

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: 107 (1988)

Artikel: Probleme des Rechtsschutzes

Autor: Martin, Pierre

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895927>

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: 16.09.2025

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

Probleme des Rechtsschutzes

Referat von Dr. iur. PIERRE MARTIN

Bezirksrichter, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	9
Abkürzungen	15
Einleitung	17
1. Allgemeines	17
2. Beschränkung auf das erstinstanzliche Zivilverfahren	18
3. Gesichtswinkel des Rechtsuchenden	18
4. Aufbau der Arbeit	18
Erster Teil: <i>Recht und Rechtsverwirklichung</i>	21
I. Allgemeines	21
II. Rechtsverwirklichung im Zivilprozeß	21
1. Begriffliches	21
2. Ziel und Zweck des Zivilprozesses	22
3. Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht	23
III. Zivilprozeßrecht und Gesellschaftsordnung	23
1. Rechtsverwirklichung im liberalen Rechtsstaat	24
a) Das liberale Wirtschaftsrecht	24
b) Der liberale Zivilprozeß	25
c) Kritik	26
2. Rechtsverwirklichung im modernen Wohlfahrts- und Sozialstaat	26
a) Das moderne Wirtschaftsrecht	26
b) Der soziale Zivilprozeß	27
c) Kritik	29
IV. Schranken der Rechtsverwirklichung	30
Zweiter Teil: <i>Schranken der Rechtsverwirklichung</i>	33
I. Allgemeines	33
II. Rechtswegsperrern	34
1. Außergerichtliche Barrieren (Zugangsbarrieren)	34
a) Fehlende Wahrnehmung von Rechtsproblemen	34
b) Fehlende Rechtskenntnisse	35
c) Fehlende Wahrnehmung rechtlicher Lösungsmöglichkeiten	36
d) Schwellenangst	36
e) Sprachbarrieren	37

f) Strukturelles Übergewicht des Gegners	37
g) Kostenbarriere	39
2. Gerichtliche Barrieren (Erfolgsbarrieren)	39
a) Fehlende Rechtskenntnisse.	39
aa) Einschränkungen des Grundsatzes «iura novit curia» . .	39
bb) Verhandlungs- und Dispositionsmaxime.	41
b) Sprachbarrieren	42
c) Verfahrensdauer	43
d) Strukturelles Übergewicht des Gegners	44
e) Kostenbarriere	45
III. Kostenbarriere im speziellen	45
1. Allgemeines	45
2. Zur Terminologie	46
3. Funktion der Kosten.	47
4. Außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten	47
a) Begriff	47
b) Kostentragung	48
5. Prozessuale Rechtsverfolgungskosten.	49
a) Begriff	49
b) Kostentragung	49
6. Aufhebung der Kostenbarriere durch unentgeltliche Prozeß- führung und Verbeiständung?	50
a) Allgemeines	50
b) Mängel des geltenden Armenrechts.	50
aa) Kein außergerichtliches Armenrecht	50
bb) Problematische Anspruchsvoraussetzungen des Armen- rechts	51
cc) Kostenrisiko im Unterliegensfalle	52
dd) Weitere Mängel des geltenden Armenrechts	52
c) Fazit.	52
IV. Grenzen der Rechtsdurchsetzung	53
1. Grenzen der Problemlösungsfähigkeit des Rechts	53
a) Grenzen der Mobilisierung von Recht.	53
b) Grenzen der Regulierungsfähigkeit des Rechts.	53
2. Ressourcenknappheit	54
 Dritter Teil: <i>Optimalität des Rechtsschutzes</i>	 57
I. Allgemeines	57
II. Optimalität des außergerichtlichen Rechtsschutzes	57
1. Reine Rechtshilfe oder Rechtshilfe als Sozialhilfe?	58
2. Rechtsschutz durch Sozialhilfe auf dem Gebiete des Rechts	59
3. Rechtsschutz durch Rechtsberatung.	61
a) Rechtsberatung durch die Anwaltschaft	62
aa) Angebot	62
bb) Lücken	62
cc) Verbesserungsmöglichkeiten	63
b) Rechtsberatung durch andere privatrechtliche Organisa- tionen.	63
aa) Angebot	63
bb) Lücken	64

cc) Verbesserungsmöglichkeiten	65
c) Rechtsberatung durch die Gerichte	65
aa) Angebot	65
bb) Lücken	65
cc) Verbesserungsmöglichkeiten	65
4. Rechtsschutz durch Rechtsschutzversicherungen	66
a) Angebot	66
b) Lücken	66
c) Verbesserungsmöglichkeiten	67
5. Fazit	68
III. Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes	69
1. Drei wichtige Verfahrensziele	69
a) Objektivität des Verfahrens	69
b) Prognostizierbarkeit des Verfahrens	69
c) Zeitangemessenheit des Verfahrens	70
d) Verhältnis der Ziele untereinander	70
2. Mittel zur Erreichung der Objektivität	71
a) Einführung des Anwaltszwanges?	71
b) Einschränkung der Dispositionsmaxime durch Erleichterung der Klageeinleitung	73
aa) Einzelne Maßnahmen zur Erleichterung der Klageeinleitung	73
bb) Zur Verbandsklage	74
c) Einschränkung der Verhandlungsmaxime zugunsten eines erweiterten Untersuchungsgrundsatzes im Sinne der richterlichen Objektivitätskontrolle	76
d) Ausweitung der richterlichen Fragepflicht	79
aa) Richterliche Befragung	80
bb) Aufforderung, Anweisung an die Parteien	82
e) Entbindung der Parteien von Rechtskenntnissen	83
aa) Richterliche Aufklärungspflicht	83
bb) Befreiung der Parteien von der Pflicht zur rechtlichen Begründung von Rechtsmitteln	85
cc) Dispensation der Parteien von der bestimmten Antragstellung	86
f) Weitere Mittel zur Erreichung der Objektivität des Verfahrens	86
3. Mittel zur Erreichung der Prognostizierbarkeit	87
a) Überschaubarkeit der Prozeßwege	87
b) Überschaubarkeit der Zuständigkeitsordnung	88
c) Voraussehbarkeit der Anwendung des unbestimmten materiellen Rechtes	89
d) Verhältnis der Prognostizierbarkeit zur Objektivität	89
4. Mittel zur Erreichung der Zeitangemessenheit	90
a) Im Verfahrensrecht liegende Mittel	90
aa) Prozeßbeschleunigung durch konzentrierte Prozeßführung	90
bb) Bevorzugung des mündlichen Verfahrens	91
cc) Kombination von schriftlicher Vorbereitung und mündlichem Hauptverfahren	92
dd) Konzentration des Beweisverfahrens	93
ee) Urteilsfällung unmittelbar im Anschluß an die letzte Verhandlung	93

