivilprozeß, S. 555), ferner

wegen Mißbrauch der Amtsgewalt durch eine Gerichtsperson zu einer ihr nach Gesetz nicht zustehenden Amtshandlung (Bern 374 Ziff. 3 ZPO), oder «andern Verletzungen der Amtspflicht» (so Zürich Entwurf § 28 GVG).

Die Beschwerde ist kein Rechtsmittel gegen ein Urteil; das Urteil selbst fällt nicht unter die Amtshandlungen, die mißbräuchlich angeordnet wären (vgl. LEUCH, N. 4 zu Art. 374 ZPO, auch N. 3 zu Art. 378).

Die Beschwerden sind geeignet, ein Verfahren aufzuhalten; in dieser Absicht werden sie gelegentlich auch erhoben. Die Beschwerdemöglichkeit ist deshalb, soweit tunlich, kurz zu befristen (Bern 10 Tage, Zürich Entwurf 10 Tage). An welche Behörde sie zu richten ist und ob allenfalls eine Weiterziehungsmöglichkeit besteht (die vermieden werden sollte), haben auch weiterhin die Kantone zu bestimmen, da es sich um eine Frage der Aufsichtspflichten kantonaler Behörden handelt. Kraft ihres Aufsichtsrechtes trifft die Beschwerdeinstanz ihre Anordnungen, vgl. hiezu auch Zürich Entwurf § 128 II GVG. Über allfällige Disziplinarmittel entscheidet das kantonale Recht, da es sich um Beamtenrecht handelt.

Gegen den Richter kann aber nicht nur Beschwerde geführt werden, er ist darüberhinaus allfällig auch verantwortlich für Schaden, den er durch seine Amtstätigkeit schuldhaft anrichtet. Über die Pflicht von öffentlichen Beamten und Angestellten, zu denen auch der Richter gehört, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung von Art. 41 ff. OR abweichende Bestimmungen aufstellen (vgl. Art. 61 OR: Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und Angestellten). Da die Richter auch nach Vereinheitlichung der Verfahrensvorschriften kantonale Beamte bleiben, sind die Kantone ermächtigt, eigene Vorschriften über die Haftung aufzustellen, z. B. primäre Haftung des Kantons oder Haftung des Kantons nur mit allfälligem Regreß auf den Beamten.

IV.

Von den Parteien des Prozesses und den am Prozeß beteiligten Dritten

1. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Intervention und Rechtsnachfolge im Prozeß sind Fragen, die vom materiellen Recht völlig beherrscht werden. Sie sind deshalb auch Gegenstand des Entwurfes SCHWARTZ, in Abschnitt II, Art. 25–32 und dort abschließend geregelt. Ob, wie BALMER in den Erläuterungen zum Entwurf S. 344 sagt, noch kantonale ergänzende Bestimmungen sollen Platz greifen können in der Regelung der Nebenintervention zum Schutze materiell-rechtlicher Ansprüche, kann hier offenbehalten werden, weil die Frage von zweitrangiger Bedeutung ist.

2. Die Intervention von Behörden und Beamten, z. B. Vormundschaftsbehörden, gehört meines Erachtens nicht zu diesem Vorbehalt. Die Vormundschaftsbehörden handeln nach den Vorschriften des materiellen Rechts, wenn sie Antrag auf Entziehung der elterlichen Gewalt stellen (Art. 283, 285 ZGB), wenn sie ein Entmündigungsverfahren einleiten (Art. 361 und 368 ZGB), wenn sie an der Prozeßführung des Mündels mitwirken (Art. 421 Ziff. 8 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde wird damit nicht zur Partei oder Nebenpartei, ihr Handeln ist außerhalb des Verfahrens bereits vorgeschrieben.

3. Was die allfällige Beteiligung des Staatsanwaltes in Zivilprozeßverfahren anbelangt, die kantonalrechtlich vorzusehen wäre, sind verschiedene Varianten denkbar. So kann der Regierungsrat durch Einzelverfügung den Staatsanwalt der zur Klage auf Grund öffentlichen Interesses legitimierten Behörde als Vertreter der Behörde zur Klageanhebung zur Verfügung stellen, wo das Gesetz eine solche auf Grund des öffentlichen Interesses vorsieht, z. B. im Falle des Einspruchs gegen die Eheschließung (Art. 109 und 111 ZGB), Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe von Amtes wegen (Art. 121

ZGB), Klage der Behörde des Heimatkantons zur Anfechtung der Ehelichkeit gemäß Art. 256, Abs. 2 ZGB, Anfechtung der Anerkennung eines Kindes mit Standesfolge (Art. 306 ZGB II), Auflösung eines Vereins, dessen Zweck widerrechtlich oder unsittlich ist, ebenso einer Stiftung (Art. 78 und 88 Abs. 2 ZGB), Vollzug einer Schenkungsauflage, die im öffentlichen Interesse liegt nach dem Tode des Schenkers (Art. 246 II OR).

In andern Fällen kann der Staatsanwalt auch von sich aus intervenieren, so z. B. bei allen den Personenstand betreffenden Prozessen sowie bei Ehescheidungs- und Trennungsprozessen, bei denen eine der beiden Parteien Ausländer ist. In Bern ist in diesem Fall vorgesehen, daß der Richter dem Staatsanwalt ein Doppel der Klage zustellt; der Richter kann anordnen, daß der Staatsanwalt sich an einem solchen Verfahren beteiligt (vgl. Bern 55 ZPO). Leuch bemerkt in N. 1 zu Art. 53 ZPO: «Die Teilnahme des Staatsanwaltes am Zivilprozeß zur Wahrung des öffentlichen Interesses hatte guten Sinn zur Zeit der vollen Geltung der Verhandlungsmaxime, die dem Richter nicht ermöglichte, das öffentliche Interesse von Amtes wegen wirksam zu wahren. Heute, wo dem Richter selbst diese Wahrung zur Pflicht gemacht und ihm auch die Mittel zur Verfügung gestellt sind, ihr zu genügen, hat die Institution ihren Sinn verloren. Man begreift daher, daß die Intervention des Staatsanwaltes in der Praxis sozusagen nicht mehr geübt wird.»

4. Waadt sieht in Art. 78 ZPO noch allgemein vor: «Outre les cas prévus par la loi où il agit comme demandeur, le ministère public peut intervenir dans les procès où l'ordre public est intéressé, notamment dans les procès d'état civil.» Es hält also an der Institution fest.

Es wird auch zukünftig Sache des kantonalen Rechtes sein, diese Intervention des öffentlichen Interesses zu ordnen. Es liegt auf der Hand, daß der öffentliche Intervenient auch die Rechtsmittel des Prozesses benützen kann. Es besteht meines Erachtens nicht der geringste Grund, von Bun-

desrechts wegen den Kantonen Vorschriften über die Intervention und die Art ihrer Intervention zu machen.

V.

Die Rechtsbeistände der Parteien

1. Art. 32 Abs. 1 des Entwurfes SCHWARTZ erklärt: «Unter Vorbehalt des Art. 5 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung bestimmen die Kantone, inwieweit und durch welche Personen ein am Prozeß Beteiligter sich vor Gericht vertreten lassen kann.»

Art. 33 BV stellt es den Kantonen anheim, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweis der Befähigung abhängig zu machen. Auf dem Wege der Bundesgesetzgebung sei dafür zu sorgen, daß derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden könnten.

Eine solche Bundesgesetzgebung fehlt bis zur Stunde für den Beruf des Rechtsanwalts. Diese bald 100jährige Bestimmung hat in der seitherigen Entwicklung der Rechtsvereinheitlichung an Aktualität, nicht aber an Aktivität gewonnen. Dank Art. 5 der Übergangsbestimmungen, der bis zum Erlaß dieser Gesetzgebung auf diesem Gebiete die kantonalen oder Konkordatspatente für das ganze Bundesgebiet gültig erklärt, ist die Verzögerung ohne größeren Schaden geblieben.

Auf Grund von Art. 5 der Übergangsbestimmungen haben zur Zeit eine höhere Anzahl von Anwälten die Ermächtigung, in einem andern als dem «Patentkanton» zu prozedieren. So ist die Zahl der «außerkantonalen Anwälte» im Kanton Bern nach dem Verzeichnis des Obergerichtes etwa doppelt so hoch als die Gesamtzahl der mit bernischem Patent praktizierenden Anwälte[9]. Die hohe Zahl der außerbernischen An-

---

[9] Zahl der außerhalb des Kantons Bern domizilierten Anwälte mit außerkantonalem Patent mit Ermächtigung zur Prozeßführung im Kanton Bern 587.

wälte ist offenbar darauf zurückzuführen, daß die bernische Prozedur einfach und ohne gefährliche Klippen und Riffe ist; es ist anzuerkennen, daß sich andererseits die auswärtigen Anwälte in ihr bald zurechtfinden. Im Kanton Zürich sind nach dem Rechenschaftsbericht des Obergerichtes an den Kantonsrat die Verhältnisse durchaus ähnlich.

2. Die Vereinheitlichung des Verfahrens wäre ein weiterer Grund, daß die Anwälte über die Kantonsgrenze hinaus Prozesse führen würden. Da der Kläger häufig sein Recht in einem «fremden» Kanton suchen muß (Art. 59 BV), tritt heute mehr als wünschenswert ein Anwaltswechsel ein mit Zeit- und Geldverlust für den Kläger. In einer Zeit, in welcher der Anwaltstand ebenso wie z. B. die Gerichte größte Mühe hat, junge Juristen für sein Tätigkeitsfeld zu gewinnen, sollte es undenkbar sein, daß «fremde» Konkurrenz im eigenen Haus gefürchtet oder befürchtet wird. Es geht bei den Aufgaben der Advokatur ohnehin in der Hauptsache darum, Bundesrecht, nicht etwa kantonales Recht anzuwenden. Die Anwälte, die sich auf kantonales Steuerrecht oder Baurecht spezialisieren, sind selten. Natürliche Schranken bestehen dort, wo Sprachgrenzen vorliegen. Diese sind nicht gering zu achten. Der Anwalt, der sich in einer Rechtsschrift allzu sorglos auf fremdem Sprachgebiet betätigt, hat zusätzliche Schwierigkeiten zu meistern.

Durch die Bundesverfassung ist der Befähigungsausweis eines Kantons in den andern anzuerkennen (vgl. Burckhardt, Kommentar BV, 3. Auflage, S. 824 ff.). Die Zulassung zum Anwaltsberuf ordnen die Kantone allein. Eine Vereinheitlichung auf diesem Gebiete wäre ohne Änderung von Art. 33 BV nicht möglich. Es besteht zu einer solchen Änderung kein tieferer Grund.

3. Art. 29 Ziff. 5 OG enthält eine Schranke der sog. Postulationsfähigkeit. Die Parteien können, was im OG nicht gesagt, aber vorausgesetzt ist, ihre Sache selbst führen oder durch patentierte Anwälte führen lassen. Dies entspricht der allgemeinen schweizerischen Auffassung, die den Anwalts-

zwang nicht kennt. Die zitierte Bestimmung macht hievon eine Ausnahme. Sie sagt: «Ist eine Partei offenbar nicht imstande, ihre Sache selber zu führen, so kann das Gericht sie anhalten, einen Vertreter beizuziehen. Leistet sie innert der angesetzten Frist keine Folge, so bezeichnet das Gericht einen solchen auf Kosten der Partei.»

Das hat, wie der letzte Satz klarstellt, mit Beiordnung eines Rechtsbeistandes im Falle der unentgeltlichen Prozeßführung (Armenrecht) nichts zu tun.

Der Kommentator des OG begnügt sich mit zwei kurzen Sätzen: «Andere Rechtsnachteile – Ordnungsbuße, Abschreibung des Prozesses usw. – dürfen nicht angedroht werden. Die Vorschrift muß analog gelten, wenn eine Partei verhindert ist, die Sache selbst zu führen» (vgl. Birchmeier, N. 8 zu Art. 29 OG).

Wann kann das Bundesgericht Anlaß nehmen, jemandem einen Anwalt aufzuzwingen? Es kommt vor Bundesgericht auch in Zivilrechtsfällen vor, daß eine Partei des kantonalen Verfahrens selbst die Berufung erklärt und die Rechtsschrift allein verfaßt. Eine Berufungsschrift, deren Begründung den Vorschriften des Art. 55 OG nicht entspricht, kann unter Ansetzung einer kurzen Frist zur Verbesserung zurückgewiesen werden mit der Androhung, bei Nichtbefolgung werde auf die Berufung nicht eingetreten (Art. 55 Ziff. 2 OG). Fehlt jede Begründung, so erfolgt keine Rückweisung (Birchmeier, N. 11 zu Art. 55 S. 591 unter Hinweis auf BGE 71 II 35). Die Rückweisung kann Anlaß zu Anwendung von Art. 29 Ziff. 5 OG (Beiordnung eines Parteivertreters von Amtes wegen) sein. In ähnlicher Weise macht der Instruktionsrichter im Bundeszivilprozeß gemäß Art. 27 BZP den Kläger vor Zustellung der Klage an den Beklagten aufmerksam, wenn die Klage sich wegen Prozeßmangels als unzulässig erweist. Dies kann, wenn der Kläger ohne Anwalt prozediert, Grund sein, den Kläger im Sinne von Art. 29 Ziff. 5 OG zum Beizug eines Anwaltes zu zwingen. Es ist anzunehmen, daß diese singuläre Vorschrift selten zur Anwendung gelangt. Sie besteht nach Guldener (Zivilprozeßrecht,

S. 119) auch in den Kantonen Basel-Stadt, Wallis und Neuenburg mit der Sanktion von Säumnisfolgen (vgl. GULDENER, N. 32 S. 119 l.c.). Auch andere Kantone kennen diese Möglichkeit (Zürich, Schwyz, Schaffhausen, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen), ohne aber Säumnisfolgen für den Fall anzuordnen, daß der Auflage keine Folge geleistet werde. Die verhandlungsunfähige Partei bleibt in diesem Falle berechtigt, den Prozeß persönlich weiterzuführen, ohne andere Nachteile zu erleiden, als daß das Gericht auf ihr mangelhaftes persönliches Vorbringen abzustellen hat (GULDENER, N. 32, 2. Absatz, S. 119, l.c.). Bestellt die verhandlungsunfähige Partei keinen Vertreter, so verpflichten Schaffhausen, Appenzell-Innerrhoden und St. Gallen das Gericht, auf deren Kosten einen solchen zu bestimmen (GULDENER, Abs. 2 zu N. 32 S. 119).

Wenn Verdacht auf Geisteskrankheit oder Geistesschwäche besteht, so ist die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen (GULDENER, l.c., letzter Absatz).

Der Entwurf SCHWARTZ sieht keine zwangsweise Beiordnung eines Anwaltes vor.

Nach Entwurf Zürich § 27 Abs. 2 ZPO kann das Gericht einer Partei, die offensichtlich unfähig ist, ihre Sache selbst gehörig zu führen, einen Anwalt auch gegen deren Renitenz zuordnen. Das Gericht benachrichtigt die Vormundschaftsbehörde, wenn es vormundschaftliche Maßnahmen für geboten hält (wozu es schon nach materiellem Recht, Art. 368 II ZGB verpflichtet ist).

Zürichs Entwurf geht somit über die bisherige Ordnung hinaus nun ebenfalls zur zwangsweisen Beiordnung eines Anwaltes über (vgl. hiezu Erläuterungen S. 21: «In der wenn auch zwangsweisen Beiordnung eines Anwaltes liegt eine schonendere Behandlung einer prozeßunfähigen Partei, indem ihr das Odium vormundschaftlicher Maßnahmen erspart bleibt»).

Welche Kategorie von Rechtsuchenden betrifft diese Maßnahme? Soll sie allenfalls in erster Linie den möglichst

ungestörten Gang des Verfahrens gewährleisten? Wie wirkt sie sich z.B. bei Querulanten aus?

Die Prozeßfähigkeit einer Partei ist eine Prozeßvoraussetzung und als solche jederzeit überprüfbar. Der Urteilsunfähige ist nicht prozeßfähig. Bestehen an der Urteilsfähigkeit wesentliche Zweifel, so wird der Richter die Akten der Vormundschaftsbehörde überweisen, damit sie allenfalls im Sinne von Art. 386 (vorläufige Fürsorge) oder Art. 395, Ziff. 1 ZGB vorgehe.

Waadt kennt auch im neuen Gesetz keine Bestimmungen über Beschränkung der Postulationsfähigkeit, sondern sagt kurz und bündig (Waadt 62 ZPO): «Quiqonque a l'exercice des droits civils peut agir en personne ou par mandataire. Les incapables agissent par l'intermédiaire ou avec le concours de leur représentant légal, conformément à la loi civile.»

Da das Zivilrecht die nötigen Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt, um eine handlungsunfähige bzw. prozeßunfähige Partei in die Lage zu setzen, einen Prozeß zu führen oder weiterzuführen, besteht meines Erachtens kein Anlaß, eine prozeßrechtliche Institution zu schaffen, die nun ihrerseits auf das Zivilrecht einwirkt, so daß die übliche Rolle der Einwirkung des Zivilrechtes in das Prozeßrecht einmal umgekehrt wird. Bei dieser Postulationsunfähigkeit bleibt immer die Frage ungelöst, welches im Grunde die Kompetenzen dieses gesetzlichen Vertreters sein sollen und die Aufgabe, die dem Anwalt hier zugemutet wird, ist im zürcherischen Entwurf auch nicht in der Abänderung des Anwaltsgesetzes[10] genügend umschrieben. Trotzdem diese Institution sowohl im OG als auch in mehreren kantonalen Gesetzen vorgesehen ist, sollte sie meines Erachtens nicht Eingang finden in ein vereinheitlichtes Verfahren.

---

[10] Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf § 9 Abs. 1 in fine.

VI.

Die Prozeßkosten

1. Die Gerichtsgebühren sind echte Gebühren im Sinne des Abgaberechtes für besondere Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung, hier der Gerichte. Für ihre Verrichtungen erheben sowohl die Verwaltungsbehörden als auch die Gerichte Gebühren, soweit nicht kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift Gebührenfreiheit besteht (vgl. bern. Gesetz über den Finanzausgleich vom 8. Oktober 1968, Art. 22).

Unter die Auslagen fallen insbesondere jene für die Beweisführung, Expertenhonorare, Zeugengelder, Reiseauslagen, Telefone, Porti usw.

Über die Tragung der Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) entscheidet das Gericht im Urteil in der Sache, in einem besondern Kostenurteil, wenn die Streitsache gegenstandslos geworden ist oder in einem Abschreibungsbeschluß.

Regelmäßig trägt die unterliegende Partei die Gerichtskosten, bei teilweisem Unterliegen ist die Kostenteilung nach richterlichem Ermessen üblich; bei unnötiger Weitläufigkeit trägt diese Kosten jene Partei, die sie verursacht hat. Eine verhältnismäßige Verlegung der Kosten ist möglich, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozeßführung veranlaßt sehen konnte.