ff) Einschränkung der Rechtsmittel	94
b) In der formellen Prozeßleitung liegende Mittel	95
c) Grenzen der Prozeßbeschleunigung	96
5. Zum vorsorglichen Rechtsschutz	97
a) Allgemeines	97
b) Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes	98
aa) Regelung der Obhut über die Kinder während der Dauer eines Prozesses über die Abänderung eines Scheidungs- urteils	99
bb) Vorsorgliches Verbot, eine bestimmte Behauptung über eine Person zu verbreiten.	99
cc) Zur Gegendarstellung im Sinne von Art. 28 gff. ZGB (Exkurs)	100
aaa) Abgrenzung zum vorsorglichen Rechtsschutz . . .	100
bbb) Zur Gegendarstellung und ihrem Verfahren	101
6. Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes durch Vereinheitli- chung des Zivilprozesses in der Schweiz?	102
7. Beitrag des Richters zur Optimalität des gerichtlichen Rechts- schutzes	104
IV. Aufhebung der Kostenbarrieren	105
1. Mittel zur Aufhebung der außergerichtlichen und der gerichtli- chen Kostenbarrieren	105
a) Vom Armenrecht zur Verfahrenshilfe	105
aa) Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten . . .	106
bb) Verzicht auf Prüfung der Erfolgsaussichten	108
cc) Volles Honorar für anwältliche Tätigkeit	108
dd) Verfahrenshilfe und Kostenerstattungspflicht	109
ee) Verzicht auf Rückerstattung	110
ff) Finanzielle Auswirkungen der Verfahrenshilfe	110
b) Einführung einer allgemeinen, obligatorischen Rechts- schutzversicherung	111
2. Mittel zur Aufhebung der gerichtlichen Kostenbarriere	113
a) Unentgeltlichkeit der Rechtspflege	114
aa) Uneingeschränkter Nulltarif	114
bb) Eingeschränkter Nulltarif	115
b) Beteiligung der obsiegenden Partei an die Kosten.	118
aa) Belastung der obsiegenden Partei mit den eigenen Par- teikosten	119
bb) Aufteilung der Kosten zwischen der obsiegenden und der unterliegenden Partei	120
c) Herabsetzung des Streitwertes im Einzelfall	121
3. Fazit	123
Vierter Teil: <i>Alternativen in der Ziviljustiz</i>	125
I. Allgemeines	125
1. Gründe für den Anstieg der als Rechtsstreit ausgetragenen Konflikte	126
2. Prozeßflut und Ressourcenknappheit	128
3. Schranken der Ausdehnung der Ziviljustiz	129
4. Suche nach Alternativen in der und zur staatlichen Ziviljustiz . .	130

II. Alternativen innerhalb der Ziviljustiz	131
1. Vergrößerung des Angebotes	131
a) Personelle und sachliche Mittelvermehrung	131
b) Interne Effizienzsteigerung	132
2. Nachfragenbeschränkungen	133
a) Kostenerhöhung	133
b) Ressourcenschonende Arbeitsteilung zwischen Staat und Parteien	134
c) Einschränkung des Rechtsschutzes für Bagatellstreitigkeiten	135
d) Einschränkung der Rechtsmittel	136
3. Erledigung des einzelnen Prozesses mit weniger Aufwand	137
a) Verkleinerung der Spruchkörper	137
b) Einschränkung der Begründungspflicht	138
c) Förderung der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites	138
4. Rechtsschutz und Prozeßvergleich	139
a) Vergleich und Prozeßzwecke	139
b) Möglichkeiten und Grenzen der Streitbeilegung durch Vergleich	140
c) Die Legitimität des gerichtlichen Vergleiches und seines Verfahrens	143
aa) Verhältnis von materieller Rechtslage und Vergleichsvorschlag	143
bb) Verfahrensrechtliche Rechtsbindung	145
d) Fazit	146
III. Alternativen außerhalb der Ziviljustiz	147
1. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Schlichtungsstellen	147
a) Allgemeines	147
b) Unabhängigkeit der Schlichtungsstellen	148
c) Gesetzliche Regelungen über Schlichtungsstellen?	148
2. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Schiedsgerichte	149
a) Allgemeines	149
b) Bedeutung der Schiedsgerichte	150
c) Rechtsschutz durch Schiedsgerichte	151
d) Schiedsgerichte als Alternative zu den ordentlichen Zivilgerichten?	152

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten, hauptsächlich verwendeten Schriften werden in den Anmerkungen in abgekürzter Form zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

- ADAMS, MICHAEL. Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Frankfurt 1981 (zit. ADAMS, Ökonomische Analyse).
- Eine wohlfahrtstheoretische Analyse des Zivilprozesses und der Rechtsschutzversicherungen, ZSR 102 (1983) I, S. 187 ff. (zit. ADAMS, Wohlfahrtstheoretische Analyse).
- ADAMS, MICHAEL/BLANKENBURG, ERHARD. Der Einfluß der Rechtsschutzversicherungen auf den Geschäftsanfall der Gerichte, DRiZ 1983, S. 353 ff. (zit. ADAMS/BLANKENBURG).
- AMMANN, NIKLAUS. Die Entschädigungspflicht der Parteien im zürcherischen Zivilprozeß, Diss. Zürich 1971.
- AULOCK VON, GÖTZ. Rechtshilfe für untere Schichten und Anwaltschaft, in: Blankenburg/Kaupen, Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe, S. 94 ff.
- BAUDENBACHER, CARL. Der Zivilprozeß als Mittel der Wirtschafts- und Sozialpolitik, ZSR 102 (1983) I, S. 161 ff. (zit. BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß).
- Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem, in: Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht 1985, S. 57 ff. (zit. BAUDENBACHER, Funktionszuwachs des Staates).
 - Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem. Zur Überlastung der Zivilgerichte, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Nr. 61, Zürich 1985 (zit. BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung).
 - Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (zit. BAUDENBACHER, Grundprobleme der AGB).
- BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED. Gleicher Zugang zum Recht für alle. Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 43, Köln 1976.
- BAUMGARTNER, PAUL. Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, Diss. Zürich 1981.
- BAUR, FRITZ. Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, JZ 1972, S. 75 ff. (zit. BAUR, Armenrecht und Rechtsschutzversicherung).
- Funktionswandel des Zivilprozesses, in: Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen, 1977, von ihren gegenwärtigen Mitgliedern, S. 159 ff. (zit. BAUR, Funktionswandel).
- BAUSINGER, HERMANN. Sprachschranken vor Gericht, in: Das Recht der kleinen Leute. Beiträge zur rechtlichen Volkskunde: Festschrift für Karl-Sigismund Kramer, herausgegeben von Konrad Köstlin und Kai Detlef Sievers, Berlin 1976.
- BENDA, ERNST. Richter im Rechtsstaat, DRiZ 1979, S. 358 ff.

- BERNET, MARTIN. Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1986.
- BLANKENBURG, ERHARD. Rechtshilfebedürfnis und Rechtsberatung. – Theoretische Überlegungen zur rechtspolitischen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland, in: Blankenburg/Kaupen, Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe, S. 231 ff. (zit. BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis).
- Thesen zur Umverteilung von Rechtschancen, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, Alternativen in der Ziviljustiz, S. 29 ff. (zit. BLANKENBURG, Thesen zur Umverteilung).
- BLANKENBURG, ERHARD/KAUPEN, WOLFGANG. Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band V, Opladen 1978 (zit. BLANKENBURG/KAUPEN, Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe).
- BLANKENBURG, ERHARD/REIFNER, UDO. Rechtshilfe als Teil eines Beratungssystems, Veröffentlichung des Internationalen Instituts für Management und Verwaltung, dp 78–91, Berlin 1978 (zit. BLANKENBURG/REIFNER).
- BLANKENBURG, ERHARD/KLAUSA, EKKEHARD/ROTTLEUTHNER, HUBERT. Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VI, Opladen 1980 (zit. BLANKENBURG/KLAUSA/ROTTLEUTHNER, Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht).
- BLANKENBURG, ERHARD/GOTTWALD, WALTHER/STREMPER, DIETER. Alternativen in der Ziviljustiz – Berichte, Analysen und Perspektiven, Köln 1982 (zit. BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPER, Alternativen in der Ziviljustiz).
- BOKELMANN, ERIKA. «Rechtswegsperre» durch Prozeßkosten, ZRP 1973, S. 164 ff.
- BÖLSTERLI, URS. Öffentliches Interesse im Zivilprozeß, Diss. Zürich 1976.
- Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978*, BB1. 1978 II 485 ff., (zit. Botschaft zum Konsumkreditgesetz).
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982*, BB1. 1982 II 636 ff. (zit. Botschaft zum Persönlichkeitsschutz).
- Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983*, BB1. 1983 II 1009 ff. (zit. Botschaft zum UWG).
- Botschaft vom 29. Mai 1985 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*, BB1. 1985 II 737 ff. (zit. Botschaft OG-Revision).
- BUCHER, EUGEN. Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102 (1983) II, S. 251 ff.
- FALKE, JOSEF. Zugang zum Recht – Eine Fallstudie über die Öffentliche Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle in Hamburg, in: Blankenburg/Kaupen, Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe, S. 13 ff.
- FALKE, JOSEF/VOLLKMAR, GESSNER. Konfliktnähe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streiterledigung, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, Alternativen in der Ziviljustiz, S. 289 ff. (zit. FALKE/VOLLKMAR).
- FECHNER, ERICH. Kostenrisiko und Rechtswegsperre – Steht der Rechtsweg offen?, JZ 1969, S. 349 ff.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. unveränderte Aufl., Bern 1983 (zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ).
- FRANK, RICHARD. Die Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche durch kantonales Prozeßrecht, SJZ 63 (1967), S. 249 ff. (zit. FRANK, Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche).

- Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983 (zit. FRANK, Persönlichkeitsschutz).
- Verfahrensrechtliche Probleme des Gegendarstellungsrechtes, SJZ 83 (1987), S. 265 ff. (zit. FRANK, Gegendarstellungsrecht).
- FREUND, HERBERT. Die Legitimität des gerichtlichen Vergleichs und seines Verfahrens, DRiZ 1983, S. 136 ff.
- FRIEDMANN, LAWRENCE/REHBINDER, MANFRED. Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band IV, Opladen 1976 (zit. FRIEDMANN/REHBINDER, Soziologie des Gerichtsverfahrens)
- FROMMEL, MONIKA. Entlastung der Gerichte durch Alternativen zum zivilen Justizverfahren?, ZRP 1983, S. 31 ff.
- GOTTWALD, WALTHER/HUTMACHER, WOLFGANG/RÖHL, KLAUS F./STREMPPEL, DIETER. Der Prozeßvergleich – Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven, Köln 1983 (zit. GOTTWALD/HUTMACHER/RÖHL/STREMPPEL, Der Prozeßvergleich).
- GRUNSKY, WOLFGANG. Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts? Gutachten A für den 51. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Band I, Teil A, München 1976 (zit. GRUNSKY, Gutachten).
- Grenzen der Rechtsgewährung im Zivilverfahrensrecht, DRiZ 1983, S. 390 ff. (zit. GRUNSKY, Grenzen der Rechtsgewährung).
- GULDENER, MAX. Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80 (1961) II, S. 1 ff. (zit. GULDENER, Bundesprivatrecht).
- Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht).
- HABSCHIED, WALTHER. Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Basel/Frankfurt a. M. 1986.
- HAUSER, ROBERT/REHBINDER, MANFRED. Landesbericht Schweiz, in: Rechtssoziologie und Prozeßrecht, Nationalberichte und Generalbericht zum Thema «Der Beitrag der Rechtssoziologie zur Reform des Prozeßrechtes» des VII. Internationalen Kongresses für Prozeßrecht, Würzburg 1983, Wien 1983, S. 177 ff. (zit. HAUSER/REHBINDER, Landesbericht Schweiz).
- HENDEL, DIETER. Ressourcenknappheit und Rechtsgewährung, DRiZ 1983, S. 376 ff. (zit. HENDEL, Ressourcenknappheit).
- Der Prozeßvergleich als Instrument der Ressourcenökonomie – Zielverschiebung in der Vergleichspraxis und daran anknüpfende rechtspolitische Empfehlungen, in: Gottwald/Hutmacher/Röhl/Strempel, Der Prozeßvergleich, S. 125 ff. (zit. HENDEL, Der Prozeßvergleich).
- HENNING, CARL-PETERS. Die Arbeit der Öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstellen in Hamburg; Hilfeleistung bei der Bewältigung von Rechtskonflikten durch Beratung und unparteiische Vermittlung, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, Alternativen in der Ziviljustiz, S. 51 ff.
- HEYDEN, FRANK. Prozeßbeschleunigung durch konzentrierte Prozeßführung (Möglichkeiten und Grenzen im Zürcher Zivilprozeß), SJZ 79 (1983), S. 205 ff.
- HOMBURGER, ERIC. Hundert Jahre Minderheitenschutz durch Gesetz und Rechtsprechung, in: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift herausgegeben im Auftrag der Juristischen Fakultäten der Schweiz, Fribourg 1982, S. 283 ff.