Bern gibt die Befugnis zur Wettschlagung der Prozeßkosten auch bei Streitigkeiten zwischen Ehegatten, Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie, voll- und halbbürtigen Geschwistern und ihren Ehegatten, sowie bei Streitigkeiten erbrechtlicher oder familienrechtlicher Natur (Bern 58 ZPO). Im übrigen läßt Bern aber für weiteres richterliches Ermessen keinen Spielraum (vgl. Leuch, N. 2 zu Art. 58).

Waadt hat die übliche Regelung (Art. 92).

Zürich legt im Entwurf § 59 ff. ZPO und im Entwurf GVG § 262 ff. fest: «Von der Regelung der Kostenpflicht des Unterliegenden und Kostenteilung bei teilweisem Unterliegen

kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozeßführung veranlaßt sah, oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheißen wurde.»

Mit der Wendung: «Kann insbesondere dann abgewichen werden», ist die Möglichkeit zu weitern Ausnahmen angedeutet.

Über die Gerichtsgebühren sind Tarife aufgestellt, die die Gebühren nach der Bedeutung der Streitsache und auch nach weitern Kriterien staffeln.

Entwurf Zürich § 60 II ZPO enthält eine erwähnenswerte Regelung bei Vergleich: Die Kosten werden in der Regel den Parteien zur Hälfte auferlegt, wenn sie nichts anderes vereinbart haben.

2. Die Prozeßkostenvorschüsse

Das OG regelt für seinen Herrschaftsbereich (auch für den Direktprozeß gemäß Art. 1 II BZP) in Art. 150: Wer das Bundesgericht anruft, hat nach Anordnung des Präsidenten die mutmaßlichen Gerichtskosten sicherzustellen.

Bern verlangt von beiden Parteien Gerichtskostenvorschüsse (Bern 57 II ZPO).

Waadt handelt ebenso (Art. 90), während Zürich, großzügiger, in der Regel überhaupt keine Gerichtskostenvorschüsse bezieht (Erläuterungen ZPO S. 31). Nach zürcherischer Ordnung werden die Gerichtskosten grundsätzlich erst am Ende des Verfahrens verlangt. Kautionen (was in andern Kantonen Gerichtskostenvorschüsse heißt) werden nur verlangt, wenn an der Erhältlichkeit der Kosten triftige Zweifel bestehen.

Allgemein besteht Vorschußpflicht für zu erwartende Barauslagen für die Beweisführung, und zwar je für die von den Parteien beantragten Maßnahmen.

Fraglich ist die Regelung, die von beiden Parteien von Anfang an Gerichtskostenvorschüsse, über die zu erwartenden Auslagen hinaus, verlangt.

Mit der Aufforderung auch an den bernischen Beklagten, einen Gerichtskostenvorschuß von Fr. ..... zu leisten, unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Falle der Nichtleistung, beginnt vielfach die Renitenz oder die Resignation des Beklagten: Er muß sich nicht nur gegen den Angriff des Klägers zur Wehr setzen, sondern muß auch schon von Anfang an Gerichtskostenvorschüsse leisten und wird meistens, in seinem Interesse, einen Anwalt beiziehen. Dies alles zusammen empfindet er vielfach als einen Überfall, bei dem das Gericht mit der Forderung nach Gerichtskostenvorschuß mitwirkt. Er ist sich bewußt, daß er, wenn er im Prozeß unterliegt, die Kosten zahlen muß. Daß er aber diese, solange er nicht verurteilt ist, vorschießen soll, versteht er nicht; daß es der Kläger tun muß, der den Prozeßapparat in Bewegung setzt, versteht er sehr wohl und er begrüßt es auch. Dem Interesse des Staates freilich dient die Vorschußpflicht beider Parteien; mangels solidarischer Haftung beider Parteien für die Gerichtskosten besteht damit für den Staat kein Risiko, für seine Bemühungen nicht bezahlt zu werden, da die Kosten mindestens teilweise aus den geleisteten Vorschüssen gedeckt werden können, und zwar ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens.

Die Lösung des OG sollte meines Erachtens allgemein werden: Die Kosten hat vorzuschießen, wer das Gericht anruft; die Barauslagen hat jede Partei im Rahmen ihrer Anträge vorzuschießen. Der Richter soll allerdings ermächtigt sein, auch von einem Beklagten Gerichtskostenvorschüsse zu fordern, und zwar wenn dieser eine Widerklage erhebt, oder wenn er einredeweise Gegenansprüche geltend macht. In diesem Fall ist es sein Gegenangriff oder die besondere Art seiner Verteidigung, die ebenfalls einen erheblichen Aufwand verursacht.

Die Folgen der Nichtleistung eines verlangten Gerichtskostenvorschusses können gerechter behandelt werden, wenn der Gerichtskostenvorschuß nur vom Kläger verlangt wird. Hiezu ist unter dem Kapitel der Säumnis das weitere zu sagen (vgl. S. 113ff.).

3. Die Parteientschädigung

Die unterliegende Partei hat in der Regel der obsiegenden alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (OG 159, Bern 58 ZPO, Waadt 92 ZPO, Zürich Entwurf § 63 ZPO).

Dabei ist in billiger Weise auch der Zeitversäumnis der obsiegenden Partei Rechnung zu tragen.

Bei Vergleich wird keine Prozeßentschädigung (Parteientschädigung) zugesprochen, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben (so Entwurf Zürich § 63 II ZPO). Parteien können aber auch, wenn sie sich über alle Punkte einigen, die Bestimmung der Tragung der Gerichts- und Parteikosten nach der Praxis einiger Kantone den Gerichten überlassen, das den Vergleich als Urteilsersatz ansieht und davon ausgehen kann.

VII.

Die unentgeltliche Prozeßführung

Der Anspruch hierauf fließt schon aus Art. 4 BV. Daß er von einem einheitlichen Gesetz im einzelnen zu regeln ist, liegt auf der Hand. Die Kosten, die in der unentgeltlichen Rechtspflege entstehen, trägt nach wie vor der Kanton, dem die Rechtsprechung neben der Organisation zusteht. Der Kanton bestimmt auch, wie der von seinen Gerichten beigeordnete Armenanwalt bzw. Rechtsbeistand zu honorieren ist.

Bundesrecht ist, wie die Prozeßarmut zu bestimmen ist und wie die Aussichten des Prozesses liegen. Fraglich und offen bleibt, ob auch einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft das Armenrecht erteilt werden soll. Für letztere sieht die bernische Praxis darauf, aus welchen Personen eine solche Personengemeinschaft besteht. Sie gewährt die unentgeltliche Rechtspflege mit allfällig unentgeltlichem Rechtsbeistand nur, wenn keiner der Beteiligten an

der Gemeinschaft in der Lage ist, die Prozeßkosten vorzuschießen.

Im übrigen handelt es sich aber um Detail- und nicht um Grundsatzfragen: Daß die prozeßarme Partei nicht schlechter gestellt sein soll als ihr besser gestellter Rechtsgenosse ist allgemein anerkannter Grundsatz.

VIII.

Zeitbestimmung und Zustellung sowie Streitwert

Hier handelt es sich um rein praktische Fragen. Es besteht keine Veranlassung, Zeitbestimmungen und Zustellung in einem vereinheitlichten Verfahren anders zu ordnen als dies das OG tut.

Das gleiche gilt für die Bestimmung des Streitwertes, der sowohl nach OG als auch nach den kantonalen Ordnungen vielfach von Bedeutung ist zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit in vermögensrechtlichen Streitigkeiten.

Art. 51 OG, der die Anforderungen an das kantonale Verfahren im Hinblick auf die Weiterziehung an das Bundesgericht regelt, verpflichtet in Ziff. 1 unter lit. b, im Entscheid festzustellen, ob der Streitwert Fr. 15000.– oder wenigstens Fr. 8000.– erreiche, soweit dies ohne erhebliche Weiterung zu tun möglich ist. Art. 36 OG schreibt vor, wie bundesrechtlich der Wert des Streitgegenstandes bestimmt wird. Diese Bestimmungen sind weitgehend übereinstimmend mit den kantonalen Gesetzgebungen. Für die Vereinheitlichung des Verfahrens ist es auch hier zweckmäßig und nützlich, die Ordnung der bundesrechtlichen anzupassen, d. h. diese Bestimmungen zu übernehmen. Wohl ist es formell anzuerkennen, daß es sich zunächst um Regeln handelt, die für die sachliche Zuständigkeit in den Kantonen von Bedeutung sind und daß diese sachliche Zuständigkeitsordnung einzig und allein von den Kantonen zu bestimmen ist. Es wäre aber eine Spielerei, für den Bereich der Kantone andere Regelun-

gen über die Bestimmungen des Streitwertes aufzustellen als diejenigen, die für die Weiterziehung an das Bundesgericht von Bedeutung sind.

IX.

Die allgemeinen Grundsätze des Verfahrens

A. *Die Dispositionsmaxime*

1. Ziel eines jeden Prozesses ist das Urteil über den bestrittenen materiellen Anspruch. Dem Urteil ist gleichzustellen ein Vergleich über den Anspruch. Gelegentlich wird das Ziel nicht erreicht, nämlich dann, wenn das Verfahren in den Prozeßvoraussetzungen steckenbleibt und nur ein Urteil auf Rückweisung erfolgt.

Der Weg zu diesem Ziel geht in Abschnitten vor sich. Sie haben im Verfahren ihre besondere Bedeutung, weil immer ein Abschnitt die Vorstufe zu einem weitern ist und nach dem Übergang zur weitern Stufe eine Rückkehr in eine frühere zum mindesten erschwert ist. Die einzelnen Stufen werden in der deutschen Doktrin als Rechtslagen bezeichnet (Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 4. Auflage, S. 10). Der Ausdruck wird aber auch in Deutschland nicht einheitlich verwendet. So versteht Blomeyer (Zivilprozeßrecht, S. 61) unter Berufung auf Goldschmidt, darunter die Lage, in der das materielle Recht, der Anspruch, sich im Verfahren von der ungewissen Aussicht bei Prozeßbeginn zum festgesetzten Recht im Urteil fortentwickelt.

Der Ausdruck Abschnitt oder Verfahrensabschnitt sagt uns aber sachlich mehr aus, so daß kein Anlaß besteht, jenen Ausdruck der deutschen Doktrin zu übernehmen.

2. Es ist der Kläger, der das Verfahren in Gang setzt; sein Wille ist für das Verfahren weitgehend wegleitend. Er formuliert, und das ist seine erste Verantwortung, sein Rechtsbegehren, das die sachliche Zuständigkeit bestimmt;

er bezeichnet den Beklagten, d.h. die Person, gegen die das Rechtsbegehren sich richtet, und legt damit weitgehend die örtliche Zuständigkeit fest. Er wählt das Verfahren, sofern ihm hier überhaupt eine Wahl zusteht, wählt den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit durch sein prozessuales Handeln und kann dann durch eine einfache Erklärung, daß er die Klage zurückziehe, den ganzen Vorgang stoppen, allerdings nicht ohne Folgen für ihn.

Wenn von der Dispositionsbefugnis der Parteien gesprochen wird, d.h. der sich aus dem materiellen Recht ergebenden Befugnis, im Rahmen der gesetzlichen Ordnung, ohne Einmischung eines Dritten, über das Rechtsverhältnis zu verfügen und dann deren Auswirkung im Verfahren erwägt, so ist augenfällig, daß es zunächst der Kläger ist, der seinen Anspruch umschreibt, und daß seine Umschreibung für das ganze weitere Verfahren maßgebend ist oder sein soll. Ob er seine Begehren ändern, d.h. dem Verfahrensfortschritt oder (nach Blomeyer) der Prozeßlage anpassen kann, hängt davon ab, ob das Verfahrensrecht die Klageänderung zuläßt oder nicht.

3. Der Beklagte kann unter Umständen sich in die gleiche, zunächst herrschende Lage setzen, wenn er sich nicht nur verteidigt, sondern durch Widerklage zum Gegenangriff übergehen kann.

Abgesehen von diesem Fall ist das «Rechtsbegehren» der Antwort von wesentlich geringerer Bedeutung. Leuch (in «Klageänderung», Art. 94 ZPO Bern, ZbJV 55 S. 193–212) geht von der Regelung der zitierten Bestimmung des Art. 94 ZPO aus, die nur von der Änderung der Klage- und Widerklagebegehren, nicht aber von den Begehren der Antwort spricht und schließt daraus, daß der Grund dieser Unterlassung darin zu suchen sei, daß es sich bei den Antwortbegehren, abgesehen vom Kostenschluß, nicht um Rechtsbegehren im eigentlichen Sinne, d.h. um selbständige Urteilsbitte, sondern nur um die mehr oder weniger weitgehende Verneinung der prozessualen oder materiellrechtlichen

Klagevoraussetzungen handle. Eine weitergehende Verneinung könne, soweit sie auf tatsächlichen Einwendungen beruhe, gemäß den Art. 92 und 93 ZPO nachgeholt und berichtigt werden, sie sei überdies bis zum Endurteil zulässig, soweit sie lediglich aus rechtlichen Gesichtspunkten erfolge. Ein Antrag der Antwort auf teilweise Abweisung könne so allenfalls zum Antrag auf gänzliche Abweisung erweitert werden. Hingegen gelte für den Kostenschluß in analoger Weise die Bestimmung über die Klageänderung.

Festzuhalten hieraus ist, daß den Antwortbegehren nicht die prozessuale Bedeutung zukommen kann wie den eigentlichen Klagebegehren. Teilweise Anerkennung der Klage, deren sachliche Zuständigkeit durch den Streitwert bestimmt wird, hat so, z.B. nach bernischem Recht, keinen Einfluß auf die weitere Zuständigkeit der mit der Sache befaßten Instanz (Bern 143 ZPO). Wird eine Klage mit einem Leistungsbegehren von über Fr. 8000.– (zuständig zur Beurteilung ist hier, weil es sich um einen berufungsfähigen Streithandel handelt, in erster Instanz der Appellationshof) teilweise anerkannt, so daß der Streitwert unter Fr. 8000.– fällt, bleibt der Appellationshof trotzdem zuständig, obwohl der Kompetenzordnung nach Streitwerte unter Fr. 8000.– in die Kompetenz des Gerichtspräsidenten fallen. Umgekehrt hat dann die Erhöhung des Streitwertes auf dem Wege der Klageänderung, soweit dadurch Kompetenzgrenzen überschritten werden, notwendigerweise Änderung der sachlichen Zuständigkeit und damit Weisung an den zuständigen Richter zur Folge (Bern 94 ZPO).

4. Aus der Dispositionsbefugnis der Parteien, die sich konkretisiert durch das Rechtsbegehren des Klägers einerseits, die Anträge des Beklagten anderseits und die Begründung dieser Anträge ergibt sich der Streitgegenstand. Es sind die Parteien, die ihn bestimmen, soweit sie nach der materiellen Ordnung über den Anspruch oder dessen Anerkennung frei entscheiden können. Beim Scheidungsanspruch z.B. ist dies nicht der Fall; Art. 158 ZGB, Ziff. 3 bestimmt, daß Partei-

erklärungen irgendwelcher Art den Richter nicht binden, weil es keine bloß einverständliche Scheidung gibt.

Der Kläger hat in der Klageschrift (wenn nicht schon im vorausgehenden Verfahren) sein Rechtsbegehren so zu formulieren, daß es bei gänzlicher Gutheißung der Klage ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Ausspruch des Gerichtes (Dispositiv des Urteils) erhoben werden kann (GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 162 II). Aus der Dispositionsbefugnis der Parteien, insbesondere des Klägers und des Widerklägers, ergibt sich, daß eine Klageänderung zulässig sein sollte, wenn das Verfahrensrecht bestens der Rechtsdurchsetzung dienen soll. Die Dispositionsbefugnis bindet schließlich den Richter, denn der Beurteilung des Gerichtes unterliegen nur die von den Parteien in der Verhandlung gestellten Anträge. Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und, soweit nicht spezielle Gesetzesbestimmungen es erlauben, nicht etwas anderes zusprechen, als was sie verlangt hat. Diese Bestimmung ist der Höhepunkt der Dispositionsbefugnis.

Die Sonderbestimmung des Art. 30bis zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung (Novelle vom 13. März 1964), wonach das Versicherungsgericht in Zivilstreitigkeiten zwischen Krankenkassen und dem Versicherten oder Krankenkassen untereinander oder Krankenkassen mit Dritten, insbesondere mit Ärzten, an die Begehren der Parteien nicht gebunden sei und über die Begehren der Parteien hinausgehen könne, ist nur aus dem besondern Zweck jenes Verfahrens aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts zu verstehen. Immerhin sei beigefügt, daß nach jener Bestimmung den Parteien vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, wenn das Gericht über Parteianträge hinausgehen will. Damit wird betont, daß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs voll und ganz gewahrt sein will.

Die Auffassung, nach Rechtshängigkeit solle es dem Kläger nicht gestattet sein, Gericht und Gegner im weitern Verlauf des Verfahrens vor eine unerwartete Situation zu stellen, indem die Rechtsbegehren der Klage geändert werden, ist im Schwinden.

BZP läßt in Art. 26 I ausdrücklich die Klageänderung zu: «Das Rechtsbegehren kann in der Weise geändert werden, daß ein anderer oder weiterer Anspruch erhoben wird, der mit den bisher geltend gemachten in Zusammenhang steht.» Abs. 2 des Art. 26 stellt dann allerdings eine Schranke auf, indem neues tatsächliches Vorbringen zur Begründung der geänderten Klage den Einschränkungen des Art. 19 II und III BZP unterliegt.

Bern 94 II ZPO läßt überdies eine Klageänderung bei Zustimmung des Richters zu, wenn daraus eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist: Maßgebend sind also rein praktische Erwägungen der Prozeßleitung. Außerdem kann mit Zustimmung der Gegenpartei auch eine Klageänderung zugelassen werden, die mit dem ursprünglichen Anspruch in keinem Zusammenhang steht.

Die Klageänderung ist nach bernischem Recht bis zum Endurteil, allenfalls bis zum Endurteil in oberer Instanz zulässig, soweit Parteien noch zum Wort kommen können.

Waadt 267 ZPO läßt eine Erhöhung der Rechtsbegehren der Klage zu unter der Bedingung, daß dieses erhöhte Rechtsbegehren sich auf das gleiche Klagefundament abstützt wie das ursprüngliche Begehren selber. Die Änderung ist nur zulässig bis zum Abschluß des Vorbereitungsverfahrens der Art. 276 ff. oder aber noch innert 10 Tagen seit Zustellung einer Expertise. Die letztere Bestimmung weist gerade darauf hin, daß eine Expertise, z. B. über die Höhe der Arbeitsunfähigkeit, dem Kläger Anlaß geben kann, sein Schadenersatzbegehren zu erhöhen. Dazu ist jedoch zu bemerken, daß noch andere wesentliche und zwingende Gründe zu einer Änderung führen könnten.