- HUGUENIN-DUMITTAN, GEORGES. Behauptungslast, Substanziierungspflicht und Beweislast, Diss. Zürich 1980.
- JACOT, MARC ANDRÉ. Die Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtsuchenden, Diss. Zürich 1978.
- JOLIDON, PIERRE. Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984.
- KAUPEN, WOLFGANG. Das Verhältnis der Bevölkerung zur Rechtspflege. Empirische Materialien zur Frage der Effektivität von Recht in: Rehbin-der/Schelsky, Effektivität des Rechtes, S. 555 ff.
- KININGER, EWALD. Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens, Schriften zum Prozeßrecht, Band 63, Berlin 1980.
- KLEIN, FRANZ. Die praktische Anwendung der neueren Prozeßgesetze, in: DERSELBE, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe, 1. Band, Wien 1927, S. 83 ff. (zit. KLEIN, Praktische Anwendung).
- Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, in: DERSELBE, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe, 1. Band, Wien 1927, S. 117 ff. (zit. KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen).
- KOTSCH, JOSEF. Knappe Ressourcen im Zivilrecht – Sicherung der Rechtsschutzgewährung durch den Zivilrichter, DRiZ 1983, S. 170 ff.
- Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich an die Bezirksgerichte betreffend das Verfahren im Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB vom 28. August 1985* (zit. Kreisschreiben Persönlichkeitsschutz).
- KUMMER, MAX. Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 1. Abt., Kommentar zu Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Bern 1966.
- LEVI, ROBERT. Der Richter als Vermittler, SJZ 63 (1967), S. 255 ff.
- LOOSLI, HANS-RUDOLF. Information und Kommunikation im Zivilprozeß des Kantons Zürich als Garant der Rechtsverwirklichung. Ein Beitrag zur Lehre der juristischen Rhetorik, Diss. Zürich 1981.
- MEIER, CHRISTIAN. Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 101 (1982) I, S. 267 ff.
- MEIER, ISAAK. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983 (zit. MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz).
- *Iura novit curia*; Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1975 (zit. MEIER, *Iura novit curia*).
- MENTZ, ALEXANDER. Das «Pre-Trial Discovery» Verfahren im US-amerikanischen Zivilprozeß, in: Recht der Internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, Heft 2, Februar 1981, S. 73 ff.
- MESSMER, GEORG. Tendenzen in der Totalrevision des Zürcher Zivilprozeßrechts, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973, S. 207 ff.
- NOBEL, PETER. Privates Schiedsgerichtswesen und staatlicher Richter im «Wettbewerb», in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 247 ff.
- OTT, EDWARD. Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979.
- PAWLOWSKY, HANS-MARTIN. Zur Funktion der Prozeßkosten, JZ 1975, S. 197 ff.
- PRÜTTING, HANNS. Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, S. 361 ff.
- Rechenschaftsberichte des Obergerichtes und des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich* (zit. Rechenschaftsbericht).

- REHBINDER, MANFRED. Die Kosten der Rechtsverfolgung als Zugangsbarriere der Rechtspflege, in: Friedmann/Rehbinder, Soziologie des Gerichtsverfahrens, S. 377 ff. (zit. REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung).
- Entwicklungstendenzen im Recht der Gegenwart, SJZ 71 (1975), S. 373 ff. (zit. REHBINDER, Entwicklungstendenzen im Recht).
- REHBINDER, MANFRED/SCHELSKY, HELMUT. Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band III, Opladen 1972 (zit. REHBINDER/SCHELSKY, Effektivität des Rechts).
- REIFNER, UDO. Erfolgs- und Zugangsbarrieren in der Justiz. Veröffentlichung des Instituts für Management und Verwaltung, dp 78–97, Berlin 1978 (zit. REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren).
- Unentgeltliche Rechtsberatung in West-Berlin, in: Blankenburg/Kaupen, Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe, S. 43 ff. (zit. REIFNER, Unentgeltliche Rechtsberatung).
- ROSENBERG, LEO/SCHWAB, HEINZ. Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981 (zit. ROSENBERG/SCHWAB).
- ROTTLEUTHNER, HUBERT. Alternativen im gerichtlichen Verfahren, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, Alternativen in der Ziviljustiz, S. 145 ff.
- RÖHL, KLAUS. Der Vergleich im Zivilprozeß – Eine Alternative zum Urteil?, in: Blankenburg/Klaus/Rottleuthner, Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, S. 279 ff. (zit. RÖHL, Der Vergleich im Zivilprozeß).
- Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPER, Alternativen in der Ziviljustiz, S. 15 ff. (zit. RÖHL, Hintergründe der Diskussion über Alternativen).
- RÖHL, SABINE/RÖHL, KLAUS. Alternativen zur Justiz?, DRiZ 1979, S. 33 ff. (zit. RÖHL/RÖHL, Alternativen).
- Neighborhood Justice Centers in den USA – eine Alternative zur Justiz, DRiZ 1980, S. 421 ff. (zit. RÖHL/RÖHL, Neighborhood Justice Centers).
- RÜEDE, THOMAS/HADENFELDT, REIMER. Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980 (zit. RÜEDE/HADENFELDT).
- SALZMANN, WOLFGANG. Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Freiburg 1976.
- SCHAAD, PETER. Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozeßordnung, ZSR 88 (1969) II, S. 21 ff.
- SCHMID, HANS. Zur Officialmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR (unter Berücksichtigung des Zürcher Zivilprozeßrechts), SJZ 77 (1981), S. 277 ff.
- SCHMIDT, EIKE. Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt a. M. 1983, (zit. SCHMIDT, Zweck des Zivilprozesses).
- Der Arme und sein Recht, JZ 1972, S. 679 ff. (zit. SCHMIDT, Der Arme und sein Recht).
- SCHNYDER, BERNHARD. «...jedermann, der ein Interesse hat», in: Festschrift für Cyrill Hegnauer zum 65. Geburtstag, herausgegeben von H. M. Riemer, H. U. Walder, P. Weimar, Bern 1986, S. 453 ff.
- SEETZEN, UWE. Prozeßkosten und sozialer Rechtsstaat, ZRP 1971, S. 35 ff. (zit. SEETZEN, Prozeßkosten).
- Entlastung der Ziviljustiz durch Vorschaltung des Schiedsmanns, DRiZ 1980, S. 177 ff. (zit. SEETZEN, Schiedsmann).
- STAEHELIN, ADRIAN. Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, S. 1 ff.
- STARK, EMIL/KNECHT, STEFAN. Einführung einer Zwangsgemeinschaft für