Zürich verzichtet gemäß § 56 seines Entwurfes auf das bisherige Verbot der Klageänderung: «Der Kläger kann in einem rechtshängigen Prozeß im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes ein anderes oder weiteres Rechtsbegehren stellen, sofern es mit den bisher gemachten in engem Zusammenhang steht.»

In den Erläuterungen wird hierzu ausgeführt: «Anderseits ist das Verbot der Klageänderung nicht mehr begründet. Daß unrichtig geklagt wird oder daß sich der Anspruch wandelt, ist heute häufig unvermeidlich. Der Abspruch und Neubeginn des Prozesses ist für Parteien und Gericht aber weit unökonomischer als die Fortführung auf einer angepaßten Basis; bei längerer Prozeßdauer wandelt sich die Bedeutung des Prozeßstoffes ohnehin. Die Klageänderung ist freilich nur ökonomisch, sofern zwischen dem ursprünglichen und dem abgewandelten Begehren wiederum ein engerer Zusammenhang besteht; auch soll die Klageänderung im Interesse der Kontinuität des Verfahrens die sachliche Zuständigkeit nicht verändern. Der Entwurf folgt in diesem Punkte dem Vorbild neuer Prozeßgesetze (Bund 26 BZP, Bern 94 ZPO, Zug 63 ZPO, Freiburg 131 ZPO, Solothurn 144 ZPO, Wallis 88 ZPO).»

Zu Mißverständnissen Anlaß geben kann die Berufung auf das bernische Recht insoweit, als sie sich auf die Beschränkung der Klageänderung ohne Veränderung der sachlichen Zuständigkeit bezieht. Die bernische Ordnung sieht umgekehrt völlig davon ab, ob die Klageänderung die sachliche Zuständigung berührt. Ist dies der Fall, so ist gemäß Bern 94 III ZPO die Sache von Amtes wegen dem kompetenten Richter zu überweisen. Bern läßt somit im weitestgehenden Maß eine Klageänderung zu und dies führt in der Praxis nicht oder kaum zu Schwierigkeiten, schon gar nicht etwa zu einem schlechten Prozedieren.

Eine Klageänderung liegt in der Abänderung des Antrages (Rechtsbegehren). Sie kann aber auch in der Änderung des Tatbestandes bei gleichbleibendem Antrag liegen, nämlich dann, wenn der ursprüngliche Tatbestand ersetzt wird (Änderung des Klagegrundes), der den gestellten Antrag ebenfalls rechtfertigt. Nach bernischem Recht ist die Änderung des Antrages, die nicht mit einer Änderung des Klagegrundes verbunden ist, im Belieben des Klägers; die Änderung des Klagegrundes, sei es mit oder ohne Änderung des Antrages, ist dagegen nur zulässig mit Zustimmung der Ge-

genpartei oder mit richterlicher Bewilligung. Die Zulässigkeit der Klageänderung ist unabhängig davon, ob eine die Klageänderung veranlassende Tatsache bereits vor der Rechtshängigkeit eingetreten war, oder erst seither eingetreten ist. Es ist gerade der Sinn dieser Institution, die Anpassung des Begehrens an den wahren Sachverhalt zu ermöglichen und dasjenige, was sich ohne praktische Schwierigkeiten in dem hängigen Prozeß miterledigen läßt, nicht einem neuen vorzubehalten. Ihre Aufnahme ist die deutlichste Äußerung der bernischen ZPO dafür, daß das Rechtshängigkeitsprinzip im Sinne der Festlegung des Tatbestandes auf den Moment der Klageeinreichung keine Geltung mehr haben soll (Leuch, N. 2 zu Art. 94 ZPO).

Die neue zürcherische Regelung ist insofern einschränkend, als sie die Klageänderung nur im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit des angegangenen Gerichts zulassen will. Da Zürich eine Klageänderung ohnehin nur gestattet, wenn das neue Rechtsbegehren mit dem bisherigen in engerem Zusammenhang steht, wird der Grundsatz der Zulassung der Klageänderung nur in engen Grenzen verwirklicht.

Es geht bei der Zulassung der Klageänderung schließlich darum, nach Möglichkeit zu verhindern, daß geltend zu machende Ansprüche der materiellen Rechtskraft verfallen könnten. Deshalb sollte es möglich gemacht werden, das Rechtsbegehren den sich verändernden Verhältnissen anzupassen, so daß das Gericht diejenigen Begehren zu beurteilen hat, die ihm am Schlusse des Verfahrens zum Urteil unterbreitet sind.

5. Zur Dispositionsbefugnis der Parteien gehört auch die Geltendmachung von Rechtsmitteln aller Art, die Möglichkeit, ein erklärtes Rechtsmittel zurückzuziehen, aber auch schon vor Beginn des Verfahrens die Möglichkeit, an Stelle des staatlichen Richters ein Schiedsgericht zu vereinbaren usw. In engerem Zusammenhang mit ihr steht auch die Verhandlungsmaxime, die in der Lehre als eine Anwendung der Dispositionsmaxime auf die Sachverhalts-Aufklärung an-

gesehen wird (vgl. BLOMEYER, S. 69). Dies wird von TROLLER (Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, S. 67) bestritten. Nach seiner Auffassung hat die Dispositionsbefugnis mit der Hauptaufgabe des Prozesses, die Berechtigung des geltend gemachten Anspruches festzustellen, nichts zu tun. Sie lasse nur über den Beginn und das Ende des Prozesses (Klageeinreichung, Klageanerkennung, Vergleich, Prozeßabstand usw.) bestimmen, ohne das Wie anzugeben.

Darüber ist bei der Behandlung der Verhandlungsmaxime noch zu sprechen.

Für ein vereinheitlichtes Prozeßrecht ist es unbedingt nötig, die Möglichkeit der Klageänderung im weitesten Sinne zuzulassen. Es ist nicht recht verständlich, wenn auf unserem kleinen Rechtsgebiet gerade die Frage der Klageänderung, die immer einen Versuch darstellt, im Laufe des Prozesses die Rechtsbegehren dem materiellen Anspruch, wie er geltend gemacht wird, anzupassen, derart verschiedenartig geregelt wird.

B. *Die Verhandlungsmaxime*

1. Es ist schon auf BLOMEYER hingewiesen worden, der geltend macht, die Verhandlungsmaxime folge aus der Dispositionsmaxime. Es läßt sich in der Tat nicht bestreiten, daß derjenige, der einen bestrittenen Anspruch gerichtlich zum Austrag bringen will, über diesen Anspruch an sich verfügungsberechtigt ist. Er kann ihn geltend machen, er kann der Sache ihren Lauf lassen, er kann vielleicht sich mit der Gegenseite irgendwie vergleichen. Ob aber ein bestimmter Anspruch gegeben ist, das hat diejenige Partei, die es geltend macht, zu begründen. Im schriftlichen Verfahren, und wir handeln bei den Maximen zunächst nur vom schriftlichen Verfahren, hat somit der Kläger in seiner Klageschrift die klar gefaßte Darstellung der Tatsachen, die das Rechtsbegehren begründen, zu geben (so Art. 23 BZP) oder die Tatsachen aufzuzählen, welche zur formellen und sachlichen Begründung der Klage dienen, und zwar in knapper übersichtlicher Darstellung (Bern 157 Ziff. 4 ZPO).

Zur Begründung des Urteils dürfen nur Tatsachen benützt werden, welche in den Schriftsätzen der Parteien enthalten oder in der Verhandlung festgestellt worden sind (Bern 202 II ZPO). Das ist der Verhandlungsgrundsatz. Danach ist die Beschaffung des Prozeßstoffes zunächst Sache der Parteien. Zur sachlichen Begründung (Substanzierung) der Klage gehören neben den rechtsbegründenden bzw. rechtshindernden (negative Feststellungsklage) Tatsachen, die aktive und passive Legitimation zur Sache, die sich allerdings gewöhnlich aus der übrigen Sachdarstellung ohne weiteres ergibt, ferner der Nachweis der Fälligkeit. Eine Klage, die gar keine Begründung enthält (im schriftlichen Verfahren), wird zurückgewiesen, eine Klage mit unvollkommener Begründung unter Vorbehalt des Ergänzungsrechtes angenommen (vgl. Leuch, N. 5 zu 161 ZPO).

Der Beklagte hat seinerseits die Antwort auf die Klageanbringen und die tatsächliche Begründung seiner Anträge einzureichen. Hat er keinen Anlaß zu einer Widerklage, so kann seine Antwort bestehen in der Bestreitung der in der Klage angeführten rechtsbegründenden Tatsachen, im Zugeständnis derselben unter (im mündlichen Vortrag zu bringender) anderer rechtlicher Würdigung, oder unter Gegenüberstellung rechtshindernder Tatsachen, wie Handlungsunfähigkeit, Handeln gegen Treu und Glauben, Irrtum, oder in der Anerkennung des klägerischen Anspruchs unter Erhebung eines Gegenanspruchs, wie Retention und Verrechnung (vgl. Leuch, N. 6 zu Bern 166 ZPO).

2. Den Parteien steht nicht nur die Behauptungslast für die klagebegründenden Tatsachen oder für die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen und Einreden zu, sondern sie haben auch alle Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal vorzutragen. Dies ist der Grundsatz der sog. Eventualmaxime, der zur Häufung aller, auch bloß eventueller selbst sich widersprechender Klagegründe und Einreden zwingt. Auf welchen Zeitpunkt dieses «auf einmal» sich bezieht, ist in den Prozeßgesetzen verschieden geregelt.

Nach BZP 19 II können Tatsachen und Beweismittel zur Ergänzung auch im allfälligen weitern Schriftenwechsel und mündlich in der Vorbereitungsverhandlung bis zum Beginn der Beweisführung vorgebracht werden; später nur, wenn die Verspätung entschuldbar ist sowie wenn das Vorbringen im Sinne von 3 II 2. Satz BZP von Amtes wegen berücksichtigt werden kann. Die Verspätung muß also entschuldbar sein. Hiezu kommt dann aber, daß der Richter von Amtes wegen auch ohne Entschuldigung das verspätete Anbringen zulassen kann.

Nach Bern 92 und 93 ZPO sind alle Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Rechtsschriften vorzutragen. Es ist den Parteien jedoch gestattet, diese bis und mit den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung zu ergänzen oder zu berichtigen. Es handelt sich um die Parteivorträge bei Eröffnung der Hauptverhandlung. Parteien stellen dabei und begründen ihre Anträge. Sie sind berechtigt, ihre Anbringen und Beweismittel gemäß Art. 92 zu ergänzen und zu berichtigen (vgl. Bern 188 ZPO).

Waadt verpflichtet in 261 ZPO die Parteien ebenfalls zur Geltendmachung der Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal. Dies hat in den Rechtsschriften zu erfolgen. Schon im Vorbereitungsverfahren (Art. 279) ist das Vortragen von nova ausgeschlossen. Der Artikel bestimmt: «Aucune des parties ne peut alléguer des faits nouveaux, ni soulever des exceptions nouvelles, ni produire des titres ou moyens de preuve nouveaux. Il n'y a d'exception que s'il apparaît que la partie a été sans sa faute dans l'impossibilité de le faire dans sa dernière écriture ou n'a pas eu de raison de soulever de nouveaux moyens.»

Nova sind damit nur zulässig, soweit ihr verspätetes Vorbringen entschuldbar ist. Im Exposé Waadt, S. 682, wird ausgeführt, daß sich der waadtländische Prozeß damit in gewollten Gegensatz stelle zu den neuesten Gesetzgebungen, wozu gezählt werden die bernische Zivilprozeßordnung (1918!), die Zivilprozeßordnung des Kantons Freiburg und der Bundeszivilprozeß. Diese Ordnungen gäben dem Richter

die Möglichkeit, ja verpflichteten ihn, die Parteien auf Lükken ihres Vorbringens aufmerksam zu machen. Der Entwurf des waadtländischen Prozesses gehe andere Wege: Die Parteien könnten ihre Verantwortung für die Gründe ihrer Rechtsbegehren auf keine Weise auf den Richter abwälzen. Es sei nicht Aufgabe des Richters zu überprüfen, ob die Rechtsschrift einer Partei vollständig sei, und es sei nicht beabsichtigt, die Verantwortlichkeit des Richters nach dieser Richtung auszudehnen. Mit einer solchen Ausdehnung wäre auch die Gefahr verbunden, daß die Gleichheit der Parteien verletzt würde. In diesem System der Parteiautonomie sei die einzige Möglichkeit zur Einführung neuer Tatsachen die Erklärung der Reform. Es sei zuzugeben, daß damit das Prozeßverfahren verlängert werde, dieser Nachteil müsse aber im Hinblick auf das Prinzip des gleichen rechtlichen Gehörs in Kauf genommen werden.

Dieses vom neuen Bundeszivilprozeß ausdrücklich fallengelassene Institut der Reform wird im waadtländischen Prozeß geregelt in den Art. 153–157. Danach kann eine Partei unter anderem die Reform beantragen zur Korrektur oder Ergänzung ihrer Anbringen. Über das Maß der Reform entscheidet der Richter. Die gleiche Partei kann nicht mehr als zweimal in einer Instanz die Reform erklären. Die Partei, die sich dieses Mittels bedienen will, hat nach Anordnung des Richters auf der Gerichtsschreiberei die Kosten zu deponieren (vgl. hiezu auch GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 235 Ziff. 4).

Entwurf Zürich begnügt sich damit, in dem § 50 unter allgemeinen Grundsätzen des Verfahrens und im § 111 (Marginale Behauptungspflicht) unter Hauptverfahren vorzuschreiben, die Parteien hätten ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen.

Bundesrichter REICHEL, der den Vorentwurf einer Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern aufgestellt hatte, ließ die Eventualmaxime des frühern Rechtes in diesem Entwurf fallen. Er sagt dazu: «Ich meine nun, man sollte den Versuch wagen, dieses Ungetüm der Eventualmaxime abzuschaffen

und zwar gründlich; der Grundgedanke des gegenwärtigen Prozeßentwurfs ist vielmehr der, es solle zulässig sein, in jedem Stadium des Prozesses bis zur Entscheidung jegliche Tatsache sowohl als jedes Beweismittel anzubringen. Dabei ist auch noch in der Appellationsinstanz ein Novenrecht vorgesehen» (Reichel, Der Entwurf einer ZPO für den Kanton Bern, ZbJV 42, 1906, S. 59). Der bernische Prozeß hat, entgegen dieser Auffassung von Reichel, die Eventualmaxime nicht fallengelassen, sondern sie in das neue Gesetz hinübergenommen. Die Eventualmaxime ist eine Verpflichtung zu straffem Prozedieren der Parteien. Daß sie nicht strikte durchgeführt werden kann, liegt auf der Hand (vgl. das oben Gesagte betr. den bern. Zivilprozeß).

C. *Die Wahrheitspflicht*

Sowohl bei ihren Behauptungen als auch im Parteiverhör sind die Parteien zur Wahrheit verpflichtet. Daran hat sie der Richter zu erinnern im Behauptungsstadium, insbesondere aber auch dann, wenn Parteien im Parteiverhör, das Beweismittel ist, einvernommen werden. Wegen böswilliger oder mutwilliger Prozeßführung kann sowohl die Partei als deren Vertreter mit einer Ordnungsbuße bis zu Fr. 200.– bestraft werden (OG Art. 31 II). Vor Beginn des Parteiverhörs im Vorbereitungsverfahren sind die Parteien zur Wahrheit zu ermahnen (Art. 62 II BZP).

Bern 42 ZPO verbietet die absichtliche Verdrehung der Wahrheit, das mutwillige Leugnen und die unredliche Prozeßverzögerung.

Die beste Formulierung enthält der Entwurf Zürich in § 47: «Alle am Prozeß Beteiligten haben nach Treu und Glauben zu handeln. Namentlich sollen die Parteien nicht ungerechte Prozesse führen und sich zur Verfolgung ihrer Rechte nur erlaubter Mittel bedienen. Dem Gericht gegenüber sind sie zur Wahrheit verpflichtet. Böswillige oder mutwillige Prozeßführung wird disziplinarisch geahndet.»

Diese Bestimmung empfiehlt sich durch ihre klare Formulierung für einen einheitlichen Prozeß.

D. *Das Prozeßleitungsamt des Richters*

Mit Einlangen der schriftlichen Klage – über das mündliche Verfahren, das der Sache nach weniger prinzipientreu oder hörig ist (vgl. den Abschnitt über Schriftlichkeit und Mündlichkeit, S. 118) – beginnt die Tätigkeit des Richters.

1. Es steht ihm im modernen Prozeß zunächst die formelle Prozeßleitung zu, wenn auch nicht in allen Kantonen im gleichen Umfang. Der Richter, bzw. Instruktionsrichter bei Kollegialgerichten, leitet den Schriftenwechsel, Antwort, Replik, allenfalls Duplik, setzt die Gerichtskosten- und Beweiskostenvorschüsse fest, lädt zur Verhandlung vor und erläßt die hiezu nötigen Verfügungen (vgl. GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 154 ff.). Es ist zunächst seine Sache, für das Fortschreiten des Prozesses zu sorgen.

2. Der Richter kann einen Prozeß einstellen. Nach BZP 6 kann der Richter aus Gründen der Zweckmäßigkeit das Verfahren aussetzen, insbesondere wenn das Urteil von der Entscheidung in einem andern Rechtsstreit beeinflußt werden könnte.

Keinen Ermessensraum hat der Richter im Kanton Bern. Er kann zwar den Prozeß auch einstellen, wenn das Urteil von der Entscheidung in einem andern Rechtsstreit abhängig ist oder wesentlich beeinflußt, sowie wenn in einem andern Prozeß die gleiche Rechtsfrage zu entscheiden ist. Andere Gründe der Einstellung gibt es aber nicht. Der Richter kann nicht aus irgendwelchen Gründen der Zweckmäßigkeit oder auf Wunsch der Parteien einstellen (Bern 96 ZPO).

Waadt läßt die Suspension der Prozeßinstruktion durch den Richter zu, «en cas de nécessité» (Art. 123); dazu gibt es noch die Einstellung durch Parteivereinbarung, die der Richter hinzunehmen hat (vgl. Art. 125). Diese Bestimmung kam erst durch die parlamentarische Kommission in den Text des Entwurfes. Eine ihrer ersten Sorgen war die Respektierung der Parteiautonomie, soweit immer im Prozeß möglich (vgl. Exposé Waadt S. 906). Deshalb erklärt der

Kommissionsreferent unter anderem: «Ce qui importe, c'est que la partie qui désire faire avancer le procès puisse le faire, mais il n'existe aucune nécessité que le juge puisse contraindre les parties à agir quand elles ne le désirent pas» (l.c. S. 907). Die Parteien haben, nach diesem neuesten kantonalen Prozeß, «le pouvoir de suspendre le procès par convention», und zwar für mindestens 6 Monate. In der zweiten Lesung des Entwurfes wurde noch ausdrücklich präzisiert: «Cette convention peut être renouvelée et répétée» (l.c. S. 1005).

Zürich bestimmt, daß das Gericht das Verfahren leite (Entwurf § 48), für eine beförderliche Prozeßerledigung sorge und bestimmt dann, ohne Präzisierung: «Aus zureichenden Gründen kann das Verfahren eingestellt werden» (§ 49 II Entwurf).