- Geschädigte bei Massenschäden?, ZSR 97 (1978) I, S. 51 ff. (zit. STARK/KNECHT).
- STAUDER, BERNDT/FELDGES, JOACHIM. Außergerichtliche Streitbeilegung bei Verbrauchergeschäften; Versuch einer kritischen Bestandesaufnahme, ZBJV 120 (1984), S. 32 ff. und 41 ff. (zit. STAUDER/FELDGES).
- STEINDORFF, ERNST. Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977.
- STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG. Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung. Gesetz über den Zivilprozeß vom 13. Juni 1976, zweite, ergänzte und verbesserte Aufl., Zürich 1982 (zit. STÄULI/MESSMER).
- STRECKER, CHRISTOPH. Möglichkeiten und Grenzen der Streitbeilegung durch Vergleich, DRiZ 1983, S. 97 ff.
- TERCIER, PIERRE. Die Verbandsklage der Konsumentenschutzorganisationen im Entwurf zum neuen Konsumkreditgesetz, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 1, Zürich 1979, S. 215 ff. (zit. TERCIER, Verbandsklage).
- Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984 (zit. TERCIER, Droit de la personnalité).
- TROCKER, NICOLO. Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts? Gutachten B für den 51. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Band 1, Teil B, München 1976.
- TROLLER, ALOIS. Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945.
- VOGEL, OSKAR. Grundriß des Zivilprozeßrechts, Bern 1984 (zit. VOGEL, Grundriß).
- Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 76 (1980), S. 89 ff. (zit. VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz).
 - Prozeßvergleich und Willensmangel, recht 1987, Heft 3, S. 99 ff. (zit. VOGEL, Prozeßvergleich).
 - Die Feststellungsklage ist rein bundesrechtlicher Natur, recht 1987, Heft 4, S. 135 ff. (zit. VOGEL, Feststellungsklage).
 - Prozeß-Ökonomie, BJM 1988, S. 1 ff. (zit. VOGEL, Prozeß-Ökonomie).
 - Darf der Richter dem Kläger «helfen»? , SJZ 84 (1988), S. 75 (zit. VOGEL, Darf der Richter dem Kläger «helfen»?).
- WALDER, HANS-ULRICH. Die Oficialmaxime, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 1, Zürich 1973 (zit. WALDER, Oficialmaxime).
- Das schweizerische Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1982 (zit. WALDER, Konkordat).
 - Zivilprozeßrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozeßordnungen. Dritte, überarbeitete Aufl. des früher unter Mitwirkung von Dr. Isaak Meier, Dr. Rudolf Ottomann und Dr. Gregor Wiget verfaßten Buches «Der neue Zürcher Zivilprozeß», Zürich 1983 (zit. WALDER, Zivilprozeß).
- WASSERMANN, RUDOLF. Der soziale Zivilprozeß; Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat, Neuwied/Darmstadt 1978.
- WOLF, MANFRED. Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit, ZZP 1976, S. 260 ff. (zit. WOLF, Normative Aspekte).
- Rechts- und Verfahrensgarantien beim Prozeßvergleich, in: Gottwald/Hutmacher/Röhl/Stempel, Der Prozeßvergleich, S. 153 ff. (zit. WOLF, Rechts- und Verfahrensgarantien).

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Art.	Artikel
BBl.	Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BMM	Bundesbeschluß über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KV	Kantonsverfassung
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt a. M.
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936
RECHT	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt a. M.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, Berlin

Einleitung

1. Allgemeines

Recht ist nicht gleichbedeutend mit recht bekommen. Diese provokative Feststellung ist in den siebziger Jahren vor allem im Ausland Grundlage einer eigenen Wissenschaft geworden, die unbefriedigte Rechtsbedürfnisse und ungleichen Zugang zur Justiz erforscht. Diese Wissenschaft geht davon aus, daß der Zugang zur Justiz für eine breite Bevölkerungsschicht erschwert ist, indem verschiedene Barrieren die erfolgreiche Durchsetzung der Ansprüche der gleichen Bevölkerungsschicht behindern. Darüber, ob und wieweit diese durch eine Vielzahl von ausländischen Forschungsprojekten belegten Feststellungen auch für die Schweiz zutreffen, bestehen keine wissenschaftlichen Abhandlungen¹. Trotz des Fehlens solcher Daten geht der Referent davon aus, daß auch in der Schweiz solche oder ähnliche Probleme der Rechtsdurchsetzung bestehen; dies einerseits aus seiner früheren Erfahrung als Rechtsanwalt und seiner jetzigen Arbeit als Zivil- und Strafrichter sowie seiner Beratungstätigkeit bei einer unentgeltlichen Rechtsberatungsstelle, andererseits aus der in seinem Bekannten- und Verwandtenkreis immer wieder von juristischen Laien geäußerten Ansicht, daß der Rechtsschutz nur für die wirtschaftlich potenten Parteien gewährleistet sei². Es rechtfertigt sich daher, einige grundlegende Aspekte des Problems der Rechtsdurchsetzung aufzugreifen, wobei es nicht nur um rein juristische Fragestellungen geht.

¹ Zu den Gründen fehlender sozialwissenschaftlicher Theorien des Zivilprozesses in der Schweiz vgl. HAUSER/REHBINDER, Landesbericht Schweiz, S. 177 ff.

² Auch der Bundesrat stellte schon in den Richtlinien für seine Regierungstätigkeit der Jahre 1971–1975 (BBl. 1972 I 1071) fest, daß in jüngster Zeit Stimmen laut würden, die geltend machten, viele Bürger scheuten – nicht zuletzt infolge der Schwerfälligkeit und des Kostenrisikos des Verfahrens – vor der Beschreitung des Zivilrechtsweges zurück; VOGEL, Grundriß, S. 28.

2. Beschränkung auf das erstinstanzliche Zivilverfahren

Mit der Wahl der Referenten und der Vergabe der Themen für die Kurzreferate erscheint es dem Referenten als vorgezeichnet, die aufgegriffenen Probleme vorwiegend anhand des erstinstanzlichen Zivilverfahrens zu erörtern. Obwohl vor allem mit dem zürcherischen Verfahren vertraut, wird er sich bemühen, gelegentlich auch einen Blick über die Kantonsgrenze, aber auch über die Landesgrenze zu werfen; vor allem dorthin, wo Zivilprozeßordnungen bestehen, welche den Problemen des Rechtsschutzes besser gerecht werden als die zürcherische Ordnung. Eine umfassende Berücksichtigung aller kantonalen Zivilprozeßordnungen würde hingegen den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

3. Gesichtswinkel des Rechtsuchenden

Die bei der Durchsetzung des Privatrechtes auftretenden Rechtsschutzprobleme beschäftigen sowohl Bürger und Anwälte als auch Gerichte und Wissenschaft. Am intensivsten wird jedoch diejenige Partei mit den Problemen des Rechtsschutzes konfrontiert, die an einem Zivilprozeß teilnehmen muß oder teilnehmen möchte, während die anderen Beteiligten, welche meistens juristisch ausgebildet sind und von Berufs wegen mit der Rechtsdurchsetzung zu tun haben, diese völlig unterschätzen. Die behandelten Probleme werden deshalb vornehmlich aus dem Gesichtswinkel des Rechtsuchenden untersucht, wobei der durch die oben erwähnten Zugangs- und Erfolgsbarrieren betroffene Bürger im Vordergrund steht. Dabei kann es sich eigentlich um jede natürliche oder juristische Person handeln, welche nicht selber juristisch geschult ist oder juristisch fachkundige Angestellte beschäftigen kann.