Die Einstellung sollte nur aus zwingenden Gründen: Bei der Abhängigkeit von andern Entscheiden und in den im Gesetz, zum Teil im Zivilgesetzbuch, besonders geregelten Fällen, erfolgen. Alles übrige scheint zu unbestimmt und zu sehr von der Person des Richters abhängig. Die Einstellung ist der Feind des Prozesses.

3. Im Schriftenwechsel soll der Richter sparsam sein. Im Bundeszivilprozeß ist dem Beklagten Frist zur Antwort anzusetzen (Art. 28 BZP), dem Widerbeklagten Frist zur Antwort auf die Widerklage, eventuell auch Frist zur Replik ohne Widerklage und allenfalls Frist für Duplik (Art. 32 BZP).

In Bern entscheidet der Instruktionsrichter schon, ob eine schriftliche Antwort allenfalls unnötig oder untunlich erscheine; in solchen Fällen leitet er ohne weitern Schriftenwechsel das Vorbereitungsverfahren ein oder bestimmt sofort Termin zur Hauptverhandlung. Die Antwort ist dann mündlich in der Verhandlung anzubringen (evtl. auch hier eine Widerklage zu erheben), vgl. Bern 164 ZPO. Eine Antwortfrist ist nicht anzusetzen, wenn der Fall anhand der Anbringen des Klägers und seiner Beweismittel (Urkunden)

liquid erscheint, wenn offensichtlich nur eine Rechtsfrage zu entscheiden bleibt und in ähnlichen Fällen (LEUCH N. 1 zu Art. 164).

Die Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Antwort ist aber die Regel.

Erfahrungsgemäß ist ein über Klage und Antwort hinausgehender Schriftenwechsel wenig nützlich. Mit der Beschränkung kann eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht werden. In einfachen Fällen kann einer Partei das Verfahren so wesentlich erleichtert werden.

Waadt 262 und 270 ZPO sehen Klage und Antwort vor, auf Begehren der Parteien dann erst Frist für Replik.

Zürich schreibt, soweit es das schriftliche Verfahren kennt, eine Antwort vor, wenn dem Eintreten auf die Klage nichts entgegensteht. Dann werden Parteien zur mündlichen Replik und Duplik vorgeladen; auch hiefür kann das schriftliche Verfahren angeordnet werden (Entwurf § 127).

Als Regel sollte für jeden Schriftenwechsel gelten, daß Frist angesetzt wird für eine Antwort und im Falle der Widerklage für eine Replik. Um Parteien, die sich eine Rechtsschrift nicht zutrauen, nicht zu einer solchen zu zwingen, sollte ein Beklagter oder Widerbeklagter mit schriftlicher Erklärung innert eines Teiles der Antwortfrist (z. B. 10 Tage) auf die Einreichung einer schriftlichen Antwort verzichten können, worauf es so zu halten wäre, wie wenn keine Frist zur Antwort gesetzt worden wäre. Auf diese Möglichkeit wäre in der Verfügung mit Zustellung der Klage bzw. Widerklage hinzuweisen mit der Erläuterung, daß die einmal abgegebene Erklärung unwiderruflich sei und daß anderseits die gesetzte Frist als gesetzliche Frist nicht erstreckt werden könne. Ein solches Vorgehen würde sich allenfalls rechtfertigen in Scheidungsfällen und in andern Statusklagen, in denen vor allem die persönliche Einvernahme, bzw. das Parteiverhör, oft von entscheidender Bedeutung sind.

Ein Anspruch auf Duplik ist abzulehnen; Duplik ist in den allermeisten Fällen Leerlauf.

4. Die materielle Prozeßleitung

Bundesrichter ALEXANDER REICHEL, der Schöpfer des Vorentwurfes zum heute geltenden bernischen Zivilprozeß, referierte an einer Tagung des bernischen Juristenvereins im Herbst 1905 über diesen Entwurf (ZbJV 42, 1906, S. 1 ff.). Dabei bemerkte er, daß an Stelle der Mündlichkeit, die als Allheilmittel gegen Mängel der Prozeßordnungen überschätzt werde, neuerdings die Besserung des Verfahrens erwartet werde durch eine Verstärkung der Prozeßleitungsgewalt des Richters, wie dies die österreichische Prozeßordnung 1895 in ganz bedeutender Weise getan habe. Seine Juristengeneration sei aufgewachsen «in der süßen Gewohnheit» der Verhandlungsmaxime, wo der Richter eigentlich mit der Prozeßführung nichts zu tun habe: Diese liege bei den Anwälten. Es sollte aber umgekehrt sein: Nicht die Parteien hätten den Prozeß zu führen, sondern der Richter sei es, der den Prozeß zu leiten und dafür zu sorgen habe, daß dieser zu seinem natürlichen Ende, zum Urteil, gelange. Jeder Prozeß sei bestimmt, möglichst rasch zu sterben. Leitmotiv der neuen Prozeßordnung sei die Umkehrung dessen, was gegolten habe, nämlich daß der Richter von Amtes wegen nur handle, soweit ihn das Gesetz dazu auffordere. Nun aber heiße es unter dem Marginale Richterpflicht: «Der Richter handelt von Amtes wegen, soweit er nicht auf Antrag einer Partei verwiesen sei» (vgl. REICHEL, l.c. S. 5/6).

Dies gilt wohl vorab (aber durchaus nicht ausschließlich) für die formelle Prozeßleitung. Als Bundesrichter LEUCH Auftrag hatte, den Bundeszivilprozeß zu revidieren, stellte er auch für diesen eine verstärkte richterliche Offizialtätigkeit, die materielle richterliche Prozeßleitung, ausdrücklich als wesentliche Einschränkung der Verhandlungsmaxime hin, wie dies in den neuen kantonalen und ausländischen Prozeßordnungen durchwegs der Fall sei. So bleibe die Beschaffung des Prozeßstoffes in erster Linie Sache der Parteien; es sei jedoch dem Ermessen des Richters, das vom Bestreben geleitet werde, das wahre Recht zu finden, über-

lassen einzugreifen, wo die Parteien nicht schon von sich aus das Erforderliche täten (vgl. Botschaft, S. 996 und 997). Art. 3 II Satz 2 BZP bestimmt denn auch: «Er (sc. der Richter) soll jedoch die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren aufmerksam machen und darauf hinwirken, daß sie Tatsachen und Beweismittel, die für die Feststellung des wahren Tatbestandes notwendig erscheinen, vollständig angeben. Zu diesem Instruktionszweck kann er jederzeit die Parteien persönlich einvernehmen.»

Das richterliche materielle Prozeßleitungsamt wird damit zur Ergänzung des Aufgabenbereiches der Parteien, die zunächst den Sachverhalt vorzutragen und die Beweismittel zu beantragen haben. Ist der Schriftenwechsel abgeschlossen, so hat der Richter aus einer Gegenüberstellung von behauptetem Sachverhalt und von beanspruchter Rechtsfolge einerseits und der Art der Verneinung durch den Beklagten andererseits (die Frage der Beweislast und der Beweismittel vorläufig beiseitegestellt) abzuwägen, ob der behauptete Sachverhalt die Rechtsfolge wirklich rechtfertigen könne. Auch ohne irgendwelchen Hinweis von seiten der Parteien hat der Richter den «angebotenen» Tatbestand frei rechtlich zu würdigen. Der kantonale Richter hat so gut wie das Bundesgericht von Amtes wegen durch Subsumtion des Tatbestandes unter den zu suchenden Rechtssatz die Rechtsfolge festzusetzen (BGE 89 II 337 E. 2/91 II 65). Diese Prüfung kann ihn veranlassen, den Tatbestand allenfalls berichtigen oder ergänzen zu lassen.

Im Interesse der Fällung des dem wahren Sachverhalt entsprechenden Urteils soll der Richter in der Berücksichtigung erheblicher Nova von Amtes wegen nicht zurückhaltend sein (Bern 93 ZPO und Leuch, N. 4 hiezu). Hier handelt es sich nur um Nova, für die die Partei selbst keinen Entschuldigungsgrund geltend machen kann. Auch im bernischen Vorbereitungsverfahren, das im Gegensatz zum Vorbereitungsverfahren des Bundeszivilprozesses nicht auch der Beweisaufnahme dient, ist es eine der wesentlichen Pflichten des Richters, die Parteien zu fragen und sie dadurch zu den

ihm notwendig erscheinenden Aufklärungen und Ergänzungen des tatsächlichen Vorbringens und der Beweise zu veranlassen (LEUCH, N. 3 zu Art. 176 ZPO).

Waadt kennt, wie schon oben ausgeführt, diese Aufklärungspflicht des Richters nicht. Berücksichtigt man, daß sowohl in der formellen als auch in der materiellen Prozeßleitung der Richter nach waadtländischem Prozeßrecht passiv sich zu verhalten hat, so versteht man nicht, wie Art. 1 II ZPO vorsehen kann: «Le juge agit d'office, à moins que la loi ne subordonne son intervention à une réquisition d'une partie.»

Der neue Waadtländer Prozeß erscheint vielmehr als eine ausgesprochene Kodifikation der Verhandlungsmaxime mit passiver Stellung des Richters.

Der zürcherische Entwurf wiederum, § 51, kennt die Fragepflicht des Richters, die auf das schriftliche Verfahren ausgedehnt wird. Danach hat der Richter dafür zu sorgen, daß der Mangel behoben wird, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt ist. Diese Behebung erfolgt besonders durch Befragung.

Hat diese Fragepflicht ihre Grenzen? Nach Art. 142 OR darf die Einrede der Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Es steht der Partei, die allenfalls diese Einrede erheben könnte, völlig frei, ob sie es tun will oder nicht. Soll der Richter, wie LEUCH es vorschlägt (Aufsatz über «Prozeßleitung», ZbJV 59, S. 571) eine Partei durch Fragestellung auf die Möglichkeit dieser Einrede hinweisen? Meines Erachtens ist dies nicht der Fall. Das Recht überläßt es dem Schuldner, sich hierüber zu erklären und es besteht kein Grund, ihn auf die Möglichkeit zu stoßen. Es geht hier bei der Fragestellung nicht um die Abklärung des wahren Sachverhalts.

5. Parteien haben nach der Verhandlungsmaxime alles vorzubringen, was zur Begründung der verlangten Rechtsfolge dienen kann und nötig ist. Von Bedeutung ist alles von ihnen aus einem bestimmten Sachverhalt Vorgetragene, aber auch

alles, was sie noch hiezu hätten vorbringen sollen. Für das Urteil selbst kann nur berücksichtigt werden, was behauptet und allenfalls bewiesen wurde; was zu behaupten unterlassen worden ist, bleibt aber bedeutsam für die Frage, ob gestützt darauf eine neue Klage, ohne die Einrede der abgeurteilten Sache befürchten zu müssen, eingereicht werden kann. Mit andern Worten: Ein Sachverhalt geht allenfalls mit «wehenden Fahnen» unter, wenn er nicht richtig und vollumfänglich vorgetragen wurde. Welche Schwierigkeiten sich hier ergeben, wenn eine Partei nicht jede mögliche Subsumtion in Betracht gezogen hat und deshalb auch nicht für jede Subsumtion die nötigen Behauptungen aufgestellt und Beweismittel offeriert hat, hat KUMMER (ZbJV 102 S. 10 bis 12) in sehr scharfsinniger Weise dargestellt. Es ist Sache des Richters, soweit er dies kann, Parteien durch geeignete Fragen davor zu schützen, einen Prozeß bloß darum zu verlieren, weil nicht alle nötigen Behauptungen aufgestellt worden waren. Daß eine Partei dies nicht aus bösem Willen tat, dürfte die große Regel sein.

6. Am Schlusse des Verfahrens steht die autoritative Festsetzung des Anspruchs oder seine Verneinung. Die Verbindlichkeit dieses Rechtsspruchs wird als seine materielle Rechtskraft bezeichnet. Sie setzt die formelle Rechtskraft voraus, welche eintritt, sobald kein ordentliches kantonales oder eidgenössisches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht. Die materielle Rechtskraft ist ein bundesrechtlicher Begriff. Der Entwurf SCHWARTZ hat ihn ausdrücklich aufgenommen und handelt von ihm in den Art. 68–72. Gemäß Art. 70 des Entwurfes schafft der Entscheid Rechtskraft für alle Personen, die als Partei am Verfahren beteiligt waren, sowie für die Nachfolger in das beurteilte Recht oder in die beurteilte Pflicht.

Wird der nämliche Streitgegenstand vom gleichen Kläger gegen den nämlichen Beklagten neuerdings vor Gericht gebracht, so steht dem Beklagten die Einrede der abgeurteilten Sache zu. Im Gegensatz zu einzelnen kantonalen Prozeß-

ordnungen ist nach Entwurf SCHWARTZ die Frage vom Richter nur auf Einrede des Beklagten zu prüfen, es findet also nicht eine Prüfung von Amtes wegen bei der Überprüfung der Prozeßvoraussetzungen statt. Nur in Ehesachen hat der Richter bei Bestehen eines rechtskräftigen Endentscheides in gleicher Sache die Klage von Amtes wegen von der Hand zu weisen. Das gleiche ist der Fall, wenn der Beklagte die Klage unbeantwortet läßt (vgl. Art. 71 des Entwurfes SCHWARTZ).

Das Urteil schafft für einen künftigen Rechtsstreit auch insoweit Rechtskraft, als die beurteilte Rechtsfrage in einem weitern Prozeß als Vorfrage erscheint (Art. 72 des Entwurfes SCHWARTZ). Mit dieser Regelung steht der Entwurf in Übereinstimmung mit einer Großzahl der kantonalen Gesetze und mit der Doktrin.

Die Bindung eines spätern Richters bezieht sich nur auf die im Urteil (Dispositiv) festgestellte Rechtsfolge, nicht aber auf die Urteilsgründe. Diese nehmen tatsächlich, von Ausnahmen abgesehen, an der Rechtskraft nicht teil; Motive eines weitergezogenen Entscheides als rechtskräftig zu betrachten, ist unmöglich (BGE 78 I 108). Für unsere Betrachtung sind die Ausnahmen von diesem Grundsatz von Bedeutung. Das Bundesgericht beruft sich im erwähnten Urteil selbst auf frühere Urteile, insbesondere 71 II 284. Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist die Einrede der beurteilten Sache (ne bis in idem) materiellrechtlicher Natur insoweit, als die Identität der Parteien und die Identität der geltend gemachten Ansprüche in Frage steht. In diesem Umfang sei, sagt das Urteil, auch die Möglichkeit der Überprüfung durch das Bundesgericht gegeben, wenn der Anspruch selbst, dem die Einrede entgegengehalten wird, vom eidgenössischen Recht beherrscht werde... So sei allerdings richtig, daß der Inhalt der Entscheidungsgründe an der Rechtskraft nicht teilhabe; dies bedeute, daß sich die Rechtskraft nicht auf die Feststellung über Tatsachen und Rechtsverhältnisse erstrecke, die das Gericht zur Begründung des Urteils getroffen habe. Dagegen bestimme

sich die Rechtskraft des Urteils nicht nur nach der Entscheidungsformel. Vielmehr sei aus der Gesamtheit des Urteils zu entnehmen, was das Gericht entscheiden sollte und worüber es nach den gestellten Anträgen zu entscheiden hatte. Daher dürfe auch bei der Frage der Prüfung der Identität nicht allein auf den Wortlaut des Dispositivs abgestellt werden, sondern seien für die Ermittlung von dessen Tragweite auch die Urteilserwägungen heranzuziehen. Die Einrede der abgeurteilten Sache sei deshalb nicht schon gegeben, wenn die grundlegende Rechtsfrage, von der die Entscheidung abhänge, dieselbe sei wie im Vorprozeß.

Im gleichen einschränkenden Sinne äußert sich KUMMER (Klagerecht, S. 8): «Das kantonale Prozeßrecht mag die Rechtskraft ausnahmslos auf das Urteilsdispositiv beschränken: Das Zivilrecht verlangt, von dieser Vorschrift abzugehen.» Es handelt sich ganz schlicht um die Feststellung der Identität des neu geltend gemachten Anspruches mit dem abgeurteilten, worüber vielfach nur die Urteilsgründe selber Auskunft geben können. Aus den Motiven ergibt sich, was der Richter beurteilt hat, d.h. welche von den Parteien in den Schriftsätzen oder in den Verhandlungen behaupteten und allenfalls bewiesenen Tatsachen der Richter zur Begründung seines Urteils benützt hat. Ist die neue Klage in dieser Richtung bloß eine Wiederholung der früheren, so ist der spätere Richter an das Urteil gebunden. Nur wenn es sich um eine «neue Klage» handelt, ist er berechtigt und verpflichtet, über diesen «andern» Anspruch zu urteilen. KUMMER bezeichnet diese Überprüfung der Identität oder Nichtidentität als eine der schwierigsten Aufgaben (vgl. KUMMER, ZbJV 102, S. 10–12). Wie weit im Einzelfall vom Dispositiv eines Urteils auf die Urteilsgründe zurückgegriffen werden muß, um die Frage der Identität festzustellen, hängt wesentlich von der Natur des eingeklagten Anspruches und insbesondere von der Formulierung der Rechtsbegehren und der Formulierung des Urteilsdispositives ab. Handelte es sich um eine Feststellungsklage, d.h. um ein Begehren zur Feststellung, ob ein Recht oder Rechtsverhältnis bestehe

oder nicht, so ist über dieses Rechtsverhältnis als Ganzes zu entscheiden, denn was immer hiebei an Sachverhalt vorgetragen wird, die Rechtsbehauptung bleibt dieselbe, weil sie sich bereits individualisiert hat. Die Rechtskraft kann daher nicht nur so weit gehen als die Sachvorbringen gehen und ihre Begründung, sondern das Urteil beantwortet die Frage der Begründetheit des streitigen Rechts oder Rechtsverhältnisses schlechthin (KUMMER, Klagerecht, S. 73). Als an sich nicht genügend individualisierte Rechtsbehauptung (Rechtsbegehren) bezeichnet KUMMER an sich alle Anträge auf Verurteilung oder Feststellung bezüglich eines Leistungsanspruches, ferner die durch Klage geltend zu machenden Gestaltungsrechte, die auf verschiedene Gründe gestützt werden können (z. B. Ehescheidung) oder auch auf einen einzigen Grund (wichtiger Grund bei Ausschluß eines Gesellschafters), wenn der Grund der Unterteilung zugänglich erscheint (KUMMER, Klagerecht, S. 71). Bei den an sich nicht individualisierten Rechtsbehauptungen (Rechtsbegehren und entsprechend Urteilsdispositiv) sei bei zwei gleichlautenden Rechtsbegehren mit einander völlig fremdem Sachverhalt die Verschiedenheit offenbar. Vorausgesetzt ist hier, daß der völlig verschiedene Sachverhalt einwandfrei festzustellen ist. Wenn in beiden Prozessen der gleiche Tatsachenkomplex betroffen sei, bei nur leichter bis allenfalls erheblicher Abweichung, stelle sich die Frage, wo die Grenze liege, bis zu welcher Identität bestehe (vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 93). Die Einrede der abgeurteilten Sache ist berechtigt, wenn die neue Klage den gleichen Tatbestand nur unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt beurteilt wissen möchte. Da der Richter den Tatbestand nach allen möglichen Subsumtionen zu prüfen hatte, weil er das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, ist eine neue Überprüfung in einem zweiten Verfahren nicht zulässig (vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 105). Wo im einzelnen bei den nicht individualisierten Rechtsbehauptungen die Grenzen der materiellen Rechtskraft durchgehen, bezeichnet KUMMER als die schwierigste Frage des Prozeßrechtes. Sie sei Teil der allgemeinen Frage

nach dem Streitgegenstand (vgl. KUMMER, ZbJV 102, S. 10 bis 12).

Es ist damit offensichtlich, welche Bedeutung der Tatsachenbehauptung der Parteien zukommt im Hinblick auf die materielle Rechtskraft des Urteils. Es ist aber auch für ein einheitliches Verfahren, das der Verwirklichung privater Ansprüche bestens dienen will, zu fordern, daß einerseits Parteien in weitestem Maße ihre Anbringen vervollständigen können wie auch anderseits, daß der Richter in Ausübung seiner Richterpflicht zu materieller Prozeßleitung die Parteien dazu veranlassen kann. Ebenso notwendig ist es, dieser veränderten Behauptungslage entsprechend die Rechtsbegehren ändern zu können und daß auch hier der Richter die Parteien zum mindesten dazu aufmuntern kann, wie dies beim Bundeszivilprozeß zum Beispiel der Fall ist. TROLLER (Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, S. 91) bezeichnet es als eines der bedrückendsten Gefühle für eine Partei und ihren Vertreter, wenn sie inne wird, daß wichtige neue Momente nur wegen eines Formalismus nicht mehr zur Geltung gebracht werden könnten und der Prozeß verlorengehen müsse, weil eine erst nachträglich in ihrer Bedeutung erkannte Tatsache im Prozeßstoff nicht Aufnahme gefunden habe. In ähnlicher Weise äußert sich KUMMER (Klagerecht, S. 110): «Hier (dagegen) handelt es sich um Ansprüche, die überhaupt noch nicht in ein gerichtliches Verfahren gebracht worden sind, ja deren Bestehen dem Berechtigten allenfalls erst bekannt wird, wenn er den ersten und vermeintlich einzigen Anspruch verfolgt und auf Grund der Vorbringen des Gegners oder der Ergebnisse des Beweisverfahrens in den Sachverhalt tiefern Einblick erhält.»

Die materielle Rechtskraft weist aber vielfach darauf hin, was im Prozeß nicht zum Tragen kam, und es stellt sich dann für den Richter, der das Urteil fällte, die Frage, ob er es nicht pflichtwidrig unterlassen hat, Parteien auf ihr Versäumnis aufmerksam zu machen. Hier nützt dann auch die letzte Korrekturmöglichkeit, die Revision, nichts, weil sie nur gestattet, neue erhebliche Tatsachen, oder neue entscheidende

Beweismittel geltend zu machen, die die Partei erst nachträglich erfahren hat und die im frühern Verfahren beizubringen ihr nicht möglich war. Die Revision ist im Entwurf SCHWARTZ in konsequenter Behandlung der Frage der Rechtskraft als eine Frage des Bundesrechts geregelt.

Gestattet ein einheitlicher Lebensvorgang nur eine rechtliche Subsumtion, so dürfte es vorab für den Richter nicht eine allzu große Anforderung sein zu prüfen, ob die behauptete Tatsache genügt, um die Rechtsfolge, wie sie im Rechtsbegehren verlangt wird, zu rechtfertigen. Wenn der Richter irgendwelche Zweifel hat, ob der Tatbestand vollständig angegeben worden sei, so hat er von seiner Fragepflicht Gebrauch zu machen. Deutet ein vorgebrachter Sachverhalt auf eine Anspruchskonkurrenz hin, so soll auch wiederum der Richter durch geeignete Fragestellung darauf hinwirken, daß der Sachverhalt nach allen möglichen Unterstellungen überprüft werden kann, denn es ist der Richter, der vorab das Recht und damit vorab auch die Möglichkeit der Subsumtion erkennen und auch anwenden soll. Anders liegen die Fälle bei der sog. objektiven Klagenhäufung (Klagenkonkurrenz). Eine Partei kann mehrere Ansprüche mit verschiedenem Sachverhalt in einer Klage verbinden, wenn diese Ansprüche ihrer Art nach in demselben Verfahren angebracht werden können (vgl. z.B. Bern 159 ZPO). Die Vereinigung mehrerer selbständigen Ansprüche steht völlig im Belieben der Partei. Wird im Laufe des Verfahrens ein solcher selbständiger Anspruch neu geltend gemacht, so hat allenfalls der Richter Veranlassung, diese Klageänderung nicht zuzulassen. Damit geschieht der Partei auch kein Unrecht und es steht ihr frei, diesen selbständigen Anspruch in getrenntem Verfahren, sei es gleichzeitig oder später einzuklagen und es gibt keine Einwirkung der materiellen Rechtskraft des hängigen Verfahrens in diesen selbständigen Anspruch. Aus praktischen Gründen ist es empfehlenswert, bei Vergleichsabschluß die Parteien zu befragen, ob außer dem im Prozeß liegenden Anspruch unter Parteien noch andere Rechtsfragen zu erledigen oder streitig sind. Dies wird mei-

stens erledigt mit der Formel, daß Parteien erklären, mit dem Vergleich völlig auseinandergesetzt zu sein und auch sonst keine Ansprüche gegeneinander zu haben. Andernfalls wird für solche Ansprüche richtigerweise ausdrücklich ein Vorbehalt gemacht werden. Der Richter kann aber im hängigen Verfahren auch einen solchen neuen und selbständigen Klageanspruch zulassen: gelegentlich wünschen es Parteien, alles, was zwischen ihnen streitig ist, auf einmal in einem einheitlichen Verfahren zu regeln. Es liegt aber auf der Hand, daß hier wesentlich der Richter zu entscheiden hat, und zwar nach praktischen Gesichtspunkten, ob damit nicht das Verfahren unnötigerweise belastet wird.

7. Rosenberg (Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 4. Auflage, 1949, S. 6) bezeichnet den modernen Zivilprozeß seinem Wesen nach als eine Arbeitsgemeinschaft von Richtern und Parteien, die zusammen dafür zu sorgen hätten, daß dem Richter die sichere Findung der Wahrheit ermöglicht und in einem lebendigen Verfahren der Rechtsfriede unter den Parteien wieder hergestellt werde, womit auch dem Frieden der Allgemeinheit gedient sei.

Das Wie des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweismittel hat wesentlich darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Recht der Parteien auf gleiches rechtliches Gehör, und zwar vollständiges rechtliches Gehör, nicht geschmälert wird. Gelegenheit zur Ergänzung, sei es durch die Partei von sich aus, sei es durch die Partei auf Veranlassung des Richters, bietet schon das Vorbereitungsverfahren als Teil des Behauptungsverfahrens, dann aber auch das Hauptverfahren selbst, sei es zu dessen Beginn oder aber im Beweisverfahren, und zwar hier insbesondere im Parteiverhör. Was eine Partei hier auf Fragen des Richters, in Anwesenheit und mit Fragerecht der Gegenpartei erklärt, muß als in den Prozeß eingeführt betrachtet werden. Außerdem muß es den Parteien freistehen, durch schriftliche Eingabe neue Anbringen, sei es vorzutragen, oder im Hinblick auf ein zu ergänzendes Parteiverhör anzumelden. Dabei ist aber immer zu beachten, daß letzten

Endes die Partei darüber zu entscheiden hat, ob sie etwas als Behauptung gelten lassen will oder nicht. Eine von keiner Partei bestrittene Tatsachenbehauptung hat der Richter als solche hinzunehmen, wenn ihn nicht eine besondere gesetzliche Vorschrift davon entbindet (wie z.B. Art. 158 Ziff. 3 ZGB). Das Bundesgericht läßt in 74 II 206 offen, ob der Richter als Sklave der Verhandlungsmaxime auch Tatsachenbehauptungen hinzunehmen hat, die offenkundig unwahr seien oder offenbar Unmögliches behaupten. Es betrachtet die Frage als eine solche des kantonalen Prozeßrechtes. Voraussetzung des Klagerechtes ist aber allgemein, daß Parteien ein Interesse am Rechtspruch haben müssen. Es ist nicht einzusehen, was ein bloß hypothetischer Tatbestand oder etwas Unmögliches als Interesse anbieten könnten.

Troller (Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, S. 47 und 48) weist darauf hin, schon Bellot, der geniale Schöpfer des Code de procédure civile von Genf (1819) habe eine verstärkte richterliche Prozeßleitung gefordert. Aus jenem Gesetzestext ergebe sich, daß das Auffinden der gerechten Konfliktslösung in freier und ungezwungener Zusammenarbeit des Richters und der Parteien angestrebt wurde. Troller fordert vom heutigen Richter, daß er von Beginn an zum Mitwirkenden werde; er habe nicht erst in der letzten Phase des Prozesses, dem Urteilstermin, gestützt auf die von ihm unbeeinflußte Stoffsammlung der Parteien den Entscheid zu fällen; er handle seiner Richterpflicht gegenteils zuwider, wenn er sich tatenlos mit der Unvollständigkeit des Tatbestandes abfinde und die Partei, zu deren Ungunsten sich der Prozeß auswirke, ins Unrecht versetze, ohne den Versuch zu einer lückenlosen Orientierung unternommen zu haben.

Schließlich (l.c. S. 63) weist er (vor 25 Jahren!) darauf hin, daß die Diskussion unter den Schlagwörtern der Verhandlungs- und Offizialmaxime zu einem der wichtigsten Diskussionsobjekte werde, wenn je das Problem einer einheitlichen Schweizerischen Zivilprozeßordnung wiederum aufgegriffen werde.

Es ist tatsächlich von ganz erstrangiger Bedeutung, wie sich eine schweizerische Zivilprozeßordnung zu den Fragen der Klageänderung, der nachträglichen Ergänzung der Tatsachenbehauptung und der materiellen Rechtskraft stellt.

Soweit das verspätete Vorbringen entschuldbar erscheint, dürfte die Berücksichtigung in einer modernen Prozeßordnung kein Problem darstellen. Im übrigen verweisen unsere Vergleichsordnungen (außer Waadt) auf das richterliche Prozeßleitungsamt, wonach von Amtes wegen eine Ergänzung des Tatbestandes veranlaßt werden soll.

Bucher (Erforschung der materiellen Wahrheit nach dem Bundesgesetz über den BZP, S. 92) empfiehlt dem Richter, verspätetes Anbringen immer dann von Amtes wegen zu prüfen, wenn die leiseste Hoffnung bestehe, den Tatbestand abzuklären und sofern die Partei durch ihr Verhalten erkennen lasse, daß ihr an der Sache gelegen und die Verspätung nicht auf interessenlose Liederlichkeit zurückzuführen ist. Es ist allerdings nicht ungefährlich, hier dem richterlichen Ermessen einen allzu weiten Spielraum zu lassen. Die Zulassung weiterer Behauptungen zum Sachverhalt sollte möglich sein, wenn es der Feststellung des wahren Sachverhaltes dient. Dies dürfte zunächst vom Richter angenommen werden, wenn sich eine Partei veranlaßt sieht, ihr Anbringen zu ergänzen. Ist die Verspätung nicht entschuldbar, und erst dann, hat der Richter über Zulassung oder Nichtzulassung von Amtes wegen zu entscheiden. In BGE 86 II 74 E. 2 macht das Bundesgericht der klagenden Eidgenossenschaft den Vorwurf, ihr Vorbringen stütze sich ausschließlich auf Briefe, die sie schon zur Zeit der Abfassung von Klage und Replik besessen habe. Die Duplik der Beklagten habe nichts enthalten, was Anlaß hätte geben können, die neue Behauptung aufzustellen. Zudem sei den Parteien Gelegenheit gegeben worden, die Durchführung einer Vorbereitungsverhandlung zu beantragen; sie hätten auf eine solche verzichtet. Es bestehe daher auch kein Grund, das neue Vorbringen der Klägerin von Amtes wegen zu berücksichtigen. Damit wird allerdings nur gesagt, die Verspätung

sei nicht entschuldbar, aber keine Antwort darüber hinaus gegeben, warum die Zulassung nicht von Amtes wegen erfolge. Dies ist hier die Hauptfrage. Im erwähnten Bundesgerichtsfall hat dann schließlich die nicht zugelassene Behauptung überhaupt keine Rolle gespielt. Es liegt auf der Hand, daß der Richter tatsächliche Behauptungen, die der Sache überhaupt nicht dienen können, auch von Amtes wegen nicht zuzulassen braucht, so wenig er über unerhebliche Tatsachen Beweis zu führen hat. Zu den Gründen, die den Richter veranlassen können, neue tatsächliche Behauptungen zuzulassen, gehören in erster Linie solche, die sich aus der vorläufigen materiellen Überprüfung darüber ergeben, ob der behauptete und allenfalls ergänzte Sachverhalt die verlangte Rechtsfolge rechtfertigen könne oder nicht. Der Richter wird aber auch dann neues Vorbringen zurückweisen, wenn dadurch das Verfahren wesentlich verzögert würde, aber nur insofern und insoweit, als er dadurch die Partei nicht um ihren Anspruch überhaupt bringt. Schließlich ist dem Richter auch nicht zuzumuten, verspätetes Vorbringen zu berücksichtigen, das gegen Treu und Glauben, absichtlich mit Verspätung vorgetragen wird, um die Gegenpartei in ihren Parteirechten zu schmälern.

8. Zu den allerneuesten Schöpfungen kantonaler Prozeßordnungen gehört jene von Solothurn vom 11. September 1966, die die Ordnung von 1891 ersetzt. Sie soll noch zum Wort kommen.

Auch nach diesem Verfahren ist die Verhandlungsmaxime eingeschränkt: «Der Richter soll (jedoch) die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren oder unvollständige Behauptungen und Beweisanträge oder auf weitere Fehler, Lücken oder Unklarheiten aufmerksam machen und ihnen Gelegenheit geben, ihre Anträge zu ergänzen. Dies kann jederzeit geschehen» (§ 58 IV).

Wunderlich (Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen ZPO vom 11. September 1966, Dissertation Zürich 1966) spricht

mit Recht von einer weitgehenden Eindämmung der Eventualmaxime S. 37 l.c.).

Diese Eindämmung liegt in der Betonung des richterlichen Prozeßleitungsamtes (der Richter darf nicht nur, sondern er soll Parteien auf Lücken usw. aufmerksam machen) und in der Zulassung von Beweisanordnungen von Amtes wegen im Gegensatz zu einem Vorentwurf, der den Richter an die Beweisanträge der Parteien binden wollte (WUNDERLICH, l.c., S. 46/47). Professor KUMMER, Bern, der zur Begutachtung dieses Entwurfes beigezogen wurde, bemerkte zur Einschränkung des Richters auf die Beweisanträge der Parteien: «Ich bekenne offen: Wenn Solothurn nicht den Mut aufbringt, hier an neuzeitliche Prozeßauffassung aufzuschließen, nicht willens ist, die heute bekannten und verfügbaren Voraussetzungen zu geben, damit der Richter das Seine zur Erreichung eines auf wahrer Sachlage beruhenden Urteils beitrage, dann wird die Revision eine kleine Ummöblierung im gemeinrechtlichen Haushalt bleiben, aber nicht der Umzug in ein modernes Prozeßgebäude sein.» (WUNDERLICH, l.c. S. 48.)

Und Solothurn hatte den erwarteten «Mut»!

Eine einheitliche schweizerische Prozeßordnung muß in der Umschreibung des richterlichen Prozeßleitungsamtes zur Einschränkung der Verhandlungsmaxime im Sinne eines Zusammenwirkens von Richter und Parteien zur Erforschung des wahren Sachverhaltes diesen (gleichen) Weg gehen.

X.

Die Prozeßabschnitte (Prozeßstadien)

1. Der Sühneversuch (Sühnversuch, Aussöhnungsversuch usw.)

Der Entwurf SCHWARTZ, Art. 33 und 34, sieht vor, daß schon die kantonalrechtlich vorgeschriebene Anrufung des Sühnebeamten die Rechtshängigkeit einer nach Bundes-

recht binnen einer Verwirkungsfrist zu erhebenden Klage bei genauer Bezeichnung des Streitgegenstandes begründe.

Für ein einheitliches Verfahren wäre vorzusehen, daß im ordentlichen Verfahren immer ein Sühneversuch stattzufinden hätte, bei den vermögensrechtlichen Streitigkeiten aber nur bei Erreichung eines bestimmten Streitwertes (z.B. Fr. 1000.– oder Fr. 2000.–).

Zu übernehmen wäre insbesondere auch Abs. 4 von Art. 34 des Entwurfes SCHWARTZ, daß die Klage in allen Fällen binnen 2 Monaten seit Zustellung der Urkunde über den Sühneversuch beim zuständigen Richter zu erheben sei. Der Entwurf SCHWARTZ präzisiert: Dies habe schriftlich oder mündlich nach Maßgabe des kantonalen Rechtes zu geschehen.

Zweckmäßigkeitsgründe sprechen dafür, den Sühneversuch nur für jene Verfahren vorzuschreiben, die in der Folge im schriftlichen Verfahren zu verfolgen sind. Im übrigen ist die Ausgestaltung des Sühneversuchsverfahrens so zu treffen, daß es seinem Zwecke, der Aussöhnung durch Erledigung des Streites bestens zu dienen, erfüllen kann (vgl. z.B. Bern 144–155 ZPO).

Zur geschlosseneren Darstellung der weitern Verfahrensstadien beschränken wir uns hier im wesentlichen auf den Berner Prozeß.

2. Das Behauptungsstadium

Es beginnt im schriftlichen Verfahren mit der Einreichung der Klage und dauert bis zum Beginn des Beweisverfahrens. Es umfaßt: Den Schriftenwechsel und das Vorbereitungsverfahren (soweit es nicht der Beweisaufnahme dient, wie teilweise im Bundeszivilprozeß) sowie den Beginn der Hauptverhandlung, sofern hier noch Sachverhaltsänderungen ohne Entschuldigung vorgebracht werden können.

Der Richter bzw. der Instruktionsrichter bei Kollegialgerichten tritt von Anfang an, d.h. vom Eingang der Klage an, als Prozeßleiter in Erscheinung. Er prüft «vorläufig» (Bern 161 ZPO), ob die Vorschriften über den Sühneversuch

erfüllt sind, ob der Schriftsatz die gesetzlichen Erfordernisse an eine Klageschrift erfüllt, ob der Anwalt zu seinem Vorgehen bevollmächtigt sei, aber auch im Sinne einer Vorprüfung, ob er den angerufenen Richter für zuständig erachte oder die übrigen Prozeßvoraussetzungen erfüllt seien. Er hat, wenn offensichtlich etwas zu rügen ist, den Kläger zur Beseitigung der Mängel aufzufordern. Dies geschieht in einer förmlichen Verfügung.