4. Aufbau der Arbeit

Im ersten Teil soll der Versuch unternommen werden, einen Überblick über die Entwicklungstendenzen im materiellen Recht und im Prozeßrecht zu verschaffen sowie die Auswirkungen dieser Entwicklungen für den Rechtsuchenden und auf die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung zu untersuchen.

Der zweite Teil der Arbeit befaßt sich näher mit den wichtigsten Schranken, auf die der Rechtsuchende bei der Verfolgung seiner Rechte stoßen kann. Dabei ist es unumgänglich, den relativ sicheren Grund der Rechtsdogmatik und die dort gegebenen Möglichkeiten, über ein klar abgestecktes Gebiet in mehr oder weniger klaren Begriffen zu diskutieren, zu verlassen. Der Rechtsuchende trifft nicht nur im Rahmen des Zivilprozesses auf Schranken, sondern schon vor Einleitung eines Prozesses. Es wird daher zwischen den gerichtlichen und den außergerichtlichen Schranken bzw. zwischen dem gerichtlichen und dem außergerichtlichen Rechtsschutz unterschieden.

In einem dritten Teil wird aufgezeigt, wie die heutige Rechtsordnung diesen Schranken begegnet und begegnen sollte. Schließlich wird in einem vierten Teil der Versuch unternommen, Alternativen aufzuzeigen, die ebenfalls – nebst dem Zivilprozeß – zur Erledigung von Rechtsstreitigkeiten und damit auch zur Reduktion von Rechtsschutzproblemen führen können.

Erster Teil

Recht und Rechtsverwirklichung

I. Allgemeines

Die Rechtsordnung kann nicht dabei stehen bleiben, Vorschriften des materiellen Rechtes aufzustellen, die abstrakt regeln, wie eine bestimmte Rechtslage zu beurteilen, ein bestimmter Konflikt zu entscheiden ist. Sie muß auch für die Vollziehung der im materiellen Recht begründeten Rechte und Pflichten besorgt sein. Für die Durchsetzung dieser Rechte und Pflichten hat der Staat angesichts des Verbotes der Selbsthilfe (Ausnahme: Art. 52 OR) staatlichen Rechtsschutz zu gewähren. Dieser Rechtsschutz erfolgt nicht schon durch das richterliche Urteil, sondern erst durch dessen Vollstreckung. Bevor es zu dieser Vollstreckung kommen kann, muß der zu vollstreckende Anspruch in einem Erkenntnisverfahren, im Zivilprozeß, festgestellt sein³.

II. Rechtsverwirklichung im Zivilprozeß

1. Begriffliches

In dieser Arbeit ist von Zivilprozeß und Zivilprozeßrecht die Rede. Angesichts der bestehenden Unklarheiten über die Bedeutung dieser Begriffe⁴ wird sich die Arbeit an folgende Terminologie halten:

Zivilprozeß im engeren Sinne ist «das einzelne konkrete Verfahren vor einem Zivilgericht, in welches zwei Parteien einbezogen sind und welches auf autoritative Festlegung von Bestand und Inhalt von Rechtsbeziehungen der Parteien abzielt»⁵, während unter Zivilprozeß im weiteren Sinne der Inbegriff der

³ VOGEL, Grundriß, S. 23.

⁴ Vgl. die Zusammenfassung bei BÖLSTERLI, S. 3/4.

⁵ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 50.

Normen eines bestimmten Prozeßrechtes zu verstehen ist⁶. Unter dem Begriff «Zivilprozeßrecht» sind die Normen gemeint, die das Recht des Verfahrens von der Klage bis zum rechtskräftigen Urteil regeln (z. B. Zürcherisches Gesetz über den Zivilprozeß [Zivilprozeßordnung] vom 13. Juni 1976), während zum Zivilprozeßrecht im weiteren Sinne auch die Normen über die Gerichtsorganisation gehören⁷.

2. Ziel und Zweck des Zivilprozesses

Der Zivilprozeß steht im Zieldreieck zwischen der Durchsetzung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte, der Bewahrung der Rechtsordnung und der Befriedigung der Parteien, wobei der erste Zweck im Vordergrund steht⁸. Wesen und Zweck des Zivilprozesses liegen darin, nach den Grundsätzen formaler Gleichbehandlung der Parteien die Mittel zur Verwirklichung des materiellen Rechtes bereitzustellen⁹, da die subjektiven Privatrechte ohne Wert wären, wenn sie nicht im Zivilprozeß Schutz finden würden. Zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiete des Privatrechtes bedarf es somit des Zusammenwirkens von Privatrecht und Zivilprozeßrecht, sofern Rechte und Pflichten nicht freiwillig beachtet werden¹⁰. Dieses System des zivilrechtlichen Rechtsschutzes erhält den Rechtsfrieden, indem es manche Schuldner gar nicht erst zum Rechtsstreit kommen lassen, oder es stellt den gestörten Rechtsfrieden durch den Entscheid wieder her¹¹.

Fernziel des Zivilprozesses ist es, das richtige, mit dem materiellen Recht in Einklang stehende und daher gerechte Urteil anzustreben¹² bzw. Rechtsschutz für die Partei zu gewährleisten, die materiell im Recht ist. Wer nach der materiellen Rechtslage Recht hat, soll auch im Prozeß Recht bekommen¹³; dies in einem raschen und wohlfeilen Verfahren¹⁴.

⁶ VOGEL, Grundriß, S. 25.

⁷ HABSCHIED, S. 10; VOGEL, Grundriß, S. 26.

⁸ RÖHL, Der Vergleich im Zivilprozeß, S. 282; vgl. dazu auch SCHMIDT, Zweck des Zivilprozesses, S. 10 und 38.

⁹ FRANK, Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche, S. 249.

¹⁰ GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 5.

¹¹ HABSCHIED, S. 2.

¹² HABSCHIED, S. 267.

¹³ WASSERMANN, S. 86.

¹⁴ BÖLSTERLI, S. 46; Art. 59 KV ZH.

3. Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht

Das kantonale Zivilprozeßrecht dient der Verwirklichung des Bundesprivatrechtes. Diese beiden Rechtsordnungen müssen ein harmonisches Ganzes ergeben. Wenn auch der Rechtsschutz eine Angelegenheit des Prozeßrechtes ist, so sind doch die Kantone zu seiner Gewährung auf dem Gebiete des Bundesprivatrechtes von Bundesrechts wegen verpflichtet¹⁵. Die kantonale Kompetenz im Bereiche des Zivilprozeßrechtes ist durch die bundesrechtliche Pflicht eingeschränkt, ein die Durchsetzung des Bundesprivatrechtes ermöglichendes Verfahren bereitzustellen. Der Anspruch auf Rechtsschutz, d. h. auf gerichtliche Klarstellung eines ungewissen Rechtszustandes auf dem Gebiete des Privatrechtes, und die Klagbarkeit privatrechtlicher Ansprüche entspringen ebenfalls unmittelbar dem Bundesrecht¹⁶. Vorschläge zur Verbesserung des Rechtsschutzes durch Änderung des kantonalen Prozeßrechtes sind somit auf allfällige Bundesrechtswidrigkeiten zu überprüfen.

III. Zivilprozeßrecht und Gesellschaftsordnung

Wie das übrige Recht ist auch das Prozeßrecht in soziale und politische Zeitumstände eingebettet. Das Zivilprozeßrecht ist kein rein technisches Recht. Hinter der Art und Weise, wie das gerichtliche Verfahren geregelt ist, stehen nicht bloß Praktikabilitätsabwägungen; die Zivilprozeßordnung ist keine bloße Geschäftsordnung¹⁷. Indem z. B. ein Prozeßrecht ganz bestimmte Kriterien für die prozessuale Geltendmachung von Ansprüchen aufstellt (und nicht andere), kann es über die Berechtigung oder Nichtberechtigung eines solchen Anspruches entscheiden. Solche Voraussetzungen sind nicht willkürlich geschaffen worden, sondern aus Gründen, die sich auf soziale und geistige Strömungen ihrer Zeit beziehen¹⁸.

Diese Interdependenz zwischen Gesellschaftsordnung, materiellem Recht und Zivilprozeßrecht läßt sich deutlich an der Entwicklung des Wirtschaftsrechtes des liberalen Rechtsstaates zum Wirtschaftsrecht im modernen Wohlfahrts- und Sozial-

¹⁵ GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 24.

¹⁶ GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 25; VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz, S. 92.

¹⁷ WASSERMANN, S. 17.

¹⁸ WASSERMANN, S. 15.

staat und der damit verbundenen Entwicklung vom liberalen Zivilprozeß zum sozialen Zivilprozeß verfolgen. Mit Wirtschaftsrecht ist hier das Zivilrecht gemeint, das den Leistungsaustausch, die Zuordnung und Verfügungsgewalt über wirtschaftliche Güter regelt, wozu auch das Arbeits- und Kapitalmarktrecht gehören¹⁹.

1. Rechtsverwirklichung im liberalen Rechtsstaat

a) Das liberale Wirtschaftsrecht

Entscheidendes Kennzeichen des liberalen Wirtschaftsrechtes ist die Trennung von Staat und Gesellschaft, wobei die Wirtschaft dem gesellschaftlichen Bereich zuzuordnen ist²⁰. Wirtschaftsrecht im Liberalismus ist somit praktisch identisch mit reinem Privatrecht. Durch die Privatautonomie werden die Bürger in die Lage versetzt, ihre Umsatzbeziehungen im Rahmen der übrigen Rechtsordnung selbst aufeinander abzustimmen. Gerechte Vertragsinhalte werden durch den formalen Prozeß des Vertragsabschlusses gewährleistet. Im Gesellschaftsrecht beschränkt sich der Staat darauf, verschiedene Gesellschaftstypen anzubieten, ohne sie verbindlich vorzuschreiben. Nur für den Fall, daß die Parteien gewisse, für die Vertragsabwicklung wichtige Punkte nicht geregelt haben, kommt das wettbewerbsfreundlich ausgestaltete dispositive Privatrecht zur Anwendung²¹. Dominierende Kontrollinstanz ist der Markt, der die wirtschaftlichen Beziehungen der Bürger herrschaftsfrei regelt²². Die liberale Philosophie jener Zeit ist geprägt durch das Vertrauen darauf, daß die Vernunft das menschliche Handeln regiert und daß eine Gesellschaft auf das beste geordnet ist, wenn den natürlichen Kräften ihr freier Lauf gelassen wird²³.

¹⁹ BAUDENBACHER, Grundprobleme der AGB, S. 81/82; DERSELBE, Der Zivilprozeß, S. 162.

²⁰ BAUDENBACHER, Grundprobleme der AGB, S. 75; DERSELBE, Der Zivilprozeß, S. 162.

²¹ BAUDENBACHER, Funktionszuwachs des Staates, S. 58; DERSELBE, Grundprobleme der AGB, S. 74.

²² Vgl. zum liberalen Wirtschaftsrecht STEINDORF, S. 8 ff.

²³ WASSERMANN, S. 29.

b) Der liberale Zivilprozeß

Das eben beschriebene Gedankengut prägt auch den liberalen Zivilprozeß, der zwar zunächst als staatliche Einrichtung erscheint, die als Ersatz für die verbotene Selbsthilfe geschaffen worden ist, sich aber darin erschöpft, dem einzelnen die Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung in einem geordneten Verfahren zu geben. Nach der liberalen Vorstellung reicht die vom Staat signalisierte, bloße Bereitschaft, jedem Bürger bei der Durchsetzung seiner Rechte mit staatlicher Gewalt beizustehen, aus, um den größten Teil von potentiellen Rechtsverletzungen abzuwehren. Der einzelne Prozeß wird folgerichtig als Ausnahme, als pathologischer Fall oder gar als soziales Übel umschrieben²⁴. Der Zivilprozeß, der einzig in der Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte der Bürger durch Richterspruch besteht, wird als bloße Fortsetzung des materiellen Rechts begriffen und ist wie das materielle Recht der gesellschaftlichen Sphäre zuzuordnen. Die Aufgabe des Richters beschränkt sich auf die bloße Rechtsanwendung. Der Prozeß wird vom Bürger beherrscht; der Richter darf diesen nicht bedrängen²⁵.

Verfahrensrechtlich hat sich die liberale Grundhaltung im Dispositionsgrundsatz, im Verhandlungsprinzip und im Parteibetrieb niedergeschlagen. Diese Prozeßmaximen sind zu Recht als prozessuale Seite der Privatautonomie bezeichnet worden²⁶.