Der Kläger kann die vorhandenen Mängel beseitigen, die Klage ohne Abstandsfolge zurückziehen, oder, trotz der Bemängelung durch den Instruktionsrichter, Zustellung an den Beklagten verlangen. Er muß jedoch jedenfalls den Aussöhnungsversuch nachholen; der Anwalt hat auf Fristansetzung seine Vollmacht zu den Akten zu geben.

Diese Bestimmung über Überprüfung vor Zustellung der Klage zur Beantwortung soll es dem Richter ermöglichen, einen Druck auszuüben auf ordnungsgemäßes Prozedieren.

Nach Vorprüfung wird die Klage dem Beklagten mit Fristansetzung zur Antwort zugestellt. Damit wird der Beklagte in den Stand gestellt, allenfalls auch eine Widerklage zu erheben. Eine Widerklage ist unter allen Umständen mit der Antwort zu verbinden, sie kann im weiteren Verfahren nicht nachgeholt werden.

Dem Beklagten steht seinerseits während der Antwortfrist das Recht zu, durch schriftliche Eingabe den Instruktionsrichter auf formelle Mängel der Klage aufmerksam zu machen. Der Instruktionsrichter kann von sich aus oder auf Antrag des Beklagten eine Beschränkung der Antwortschrift auf die gerügten formellen Mängel verfügen. Auch die Beurteilung selbst kann sich zunächst auf diese formellen Mängel beschränken.

Ein wesentliches Institut des Behauptungsverfahrens ist die Vorbereitungsverhandlung vor dem Instruktionsrichter. Sie ist angezeigt, wenn der Instruktionsrichter die durch die Schriftsätze gegebenen Grundlagen als nicht genügend erachtet, um nach kurzem Hauptverfahren schon zum Urteil schreiten zu können. Der Richter erörtert «in

freier mündlicher Verhandlung» mit den Parteien den Streitfall. Er macht von seiner Richterpflicht Gebrauch, indem er insbesondere durch persönliche Einvernahme der Parteien den bestrittenen Tatbestand aufklärt und die nötigen Ergänzungen der Parteianbringen veranlaßt (so Bern 176 ZPO).

Diese Parteieinvernahme im Vorbereitungsverfahren ist nicht identisch mit dem Beweismittel des Parteiverhörs oder gar mit der förmlichen Beweisaussage, es ist also auch nicht das Parteiverhör im Sinne von Art. 63 des Entwurfes SCHWARTZ.

Das Vorbereitungsverfahren dient als Instrument im Behauptungsverfahren nicht der Beweisaufnahme. Mit Vorteil werden jedoch z.B. in Streitigkeiten zwischen Bauherren, Architekten oder Unternehmern – die in Bern einen übergroßen Anteil an den Instruktionen vor Obergericht ausmachen – Experten beigezogen oder ein Augenschein vorgenommen. Hier handelt es sich nicht um Beweismittel im engern Sinne.

Die Ansetzung der Hauptverhandlung erfolgt durch den prozeßleitenden Richter. Er trifft die Maßnahmen, die zu einer raschen Abwicklung des Prozesses notwendig sind.

3. Das Beweisstadium

Der Anfang überschneidet sich mit dem Behauptungsstadium: In der Hauptverhandlung – der Schriftwechsel ist seine Grundlage – haben zunächst die Parteien Gelegenheit, Ergänzungen zum Tatbestand anzubringen. Hatte der Beklagte die Antwortfrist versäumt und so keine schriftliche Antwort eingereicht, so ist er säumig und kann deshalb das nicht nachholen, was bereits im frühern Stadium hätte bewerkstelligt werden müssen. Versäumtes kann nicht nachgeholt werden, es sei denn auf dem Wege der Wiedereinsetzung. Sonst hätte der Beklagte die Möglichkeit, alle seine Einwendungen für die Hauptverhandlung aufzusparen, wodurch der Kläger einigermaßen in seinen Parteirechten beeinträchtigt werden könnte.

Die ersten Vorträge dienen wesentlich dazu, daß der Kläger zu den schriftlichen Antwortanbringen Stellung nimmt, was ihn allenfalls zu Berichtigungen seiner eigenen Anbringen oder zu Ergänzungen veranlassen kann. Es ist durchaus zweckmäßig, wenn in diesem Stadium noch Ergänzungen vorgebracht werden können, es ist aber auch notwendig, daß die in den Schriftsätzen genannten Beweismittel ergänzt werden können.

Erster Akt des Beweisstadiums ist der Beweisbeschluß. Er ist als eine prozeßleitende Verfügung nicht anfechtbar, aber jederzeit abänderlich, womit er dem sich ändernden Tatbestand oder auch besserer Einsicht, diese allenfalls nach Kritik durch die Parteianwälte zustandegekommen, angepaßt werden kann. Er hat auszugehen von den Behauptungen der Parteien und den Beweislastregeln des Art. 8 ZGB, allenfalls Regeln anderer Gesetze.

Der Prozeß nach dem Beweisbeschluß geht ohne Unterbrechung weiter, und zwar regelmäßig zum Parteiverhör, das im modernen Prozeßrecht eine hervorragende Stellung einnimmt. Dies zeigt richterliche Erfahrung tausendfältig. Parteien sind in dieser für sie außergewöhnlichen Situation in der Regel beide zur Zusammenarbeit mit dem Richter bereit und sie korrigieren vielfach die Parteibehauptungen in den Rechtsschriften. Der Richter hat die Parteien zur Wahrheit zu ermahnen und macht sie auf die Bedeutung des Parteiverhörs aufmerksam (vgl. Entwurf SCHWARTZ Art. 63).

Wenn nicht schon im Vorbereitungsverfahren, so ist bei der Einvernahme der Parteien im Parteiverhör, seltener auch im weitern Beweisverfahren Gelegenheit, die Parteien zu vergleichen. Dieser Aufgabe hat sich der Richter in jedem Stadium des Verfahrens zu unterziehen. BLOMEYER (Deutsches Zivilprozeßverfahren) meint im Abschnitt: «Die Aufgaben der Gerichte», die Beseitigung des Rechtsstreites durch Überzeugung der Parteien sei weitaus wertvoller als diejenige durch Entscheidung, welche nur stattfinden sollte, wenn die Parteien unversöhnlich blieben (l.c. S. 82). Ein

übermäßiger Druck auf die Parteien ist jedoch nicht statthaft. Diese sollen sich, wenn sie einem Vergleich zustimmen, trotzdem als Herren des Anspruches fühlen können, wobei sie sich vielfach als Verzichtende vorkommen, die um des lieben Friedens willen nachgegeben haben.

4. Das Urteilsstadium

Nach Abschluß der Beweisführung ist die Sache spruchreif: Der Richter läßt die Parteien bzw. die Anwälte plädieren. Parteien haben das Recht zu zweimaligem Vortrag. Hierauf geht das Gericht zur Fällung des Urteils über (Bern 200 und 201 ZPO). Beratung, Abstimmung und Eröffnung sollen öffentlich, zum mindesten parteiöffentlich, erfolgen, und zwar – wenn immer möglich – in Anwesenheit beider Parteien.

Zürich Entwurf GVG, § 147a, sieht unter dem Marginale «Gerichtsberichterstattung» vor, daß die Presse gehalten sei, Berichtigungsbegehren der Gerichte zur Gerichtsberichterstattung anzunehmen.

Im Entwurf § 146 GVG bestimmt Zürich, daß der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht dazu berechtige, von der Verhandlung Bild- oder Tonaufnahmen zu machen.

Letztere Bestimmung wird in den Erläuterungen (S. 156) damit begründet, daß die Persönlichkeit der Beteiligten und der Gang der Sitzung durch Bild-, Licht- oder Tonaufnahmen erheblich beeinträchtigt werden könnte.

Da die Öffentlichkeit des Verfahrens vor den Gerichten als Garantie der Unabhängigkeit der Rechtsprechung gedacht ist, sollte sie nicht zu billiger Sensation ausgenützt werden können. Es ist erwägenswert, diese Fragen im Sinne des zürcherischen Entwurfes für ein einheitliches Verfahren vorzumerken.

XI.

Säumnis und Säumnisurteil

1. Die Versäumung einer Prozeßhandlung durch eine Partei hat, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht, nur zur Folge, daß das Verfahren ohne diese weitergeht.

Bleibt eine Partei von einem Rechtstag aus, so wird dieser gleichwohl durchgeführt. Dabei sind:

a) bisheriges Anbringen der ausgebliebenen Partei zu berücksichtigen,

b) über – infolge Versäumung einer Rechtsschrift (z.B. Antwort) oder Ausbleiben am Termin unbestritten gebliebene – Anbringen der Gegenpartei nur Beweis zu führen, wenn Gründe vorliegen, an der Richtigkeit des Anbringens zu zweifeln (12 I und II BZP).

Damit wird für die Säumnis Abstandsfolge schlechthin ausgeschlossen.

Ähnlich ordnet Bern die Säumnis (Bern 283 ff. ZPO, für Säumnisurteil 206 ff. ZPO). Bleibt die zu verhörende Partei (im Parteiverhör) ohne Entschuldigung aus oder verweigert sie die Antwort, so ist der Richter befugt, eine ihr ungünstige Sachdarstellung anzunehmen (Bern 280 ZPO).

Bleiben beide Parteien aus, so fällt der Termin dahin. Der Richter fordert die Parteien zur Verantwortung auf; falls sie nicht angenommen wird, so kann der Rechtsstreit als nicht mehr hängig abgeschrieben werden; dabei sind die Kosten den Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen (BZP 12 V, Bern Art. 285 ZPO).

Für den Fall der Nichtleistung des Gerichtskostenvorschusses durch den Kläger ist Nichteintreten auf die Klage angedroht (vgl. BZP 5 II i.V. mit Art. 150/151 OG).

Bern stellt die Nichtleistung eines Kostenvorschusses nach zweimaliger Aufforderung dem Nichterscheinen einer Partei gleich. Vorschüsse für Beweismaßnahmen aller Art sind Voraussetzung zur Durchführung der Maßnahmen (Bern 286 ZPO).

Die säumige Partei ist zu einem weitern Termin vorzuladen; sie kann allerdings nichts nachholen, sie kann aber im weitern Verlauf des Verfahrens ihre Rechte ausüben (vgl. Leuch zu 286 ZPO N. 1).

Waadt kennt Säumnisfolgen für die Partei, die den Gerichtskostenvorschuß nicht bezahlt hat, für die Partei, die zur Verhandlung nicht erscheint, wenn sie persönlich geladen ist, und für die Partei, die nicht fristgemäß ihre Rechtsschriften einreicht (Waadt 90, 305 ff. und 275 ZPO).

Zürich sieht im schriftlichen Verfahren vor:

a) Es wird auf ergangene Androhung hin auf die Klage nicht eingetreten, wenn der Kläger keine gehörige Klagebegründung eingereicht hat (Entwurf § 128 II).

b) In gleicher Weise wird, wenn der Beklagte keine gehörige Antwort eingereicht, Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen. Das Gericht kann, wenn ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Behauptungen des Klägers bestehen, hierüber Beweis führen (Entwurf § 129 II).

Leistet in Zürich der Kläger oder Widerkläger die ihm auferlegte oder erhöhte Kaution nicht, so wird auf seine Klage nicht eingetreten (Entwurf § 75. Betreffend Kaution in Zürich vgl. oben S. 75 Z. 2). Das gleiche gilt für den Bundeszivilprozeß (Art. 5 Bundeszivilprozeß in Verbindung mit Art. 150 und 151 OG).

Erscheint eine Partei im mündlichen Verfahren nicht zur Hauptverhandlung, so wird eine neue Verhandlung angesetzt mit ausdrücklicher Androhung der Folgen wie oben erwähnt (§§ 128 und 129 Entwurf ZPO).

Für das Rechtsmittelverfahren gilt allgemein, daß Ausbleiben oder Nichtzahlung der verlangten Gerichtskostenvorschüsse (Bern sieht zweimalige Aufforderung vor) den Hinfall des Rechtsmittels zur Folge haben.

2. Die Wiederherstellung oder Wiedereinsetzung. Gegen die Folgen der Versäumung einer Frist oder eines Rechtstages wird Wiederherstellung gewährt, wenn der Säumige

oder sein Vertreter durch ein unverschuldetes Hindernis abgehalten war. Dabei muß innert 10 Tagen nach Wegfall des Hindernisses Wiederherstellung verlangt und im Falle der Fristversäumnis die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt worden sein. Das Hindernis ist glaubhaft zu machen (so BZP Art. 13). Meines Erachtens könnte diese Bestimmung ohne weiteres übernommen werden.

3. Parteien sind im Verfahren zur Diligenz verpflichtet. Es wird ihnen übrigens durch Fristansetzung zur Vornahme einer Handlung (z. B. Kostenvorschuß oder Antwortschrift) oder durch Ladung zu einem Termin ausdrücklich gesagt, was sie zu tun haben.

Die Androhung von Säumnisfolgen ist unerläßlich. Dies gilt vorab für den säumigen Beklagten, der durch seine Säumnis das Verfahren sabotieren möchte. Es gibt Prozesse auch mit höheren Streitwerten, in denen der Richter nichts vom Beklagten hört und ihn auch nie sieht. Dem Richter ist in diesem Fall nur unterbreitet, was der Kläger eingereicht hat. Es liegt auf der Hand, daß der Richter nur das zu beurteilen in der Lage ist, was ihm vorgelegt wird.

Ein Zeuge kann zwangsweise vorgeführt werden (BZP 44 Ziff. 2 i. f.; Entwurf Schwartz Art. 46, Bern 251 ZPO). Das gleiche gilt nicht für die Partei: Die Säumnisfolgen sind hier die angemessene Sanktion. Fragwürdig ist Säumnisfolge bei Nichtleistung des Kostenvorschusses durch den Beklagten (vgl. oben S. 76). Vom Kläger darf erst recht erwartet werden, daß er «seinen» Prozeß mit aller Sorgfalt führe.

Fraglich erscheint jedoch, ob ein einfaches Versehen oder Übersehen die strengen Säumnisfolgen rechtfertigen.

Für die Leistung des Gerichtskostenvorschusses durch die Partei, die den Richter anruft, dürfte eine zweimalige Aufforderung nötig erscheinen. Es sind der Partei auch nicht bloß die gesetzlichen Folgen anzudrohen, sondern es ist auch zu sagen, worin sie bestehen.

Für die Nichteinreichung einer Rechtsschrift sollte auf Gesuch des Säumigen eine kurze Nachfrist angesetzt werden

können, wenn glaubhaft gemacht würde, daß die Nichteinreichung aus Versehen geschehen sei. Es ist nicht zu befürchten, daß dies zur Trölerei führen würde: Sie würde sich nicht bezahlt machen. Die Kosten dieses Wiederherstellungsverfahrens hätte als Weiterung der Gesuchsteller zu tragen.

Das Ausbleiben im Termin kann aus purer Vergeßlichkeit erfolgen. Auch hier könnte, wenn ein bloßes Versehen glaubhaft gemacht werden könnte, eine Wiedereinsetzung ermöglicht werden, wobei das Gericht nach seinem Ermessen zu entscheiden hätte, wie weit die Wiedereinsetzung zu gehen hätte.

Hingegen sollte alle Strenge bleiben, wenn die Unterlassung nicht als versehentliche glaubhaft gemacht werden könnte. Das sind die Fälle, die durch die Säumnisfolge vorab getroffen werden sollten. Auch die Säumnisfolge im oberinstanzlichen Verfahren darf nicht gemildert werden; wer appelliert und den verlangten Kostenvorschuß nicht leistet oder zur Verhandlung weder persönlich erscheint noch sich vertreten läßt, von dem muß man annehmen, er habe die Appellation nur erklärt, um den Eintritt der Rechtskraft hinauszuzögern.

Bei allem Verständnis für die Raschheit, die das summarische Verfahren auszeichnet, muß doch vorzusehen sein, auch hier Wiederherstellung zuzulassen: Wenn der Gesuchsgegner in einer vorsorglichen Maßnahme vor Ablauf der Vernehmlassungsfrist z. B. infolge eines Unfalles völlig außerstande gesetzt ist zu handeln, ist nicht einzusehen, warum der Gesuchsteller hievon sollte profitieren können.

Für das mündliche Verfahren wäre allgemein vorzusehen, daß das Nichterscheinen des Klägers Nichteintreten zur Folge hätte und nicht etwa materielle Behandlung. Der Richter weiß in einem solchen Falle nicht, wie der Kläger seinen Anspruch begründen könnte, und er kann sich dieses Wissen auch nicht beim anwesenden Beklagten beschaffen, der es vielleicht auch nicht weiß. So besteht nicht der geringste

Anhaltspunkt zur Begründung der Klage[11]. Auf eine überhaupt nicht begründete Klage ist aber nicht einzutreten. Daß dies Kostenfolge haben müßte, liegt auf der Hand.

XII.

Das rechtliche Gehör, die Form der Verhandlung und die Unmittelbarkeit

1. Den Parteien ist gleiches und vollständiges rechtliches Gehör zu gewähren; dies ist unbestritten und in allen Prozeßordnungen anerkannt und anzuerkennen (über das rechtliche Gehör vgl. TINNER, Das rechtliche Gehör, ZSR 83 II, 1964, S. 265 ff.).

Die Garantie richtet sich gegen das richterliche Prozeßleitungsamt, und zwar auch gegen die materielle Prüfungs-

---

[11] Ein Beispiel aus der Praxis: Der Vermieter, der den Mieter nach Rückgabe der Mietsache für Schaden in der Höhe von über Fr. 900.– im mündlichen Verfahren eingeklagt hat, erscheint mit einer Verspätung von einer halben Stunde zur angesetzten (ersten) Hauptverhandlung. Der Richter hatte aber auf Begehren des Beklagten die Klage bereits beurteilt und abgewiesen. Zureichender Grund zur Wiedereinsetzung im Sinne der bern. Prozeßordnung bestand nicht. Der Richter hatte in Anwendung von Bern 295 ZPO (bleibt eine Partei aus, so wird die Klage auf Grundlage der Anbringen der anwesenden Partei beurteilt) die Klage, deren Begründung er nicht kennen konnte, abgewiesen. Mit dem hier untauglichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage konnte der Kläger auch oberinstanzlich nicht durchdringen.

Nach Waadt 305 ZPO hätte der Kläger nur säumig erklärt werden können, wenn er nach einstündiger Verspätung erschienen wäre.

Zürich Entwurf § 119 ZPO ist in solchen Fällen sehr weitherzig: Erscheint eine Partei nicht zur Hauptverhandlung, so wird eine neue Verhandlung angesetzt unter Androhung von Säumnisfolgen. Bleiben bei dieser Verhandlung der Kläger oder beide Parteien aus, so wird Rückzug der Klage angenommen (§ 128 I).

pflicht. Der Richter, der richtigerweise Beweise zu behaupteten Tatsachen auch von Amtes wegen beizuziehen hat, hat auch wichtige Beweisanerbieten der Parteien zu beachten (vgl. TINNER, l.c., S. 363), er hat aber auch ordnungsgemäß Behauptetes und Bewiesenes, soweit für die Beurteilung wesentlich, im Hinblick auf die rechtliche Subsumtion zu würdigen. Art. 136 OG gewährt gegen bundesgerichtliche Urteile die Revision (= Nichtigkeitsklage) u.a., wenn das Gericht in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen nicht berücksichtigt hat (lit. d l.c.).

Die Praxis des bernischen Obergerichtes nimmt Verweigerung des rechtlichen Gehörs im Sinne des Nichtigkeitsgrundes des Art. 359 Ziff. 3 ZPO nicht nur dann an, wenn eine Partei nicht vorschriftsgemäß zum Vortrag oder zur Vernehmlassung zugelassen wurde, oder wenn sie nicht Gelegenheit hatte, sich zu den von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen, soweit sie zur Begründung des Urteils dienen, zu äußern, sondern immer schon dann, wenn eine formelle Rechtsverweigerung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 BV vorliegt, z.B. wenn erhebliche Beweise nicht abgenommen worden sind (vgl. Plenum des Appellationshofes, Urteil vom 11. Januar 1957; ZbJV 94 S. 290).

2. Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens.

Die Trennung der Verfahren nach mündlichem und schriftlichem Verfahren ist von großer praktischer, weniger aber von besonders grundsätzlicher Bedeutung.

Reine Mündlichkeit liegt vor, wenn der Kläger sein Rechtsbegehren beim Richter anmelden oder auf der Gerichtskanzlei zu Protokoll geben kann, worauf Parteien zur mündlichen Verhandlung vorgeladen werden. Sie beginnt mit der Begründung durch den Kläger und endet mit der mündlichen Eröffnung des Urteils, welches ohne weitere schriftliche Verurkundung bleibt. Ein rein schriftliches Verfahren kommt vielfach im summarischen Verfahren vor, wo ein Schriftenwechsel stattfindet (Gesuch und Ver-

nehmlassung) und wo der Richter ohne weitere Parteiverhandlung zum Urteil schreitet, das erst durch Zustellung des Urteils schriftlich eröffnet wird.

Eine Verbindung beider Verfahrensformen findet statt, wo ein Schriftenwechsel die Grundlage des nachfolgenden mündlichen Hauptverfahrens bildet, wie etwa im bernischen Prozeß.

Der Grundsatz der Mündlichkeit ohne Schriftwechsel eignet sich nicht für die Durchführung wichtiger Prozesse mit großem Prozeßstoff. Die neuere Entwicklung der schweizerischen Gesetzgebung geht dahin, den Grundsatz der Mündlichkeit einzuschränken. Ein rein mündliches Verfahren ist allgemein nur für Prozesse mit niedrigem Streitwert vorgesehen (GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 397 III). Es ist anzunehmen, daß nur Prozesse mit niedrigem Streitwert bloß mündlich verhandelt werden. Da die Frage aber weitgehend mit der Gerichtsorganisation verknüpft ist, die den Kantonen zu verbleiben hat, besteht kein genügender Grund, hier bundesrechtlich einzugreifen.

Die Grundsätze des Verfahrens behalten auch bei reiner Mündlichkeit ihre Bedeutung. Dabei ist nicht zu übersehen, daß ihre praktische Durchsetzung beeinträchtigt wird, wenn die Tatsachenbehauptungen mündlich, vielfach durch die Partei ohne Anwalt schwerfällig und ungenau vorgetragen werden, wobei z. B. Bern die Mündlichkeit so weit gehen läßt, daß die Tatsachenbehauptungen der Parteien nicht einmal protokolliert werden. Es werden nur die Schlüsse der Parteien, die richterlichen Verfügungen, die Beweisergebnisse und das Urteil ohne seine Erwägungen zu Protokoll genommen (Art. 297 Abs. 3). Der Prozeßleiter macht üblicherweise seine Notizen über die Parteibehauptungen, klärt und ergänzt sie allenfalls durch die Parteieinvernahme wie im Vorbereitungsverfahren und erläßt dann die Beweisverfügung. Von der Güte seiner Notizen hängt es dann ab, ob er in einem allfälligen zweiten Termin noch weiß, was behauptet worden war. Darüber kann er sich durch das Parteiverhör oder durch die weitern Beweismaßnahmen wieder ins Bild setzen lassen.

In diesem Verfahren wird der Raschheit einiges geopfert; die Erfahrungen sind aber gut, denn dieser enge Kontakt des Richters mit den Parteien erleichtert ungemein die vergleichsweise Erledigung. So kann es geschehen, daß der Einzelrichter (Gerichtspräsident) bei 12 auf einen Tag angesetzten sog. Kompetenzgeschäften die volle Zahl durch Vergleich oder Abstand als erledigt abschreiben kann.

Die Protokollierung der Anbringen der Parteien würde einige Anforderungen stellen; sie fordern führt notwendigerweise zur Frage zurück, ob die Parteien nicht ihre Vorbringen selbst schriftlich abzugeben hätten.

3. Mit der Frage der Schriftlichkeit oder Mündlichkeit eng verbunden ist jene der Unmittelbarkeit des Verfahrens. Sie ist im mündlichen Verfahren im höchsten Grade erfüllt, insbesondere im Gerichtssaal des Einzelrichters. Sie stellt sich im übrigen für die Beweisführung einschließlich Parteiverhör. Wo die Beweisaufnahme unter Vorbehalt der Ergänzung vor einem Gesamtgericht im Vorbereitungsverfahren stattfinden soll (35 II BZP), ist die Unmittelbarkeit nicht voll gegeben. Wenn im Hauptverhandlungsverfahren das Gericht die Durchführung von Beweisaufnahmen dem Instruktionsrichter überläßt oder im Wege der rogatorischen Einvernahme einem «fremden» Richter überträgt, ist die Würdigung dieser Beweismittel niemals aus erster Quelle. Der Bundeszivilprozeß sieht vor, daß die Beweisführung aus der Vorbereitungsverhandlung auf die Hauptverhandlung verschoben werde, wenn die unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht aus besondern Gründen geboten erscheint (35 III BZP).

Bern, das alle Beweisaufnahmen auf die Hauptverhandlung verschiebt und insoweit zunächst die Unmittelbarkeit betont, sieht als Regel vor, daß die Beweisführung vor den Gerichten stattfinde, schwächt aber den Grundsatz sofort ab: «Das Gericht ist befugt, nach seinem Ermessen Beweisaufnahmen durch den Instruktionsrichter oder eine Abordnung aus seiner Mitte vornehmen zu lassen.» Leuch mahnt:

«Solche Delegation sollte wegen des großen Wertes unmittelbarer Beweisaufnahmen durch das Gesamtgericht die Ausnahme bilden» (Bern 199 ZPO und LEUCH N. 12 hiezu). Für den als einzige Instanz urteilenden Appellationshof wird in Bern 304 ZPO die Regel der Unmittelbarkeit überhaupt fallengelassen. Er entscheidet selbstherrlich, ob eine Beweisführung vor ihm oder dem Instruktionsrichter oder einer Abordnung aus der Mitte des Gerichtes stattzufinden hat, kann sie aber auch rogatorisch durch einen Gerichtspräsidenten ausführen lassen.

An sich wird der unmittelbare Eindruck z. B. einer Zeugeneinvernahme überschätzt. Bis der Richter eine bestimmte Zeugenaussage verwertet, ist ihm häufig nur mehr vage in Erinnerung, wie der Zeuge ausgesagt hat; dies entschwindet auch dem aufmerksamen Richter; was der Zeuge ausgesagt hat, steht im Protokoll. Die gute Protokollierung ist die bessere Stütze für die Beweiswürdigung in einem länger dauernden Prozeß als ein entschwindender Eindruck. Der Richter hat bei der Einvernahme den Zeugen auf die Probe zu stellen und das Protokoll soll dies wiedergeben. Für einen einheitlichen Prozeß ist entweder die Regelung des Bundeszivilprozesses (35 II und III BZP) zu übernehmen oder aber eine Ordnung, die die Beweisaufnahme als Ganzes in die Hauptverhandlung verweist. Hier wäre jedoch vorzusehen, daß das Parteiverhör vor dem gesamten Gericht durchgeführt werden sollte. Das Gericht versammelt sich zur Entgegennahme der Parteivorträge. Es soll mit dem Parteiverhör weiterfahren, denn der Eindruck, den die Parteien auf das Gesamtgericht machen, ist von allergrößter Bedeutung, weil das Verhalten einer Partei im ganzen Prozeß für die Würdigung ihrer Sachverhaltsdarstellung und für das Parteiverhör sich auswirken muß.

Es bleibt aber festzuhalten, daß auch die Frage der Unmittelbarkeit mit jener der Gerichtsorganisation zusammenhängt und eine Forderung, wie sie soeben erhoben wurde, in weitem Maße den bisherigen Ordnungen widersprechen würde. Es sei insbesondere auf Wallis verwiesen, das Fami-

lienrechtsstreitigkeiten (z.B. Scheidungen) durch das Kantonsgericht beurteilen läßt, nach vorangegangener Instruktion durch einen Einzelrichter (vgl. oben S.33 Ziff.4).

XIII.

Das summarische Verfahren

1. Das summarische Verfahren ist bundesrechtlich verlangt (vgl. z.B. Art.25 Ziff.2 SchKG). In diesem Verfahren gelten die Verfahrensvorschriften des ordentlichen Verfahrens nur insoweit, als die Natur und der Zweck der Summarietät es zulassen.

Was in das summarische Verfahren gehört, ist durch Gesetz zu bestimmen; es soll nicht eine wahlweise Anrufung möglich sein. Dieses Verfahren dient der Vollstreckung, der Anordnung bestimmter Maßnahmen aus dem Gebiet der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, der Anordnung vorsorglicher Maßregeln zum Schutze privatrechtlicher Ansprüche und der Erledigung einer großen Anzahl von Schuldbetreibungs- und Konkurssachen. Das Verfahren wird schriftlich oder mündlich eingeleitet; die Gegenpartei muß Gelegenheit zu schriftlicher oder mündlicher Vernehmlassung haben, das Beweisverfahren kann auch ohne Anwesenheit der Parteien durchgeführt werden und in der Regel genügt Glaubhaftmachung des Anspruches, da das Verfahren nicht der endgültigen Regelung einer privatrechtlichen Streitsache dienen soll.

Es erübrigt sich, hier auf Einzelheiten einzugehen. Die Gesetze enthalten zum Teil lange Listen der in diesem Verfahren zu behandelnden Rechtssachen. Das Verfahren wird vielfach durch die Art des Anspruches selbst diktiert (vgl. Bern 317ff. ZPO, Zürich Entwurf, insbesondere §§ 210–216 ZPO, ferner, in bezug auf die vorsorglichen Verfügungen 79ff. BZP, beispielhaft für einen einheitlichen Prozeß).

In bezug auf das rechtliche Gehör im summarischen Verfahren vgl. BGE 88 I 201.

2. Auch die vorsorgliche Beweisführung außerhalb des Prozesses ist bundesrechtlich vorzusehen zur Beweissicherung.

XIV.

Das Rechtsmittelverfahren

Der Entwurf SCHWARTZ regelt, und das wäre zu übernehmen, in den Art. 68 und 69 teilweise die formelle Rechtskraft, in den Art. 70–72 die materielle Rechtskraft.

Ob ein Kanton für einen bestimmten Rechtsfall ein oder zwei kantonale Instanzen zur Verfügung stellt, ist Sache seiner Gerichtsorganisation. Der Bund greift ausnahmsweise ein mit der Vorschrift einer einzigen kantonalen Instanz, wie z. B. bei den Bestimmungen über geistiges Eigentum (vgl. VOYAME, Droit privé fédéral et procédure cantonale, ZSR 80 II, 1961, S. 88), ferner durch das Kartellgesetz vom 20. Dezember 1962, Art. 7 und die Novelle zum Kranken- und Unfallversicherungsgesetz vom 13. März 1964 betreffend ein einziges kantonales Versicherungsgericht (vgl. S. 39). Anderseits gibt es bundesrechtliche Bestimmungen, die in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen eine Weiterziehungsmöglichkeit innerhalb des Kantons vorschreiben, so z. B. Art. 174 (betr. Konkursdekret) und Art. 185 SchKG (betr. kantonale Berufung gegen den Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung): hier muß der Weiterzug an eine obere kantonale Instanz möglich sein (Fristen von 10 resp. 5 Tagen), während in andern Fällen eine Weiterzugsmöglichkeit nur vorgesehen ist, wenn das kantonale Recht einen Instanzenzug kennt, so Art. 307 SchKG (Weiterzug des Entscheides über den Nachlaßvertrag). Allgemein wird aber in keiner Weise ein kantonaler Instanzenzug vorgeschrieben. Die Kan-

tone sehen denn auch vielfach eine einzige kantonale Instanz vor, so wo es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt, die durch Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden können (vgl. Bern 7 II ZPO). Auch die Handelsgerichte und die Gewerbegerichte urteilen regelmäßig in einziger kantonaler Instanz, was ihrer besondern Aufgabe entspricht. Bundesrechtlich zu fordern wäre aber ein außerordentliches Rechtsmittel, etwa im Sinne der Revision des Art. 136 OG, lit. a–d, vermehrt um die Gründe der nichtgehörigen Ladung, der Verweigerung des vollständigen rechtlichen Gehörs und der Willkür. Wo ein ordentliches Rechtsmittel bestünde, dürfte dieses den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des vereinheitlichten Rechts nicht widersprechen; es hätte auch die Geltendmachung aller Gründe der Revision zu ermöglichen.

XV.

Die Wiederaufnahme (neues Recht, Revision)

Sie ist im Entwurf Schwartz, Art. 73, vorgesehen und wäre auch in dieser Form in eine schweizerische ZPO aufzunehmen.

XVI.

Die adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen aus strafbarer Handlung im Strafverfahren

Sie tritt vor der eigentlichen Aufgabe des Strafverfahrens, von Amtes wegen strafbares Verhalten zu untersuchen und zu beurteilen, verfahrensmäßig völlig in den Hintergrund. Der Entwurf Schwartz setzt in Art. 20 die Möglichkeit der Adhäsionsklage voraus. Art. 210 des Bundesgesetzes über die

Bundesstrafrechtspflege läßt sie in Bundesstrafsachen zu, soweit vor den eidgenössischen Strafgerichten zu beurteilen, und übernimmt die Adhäsionsklage, soweit sie in den Kantonen zugelassen ist (Art. 248). Ist ein Zivilanspruch zusammen mit der Strafklage beurteilt worden, so kann durch Nichtigkeitsbeschwerde die Sache an den Kassationshof getragen werden, unter Ausschluß der Berufung.

Die Strafgerichte können den Zivilanspruch an den Zivilrichter verweisen, wenn die Beurteilung des privatrechtlichen Anspruchs besondere Schwierigkeiten bereitet; es kann auch bloß Schadenersatz dem Grundsatz nach zugesprochen und der Privatkläger zur Festsetzung der Höhe an den Zivilrichter verwiesen werden (vgl. Strafverfahren für den Kanton Bern, Art. 3 Ziff. 3).

Da die strafbare Handlung von Amtes wegen zu erforschen ist, gilt hier soweit die Verhandlungsmaxime auch nicht für den grundsätzlichen Zivilanspruch. Es kommt hier dem Geschädigten die Offizialmaxime des Untersuchungsverfahrens zugut, was allenfalls ein Grund sein kann, die Ansprüche aus strafbarer Handlung adhäsionsweise einzuklagen. Für die Höhe des Schadens allerdings hat die Zivilpartei die nötigen Behauptungen vorzutragen und dafür die Beweise zu offerieren.

XVII.

Die Schiedsgerichte

1. Schiedsgerichte sind von Privaten eingesetzte nichtstaatliche Gerichte. Sie werden gebildet auf Begehren von Privaten und sind bestimmt, über Ansprüche zu entscheiden, über welche die Parteien frei verfügen können. Schiedsgerichte beruhen

a) entweder auf einer Schiedsklausel, die in einem schriftlichen Vertrag oder in Statuten enthalten ist und vorsieht, daß Streitigkeiten, die zwischen den Beteiligten ent-

stehen könnten, durch Schiedsrichter beurteilt werden sollen;

b) oder auf einem schriftlichen Schiedsvertrag, durch welchen ein zwischen den Parteien bestehender und allenfalls auch schon rechtshängiger Streitfall einem Schiedsgericht zum Schiedsspruch übertragen wird.

Der Schiedsvertrag ist ein prozessualer Vertrag und wird als solcher vom kantonalen Prozeßrecht beherrscht (BGE 71 II 116, 179). Bei Übergang des Prozeßrechtes in die Kompetenz des Bundes wäre es Sache des Bundes, die Schiedsgerichtsbarkeit zu ordnen.

2. Anknüpfungspunkte zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Rechtspflege im weitesten Sinn sind einerseits Art. 61 BV über die Anerkennung außerkantonaler Urteile, wozu die Praxis auch die Schiedsgerichtsurteile zählt, sowie Art. 80 SchKG, der für die definitive Rechtsöffnung als Rechtsöffnungstitel Schiedsurteile den Urteilen staatlicher Gerichte gleichzustellen gestattet (vgl. z. B. BGE 81 I 325 und 326).

3. Eugen Huber (Recht und Rechtsverwirklichung, S. 349) betrachtet auch Vergleich und schiedsgerichtliche Erledigung eines Streites als Befolgung des Rechtes, und zwar aus eigener Initiative. «Schreiten die Beteiligten zu schiedsgerichtlicher Erledigung ihres Konfliktes, so liegt hierin bereits eine Annäherung an die Hilfe der Gemeinschaft...; auch da mag es wiederum das größere Interesse sein, das die Beteiligten zu einer derartigen Beseitigung ihres Interessenkonflikts führt und das Recht erfährt auch in solchen Fällen seine Verwirklichung ohne Hilfe der Gemeinschaft.»

Weniger optimistisch über die Rechtsverwirklichung durch die Schiedsgerichte war Franz Klein, der Schöpfer der österreichischen ZPO von 1895. In seinen Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses (Wien 1900, S. 15) betrachtet er es als Wertmaßstab für «seine» Zivilprozeßordnung, ob

eine weitere Ausdehnung der Schiedsgerichtsbarkeit zu befürchten sei. Die genannte Ordnung verbietet es den richterlichen Beamten, solange sie im Amte sind, die Bestellung als Schiedsrichter anzunehmen (§ 578 ö. ZPO), und bezeichnet einen Schiedsspruch, wenn das Gericht entgegen dieser Bestimmung zusammengesetzt war, als wirkungslos (nichtig) (vgl. § 595 Ziff. 3 ö. ZPO).

Die Gründe zur Bestellung eines Schiedsgerichtes sind so mannigfach, daß es nicht denkbar ist, die Schiedsgerichtsbarkeit zu beschränken. Da Schiedsurteile, soweit sie vollstreckt werden müssen, und das trifft insbesondere für solche auf Geldzahlung zu, der Mitwirkung staatlicher Behörden bedürfen, hat letzten Endes der Staat die Institution und ihre Voraussetzungen zu ordnen.

4. Aus den kantonalen Ordnungen, die wir zur Rechtsvergleichung besonders beigezogen haben, ergibt sich folgendes buntes Bild:

Bern ordnet die Schiedsgerichte im Abschnitt V, 380–396 ZPO. Anwendbar sind die Vorschriften Bern 10 und 11 ZPO über Ausstand und Ablehnung; Streitigkeiten über die Gültigkeit des Schiedsvertrages oder der Schiedsklausel, über die Bildung des Schiedsgerichtes und über die Ablehnung eines Schiedsrichters entscheidet der staatliche Richter im summarischen Verfahren mit Möglichkeit der Weiterziehung an den Appellationshof, wenn die Streitsache als solche den Betrag von Fr. 1000.– erreicht oder übersteigt. Gegen den Schiedspruch ist die Appellation an das staatliche Gericht ausgeschlossen, hingegen Nichtigkeitsklage zulässig, wenn kein Schiedsvertrag vorhanden war, wobei Einlassung bei fehlendem Schiedsvertrag ohne Bedeutung bleibt, oder wenn die Grenze des Schiedsvertrages überschritten wurde, wenn der Schiedsvertrag nichtig oder erloschen war, wenn das Urteil nur von einem Teil der Schiedsrichter erlassen wurde und wenn an der Ausfällung ein Schiedsrichter teilgenommen hat, der ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Rechtsstreites hatte. Soweit handelt es sich um Nichtigkeitsgründe,

die sich aus der Natur des Schiedsvertrages ergeben. Ferner ist Nichtigkeitsklage, wie gegen das Urteil eines staatlichen Gerichtes zulässig bei Verweigerung des vollständigen Gehörs, Zuspruch von mehr als verlangt, bei mangelnder Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten und wenn es sich überhaupt nicht um die Erledigung einer Zivilstreitsache gehandelt hatte.

Der Staat behält sich somit eine gewisse Aufsicht vor, Parteien können sich auch gegen einen Schiedsrichter beschweren, doch sind keine Disziplinarmaßnahmen zulässig. Der Schiedsrichter hat keine Zwangsgewalt und keine Disziplinarbefugnis. Erscheinen geladene Zeugen nicht, so sind sie durch den staatlichen Richter abzuhören. Wenn nötig ernennt dieser auch für den Schiedsrichter den (widerspenstigen) Experten und verfügt Edition von Urkunden, die das Schiedsgericht gütlich nicht erlangen kann.

Die Schiedsrichter haben ihr Urteil grundsätzlich nach der Strenge des Rechts zu fällen (Bern 388 I ZPO). Vorbehalten sind jedoch abweichende Bestimmungen des Schiedsvertrages (Bern 388 III ZPO). Die schiedsgerichtlichen Urteile werden wie richterliche Urteile vollstreckt (Bern 396 ZPO).

Waadt (425–442 ZPO) läßt Streitigkeiten über die Gültigkeit oder Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ebenfalls durch den staatlichen Richter entscheiden, ebenso Rekusationen, sowie Ernennungen von fehlenden Richtern. Dem Schiedsrichter steht keine Amtsgewalt (autorité) zu, er steht unter der Aufsicht des Kantonsgerichts, das Bußen bis zu Fr. 1000.- auferlegen kann, wenn ein Schiedsrichter zu Unzeit demissioniert oder wenn der Schiedsspruch schuldhafterweise nicht innert gesetzter Frist erfolgt (Waadt 442 ZPO).

Waadt 449 ZPO gibt die Nichtigkeitsklage gegen Schiedsurteile, insbesondere auch, wenn wesentliche Formen jeden Urteils verletzt worden sind, insbesondere, wenn das Dispositiv unvollständig oder unverständlich ist oder im Widerspruch steht zu den Urteilserwägungen (Ziff. 3), sowie wenn das Gesetz willkürlich angewendet wurde (Ziff. 5).

Diese beiden letztgenannten Gründe sind besonders erwägenswert für ein einheitliches Prozeßrecht.

Waadt und Bern stimmen weitgehend in der Stellung zu den Schiedsgerichten überein.

Zürich ordnet im Entwurf die Schiedsgerichtsbarkeit sehr einläßlich in den §§ 235–255.

Einlassung vor Schiedsgericht ist verbindlich (§ 237). Das Schiedsgericht entscheidet selber, auch wenn die Gültigkeit der Schiedsabrede in Frage steht, über seine Zuständigkeit: Gegen seinen Entscheid ist Rekurs an das Obergericht zulässig. Über Ausstand entscheidet das Obergericht. Die Schiedsrichter unterstehen der Disziplinaraufsicht des Obergerichtes, das Ordnungsbußen auferlegen oder Schiedsrichter abberufen kann (§ 242 II). Das Schiedsgericht kann auch vorsorgliche Maßnahmen im Rahmen des hängigen Streites treffen. Es hat ein Protokoll gemäß den Vorschriften über die ordentlichen Gerichte zu führen. Disziplinarmaßnahmen muß das Schiedsgericht durch das Bezirksgericht aussprechen lassen.

Das Schiedsgericht hat nach materiellem Recht zu entscheiden, es kann aber auch ermächtigt werden, nach Billigkeit zu urteilen.

Gegen Schiedsurteile sind sowohl Nichtigkeitsbeschwerde als auch Revision zulässig. Wenn das Schiedsgericht ermächtigt war, nach Billigkeit zu entscheiden, so kann auch wegen Willkür Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden (§ 252). Die Erläuterungen hiezu (S. 96) sagen, zum Schutze gegen Willkür sei hier die Anfechtungsmöglichkeit besonders nötig (vgl. gegenteilige Ordnung unten S. 131). Von den 3 erwähnten Ordnungen halten Bern und Waadt mehr Distanz zu den Schiedsgerichten.

5. Der Entwurf Schwartz, Art. 24, ordnet den Gerichtsstand des Schiedsgerichtes. Es ist dies der Ort, wo das Schiedsgericht nach dem Schiedsvertrag oder Schiedsklausel seinen Sitz hat; mangelt es an einer solchen Vereinbarung, so bestimmen die Schiedsrichter den Sitz; unterläßt dies das

Schiedsgericht, so ist es der Ort nach den allgemeinen Gerichtsstandsbestimmungen.

6. Ermuntert durch die Vorträge am schweizerischen Juristentag 1961 und die Resolutionsentwürfe steht zur Zeit auf Initiative westschweizerischer Kantone ein Vorentwurf für ein interkantonales Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, datiert vom 27. März 1968, in Diskussion. Der Entwurf ist bezeichnet als Entwurf der Konferenz kantonaler Justizdirektoren.

Die wichtigsten Bestimmungen sind:

a) Der Sitz des Schiedsgerichtes: Der Text stimmt praktisch wörtlich überein mit Art. 24 des Entwurfes SCHWARTZ (s. oben Ziff. 5).

b) Das obere ordentliche Zivilgericht des Sitzkantons ist die zuständige richterliche Behörde zur Ernennung der Schiedsrichter anstelle der Parteien, zur Entscheidung über Ablehnung und Abberufung von Schiedsrichtern und deren Ersetzung, zur Verlängerung der Amtsdauer der Schiedsrichter, zur Durchführung der vom Schiedsgericht angeordneten Maßnahmen sowie zur Entgegennahme der Hinterlegung der Schiedsurteile und ihre Zustellung an die Parteien. Jenes Gericht ist auch Rechtsmittelinstanz für Nichtigkeitsbeschwerden und Revisionsgesuche. Einen Teil dieser Funktionen kann es delegieren, bleibt aber auch hiefür Briefkasten.

Das Schiedsgericht befindet selber über seine Zuständigkeit durch Zwischenentscheid, der mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann, wobei als Begründung genügt, daß sich die Schiedsrichter zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt haben. Die Amtsdauer der Schiedsrichter ist auf 6 Monate beschränkt, wenn Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben; Verlängerungen sind möglich durch das staatliche Gericht, auch gegen den Widerstand einer Partei. Die Ablehnung erfolgt nach den Bestimmungen des OG; jeder Schiedsrichter kann überdies durch schriftliche Vereinbarung der Parteien abberufen werden.

c) Das Verfahren wird von den Parteien vereinbart, durch das Schiedsgericht festgesetzt oder ist jenes des Bundeszivilprozesses (sinngemäß) (hier käme ein Schiedsgericht wohl in Nöte wegen der Beweissammlung und Führung durch den Instruktionsrichter im Vorbereitungsverfahren, was auch nicht «sinngemäß» auf das Schiedsgerichtsverfahren zu übertragen wäre).

Das Verfahren hat die Gleichbehandlung zu gewährleisten und den Parteien zu ermöglichen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel tatsächlicher und rechtlicher Natur vorzubringen.

d) Art. 29 jenes Entwurfes bestimmt, daß das Schiedsgericht nach den Regeln des anwendbaren Rechtes entscheide, es sei denn, die Parteien hätten in der Schiedabrede das Gericht ermächtigt, nach Billigkeit zu urteilen. Der Entwurf verbietet bei Folge der Nichtigkeit eine Schiedsabrede, wonach die Beiziehung von Juristen im Schiedsverfahren, sei es als Richter oder Sekretär oder aber als Parteivertreter ausgeschlossen sei (Art. 14).

Warum dies nicht zulässig, sondern gesetzwidrig oder unsittlich sein soll in Verhältnissen, wo Parteien ihrerseits den staatlichen Rechtsgang ausschließen dürfen, ist unverständlich. In einzelnen staatlichen Verfahren (z. B. vor Gewerbegericht) ist vielfach von Gesetzes wegen der Beizug von Anwälten ausgeschlossen; wenn aus Gründen sozialer Rücksichtnahme im Hinblick auf Kosten ein Ausschluß möglich ist, so sollte eine im Rahmen der Vertragsfreiheit vereinbarte Einschränkung gleicher Tendenz nicht nichtig sein können.

Der Entwurf sieht im übrigen als Rechtsmittel Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 34 ff.) und Revision (Art. 38 ff.) vor.

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann auch damit begründet werden, der Schiedspruch sei willkürlich, weil er in tatsächlicher Hinsicht auf offensichtlich aktenwidrigen Feststellungen beruhe oder weil er eine offenbare Rechtsverletzung enthalte, es sei denn, daß die Schiedsrichter befugt waren, nach Billigkeit zu entscheiden (vgl. die gegenteilige Ordnung im Entwurf Zürich, § 252, oben S. 129). Die Schiedsrichter

setzen ihre Honorare im Urteil selbst fest, obwohl sie in diesem Punkte selbst Partei sind; die Höhe der Honorare kann allerdings Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein.

7. Außer den bereits kritisierten Punkten ist insbesondere die Ermächtigung zu rügen, das Urteil nach Billigkeit zu fällen anstatt nach strengem Recht. Dies ist keinesfalls zuzugestehen; es kann dies niemand zugestehen. Die Dispositionsbefugnis der Parteien bezieht sich nur auf die Verfügung über einen Anspruch, nicht aber auf Verfügung über die Rechtsordnung. «Der Richter, dem nach Billigkeit zu urteilen aufgetragen ist, kommt mit seinen eigenen Wertmaßstäben nicht weit. ... Die Unterscheidung in Billigkeit und Gesetz ist im Grunde ein Ärgernis. Sie ist eng verwandt mit der andern vom Juristenwort und dem gesunden Menschenverstand... Mitleid erweckt, wer nicht zu begreifen vermag, daß Justiz nach dem gesunden Menschenverstand die Ziehmutter der Willkür und Rechtslosigkeit ist...» (Kummer, Rezension zu Kessler: Die Bindung des Schiedsrichters an das materielle Recht, ZbJV 102, S. 39/40; vgl. auch Liver, Rezension, ZbJV 101, S. 290 oben).

Eine Berufung auf Art. 4 ZGB ist abwegig. Diese Bestimmung verweist auf den Entscheid nach Recht und Billigkeit, aber ausdrücklich nur dort, wo das Gesetz als Ausnahme die Rechtsfolge nicht abschließend regelt, sondern den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist. Die Normen des Gesetzes selbst sind auch für das freie Ermessen nicht übersteigbar (Kleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, S. 145). Das Ermessen beginnt überhaupt erst, wo aus dem positiven Recht nicht genügend Anhaltspunkte sich entnehmen lassen. Auslegung des positiven Rechts nach seinem Sinn und Zweck bildet die Schranke, innert welcher das Ermessen aufgrund selbständiger Wertung zu bestätigen ist (Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 350). Ermächtigung zur Billigkeitsentscheidung schlechthin ist Außerkraftsetzung der Privatrechtsordnung. Es ist

auch nicht einzusehen, wie ein Entscheiden nach Billigkeit, womit Unkenntnis des Gesetzes von vornherein entschuldigt ist, durch ein Rechtsmittel überprüfbar wäre. Es fragt sich, was die Garantien des Verfahrens (vollständiges rechtliches Gehör usw.) für einen Sinn haben sollen, wenn der Richter nicht vor allem verpflichtet ist, nach dem zudienenden Recht zu entscheiden, so gut er kann[12].

8. Der Staat darf die Kontrolle über die Schiedsgerichtsbarkeit nicht vernachlässigen: Wenn er Schiedsgerichtsurteile staatlichen Urteilen gleichstellt, so kann er, zur Wahrung der Rechtsordnung, nicht umhin, auch von der Schiedsgerichtsbarkeit Garantien für eine Rechtspflege ohne Willkür zu verlangen. Er tut dies schon damit, daß die Ausschließungs- und Ablehnungsgründe des staatlichen Verfahrens in aller Strenge auch für Schiedsrichter anzuwenden sind. Es besteht eine ausgesprochene Tendenz, insbesondere in sog. internationalen Schiedsgerichten, sich von jeder staatlichen Einmischung oder Kontrolle freizuhalten (vgl. hiezu Klein, «Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens», in Festgabe der Universität Basel und des Basler Juristenvereins zum schweiz. Juristentag 1963, S. 152). Schon mit Rücksicht darauf, daß die Bindung an ein Territorium vielfach ohne jede Beziehung zu ihm möglich ist durch die Sitzbestimmung, scheint es richtig, diese sich als schweizerische Schiedsgerichte präsentierenden Einrichtungen privater Abmachung bundesrechtlich zu regeln, womit schon der Entwurf Schwartz mit der Festsetzung eines schweizerischen Gerichtsstandes des Schiedsgerichtes den Anfang gemacht

---

[12] Im Gegensatz zum Verzicht auf Appellation ist Verzicht auf Nichtigkeitsklage vor dem Urteil angesichts der Natur der Nichtigkeitsgründe nicht zulässig (Leuch, Vorbem. zu 359ff. bern. ZPO, S. 334 Mitte). Bei den Nichtigkeitsgründen handelt es sich um die Garantien, die jedes Verfahren gewährleisten muß. Solche Garantien hat auch das Schiedsverfahren zu gewährleisten mit Rücksicht auf die Gleichstellung in der Vollstreckung mit den staatlichen Urteilen.

hat. Ein Konkordat ist hier kein taugliches Instrument, weil es die Rechtszersplitterung nur im Rahmen der Konkordatskantone mildert.

9. Der Bundesgesetzgeber hat schon Gelegenheit genommen, die Unterstellung unter ein Schiedsgericht zu beschränken.

Im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 wird in Art. 1 III gesagt: «Bestimmungen über die Beurteilungen von Streitigkeiten durch Schiedsgerichte können nicht allgemein verbindlich erklärt werden.»

Im Bundesgesetz über die Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 wird durch Art. 15 die Schiedsgerichtsbarkeit unter den Kartellmitgliedern eingeschränkt. Danach sind Verträge oder Beschlüsse, welche die Beurteilung künftiger Streitigkeiten über die Entstehung, Gültigkeit und Beendigung von Kartellverpflichtungen oder über Maßregelungen gemäß Art. 14 einem Schiedsgericht übertragen, nichtig, wenn sie nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfall beim ordentlichen Richter zu klagen oder binnen 30 Tagen seit der Zustellung der Klage die Entscheidung durch den ordentlichen Richter zu verlangen. Nach Abs. 3 der gleichen Bestimmung gilt diese Einschränkung nicht für Verträge oder Beschlüsse, an denen Parteien mit Wohnsitz im Ausland beteiligt sind, sofern die Beurteilung von Streitigkeiten durch ein internationales Schiedsgericht vorgesehen ist.

Wenn in internationalen Verhältnissen die Beurteilung nach Billigkeit vorgesehen ist, so hat sie für das schweizerische Recht nicht die gleiche Bedeutung, wie wenn es für eigene Rechtsgenossen gälte. Wenn für Streitigkeiten aus privaten Investitionen in Entwicklungsländern ein Schiedsgericht vorgesehen ist, welches nach Billigkeit zu entscheiden hat, so doch offensichtlich darum, weil in diesen Verhältnissen der Entscheid nach Billigkeit mehr Garantien bietet als die Anwendung eines rudimentären nationalen

Rechtes des Entwicklungsstaates. Dies auf unser Land zu übertragen, ist in keiner Hinsicht berechtigt.

Zusammenfassung

Die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßverfahrens im Sinne bundesrechtlicher Kompetenz und Regelung ist nach sachlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, nämlich danach, ob die Vereinheitlichung der Verwirklichung des einheitlichen Rechts besser dient und ob sie von hier aus wünschenswert ist.

Schon lange vor der vollen Einheit des Zivilrechts war ein Teil des Prozeßrechts im weitern Sinne, nämlich die Vollstreckung von auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautenden Ansprüchen bundesrechtlich geregelt durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

Die direkten Forderungen der Vorschriften des Zivilrechts an das Verfahren einerseits, die Garantien der BV andrerseits wirken sich derart aus auf die kantonale Gesetzgebungskompetenz in bezug auf das Prozeßverfahren, daß sie weitgehend als eingeschränkt bezeichnet werden muß.

Der Bundeszivilprozeß von 1947 bietet die Grundlage für ein auch vor den kantonalen Gerichten einzurichtendes Verfahren. Änderungen und Ergänzungen ergeben sich aus den verschiedenen Zwecken: in den wesentlichen Grundzügen hat der Bundeszivilprozeß als Wegleitung zu dienen.

Ein schweizerischer Zivilprozeß soll ein einfach zu handhabendes, von überholtem Formalismus befreites Instrument sein, das Zusammenarbeit ist zwischen Parteien, die weiterhin zu begehren, zu behaupten und zu beweisen haben, und dem Richter, der den Prozeß leitet und zur Aufklärung verpflichtet ist.

Den Kantonen hätte die Organisation als ihre eigentliche Sphäre sowie die Rechtsprechung zu verbleiben.