Als Dispositionsgrundsatz wird die Verfügungsfreiheit der Parteien über den Streitgegenstand, die Parteiherrschaft über den materiellen Anspruch bezeichnet, wobei die Anträge der Parteien den Rahmen für die richterliche Urteilsfindung abgeben²⁷. Die Verhandlungsmaxime im liberalen Zivilprozeß besagt, daß es Sache der Parteien und nur der Parteien ist, dem Gericht den Tatbestand darzulegen und ihn zu beweisen. Dem Gericht ist es verboten, selbst nach Tatsachen und Beweismitteln zu forschen. Eine Pflicht des Gerichtes, darauf hinzuwirken, daß die Parteien das Tatsachenmaterial richtig und vollständig unterbreiten, besteht nicht, so daß sehr wohl ein falscher Sachverhalt zur Urteilsgrundlage werden kann. Dies

²⁴ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, S. 117 ff.

²⁵ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 163.

²⁶ WASSERMANN, S. 38.

²⁷ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 164.

führt zum Begriff der formellen oder relativen Wahrheit, der für den liberalen Zivilprozeß charakteristisch ist²⁸.

Ein geradezu klassischer Liberalismus liegt der Art und Weise zugrunde, wie das liberale Prozeßrecht die Verantwortlichkeit für die Prozeßhandlungen verteilt. Die Verantwortung für das Inganghalten des anhängig gemachten Prozesses durch entsprechende Handlungen tragen allein die Parteien. Diese haben die Zustellung der Schriftsätze zu veranlassen und den Gegner zur mündlichen Verhandlung zu laden. Der Richter setzt lediglich auf Antrag einen Termin fest und fordert zu termingerechtem Erscheinen auf²⁹.

c) Kritik

Das liberale Privatrecht wie auch der liberale Zivilprozeß fingieren eine in der Realität nie bestehende Gleichheit der Parteien. Demgegenüber ist die wirtschaftliche und soziale Wirklichkeit durch die Ungleichheit der Menschen gekennzeichnet. Die Realität ist somit nicht das freie, waffengleiche, vernünftige und ausschließlich nach Unabhängigkeit und Selbstbestimmung strebende Individuum, sondern «der in tausend Abhängigkeiten verstrickte Lohn- und Gehaltsempfänger»³⁰. Angesichts solcher Ungleichheit läuft ein Prozeßrecht, welches das Verfahren ganz den Parteien überläßt, auf eine Privilegierung der stärkeren Partei hinaus. Das liberale Prozeßrecht führt zu personaler und damit sozialer Ungerechtigkeit, da der finanziell schwache und der rechtsunkundige Bürger kaum in der Lage sind, eine Klage anhängig zu machen oder sich gegen eine Klage zu wehren.

2. Rechtsverwirklichung im modernen Wohlfahrts- und Sozialstaat

a) Das moderne Wirtschaftsrecht

Die Hochblüte des liberalen Wirtschaftsrechts ist von kurzer Dauer. Schon im Sog der schweren Depressionen der siebziger Jahre des 19. Jahrhunderts werden auch im Privatrecht Kor-

²⁸ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 165.

²⁹ WASSERMANN, S. 38.

³⁰ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 166.

rekturen des liberalen Leitbildes vorgenommen. Das Obligationenrecht von 1911 weist bereits gewisse sozialrechtliche Züge auf. Im Gefolge der schweren Krise der dreißiger Jahre greift der Staat «in breitem Ausmaße wirtschafts- und sozialpolitisch steuernd in den Wirtschaftsprozeß ein»³¹. Das (öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche) moderne Wirtschaftsrecht ist durch die sukzessive Überführung der Wirtschaft von der gesellschaftlichen in die staatliche Zuständigkeit gekennzeichnet³². Für den privatrechtlichen Teil des Wirtschaftsrechtes ist die bekannte Dialektik der Privatautonomie entscheidend: Reine Privatautonomie wird in der Hand des Mächtigen zum Herrschafts- und Unterdrückungsinstrument³³. Angesichts der wirtschaftlichen und strukturellen Machtungleichgewichte zwischen den Wirtschaftssubjekten muß der Private daher nicht nur vor staatlicher, sondern vor allem auch vor privater Macht geschützt werden. Da das formale Verfahren des Zustandekommens des Vertrages für sich allein keinen gerechten Vertragsinhalt zu garantieren vermag, werden staatliche Maßnahmen zur Sicherung materieller Vertragsgerechtigkeit notwendig. Die Folge ist im materiellen Recht eine signifikante Zunahme zwingender Rechtsnormen³⁴. Arbeits-, Miets- und Abzahlungsvertragsrecht entwickeln sich zu einer Art Sozialrecht³⁵. Allerdings ist für das schweizerische Recht festzuhalten, daß die liberale Basis im Privatrecht bis auf den heutigen Tag weitgehend erhalten geblieben ist. So fehlt z. B. der im deutschen Recht gut ausgebaute Kündigungsschutz im Miet- und Arbeitsrecht.

b) Der soziale Zivilprozeß

Auch am Leitbild des zu Ungerechtigkeiten führenden liberalen Zivilprozesses werden im Soge der schweren Depression der siebziger Jahre Korrekturen vorgenommen. Vor allem die soziale Not breiter Volksschichten führt bereits Ende des 19. Jahrhunderts einen Umschwung herbei. FRANZ KLEIN, der Schöpfer der österreichischen Zivilprozeßordnung von 1895, begreift den Prozeß zum ersten Mal als Massenerscheinung

³¹ MEIER, S. 278.

³² BAUDENBACHER, Grundprobleme der AGB, S. 77.

³³ BAUCHENBACHER, Funktionszuwachs des Staates, S. 59.

³⁴ Vgl. dazu die Zusammenstellung bei STÄHELIN, S. 5 ff.

³⁵ SCHMID, S. 278.

mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung, das Zivilprozeßrecht als staatliche Wohlfahrtsveranstaltung³⁶. Wie im materiellen Recht manifestiert sich dieser Sinneswandel in einer Einschränkung der Privatautonomie.

Mit der sozialen Ausrichtung des Verfahrensrechtes ist auch eine Verschiebung des Prozeßzweckes verbunden. Der Zivilprozeß befindet sich nunmehr im erwähnten Zieldreieck zwischen der Durchsetzung subjektiver Rechte, der Bewahrung der objektiven Rechtsordnung und der Befriedigung der Parteien, wobei der Befriedigungszweck nur im Prozeßvergleich zum Tragen kommt. Durch das Urteil wird der Verlierer fast immer enttäuscht, und oft sind beide Parteien Verlierer. Was die Rangfolge der Bedeutung der beiden andern Prozeßzwecke anbelangt, so bezweckt dieser Zivilprozeß nach einem großen Teil der schweizerischen Literatur primär den Schutz gegen die Verletzung subjektiver Privatrechte; daneben auch die Verwirklichung der objektiven Rechtsordnung³⁷.

Hinter dieser Rangfolge steht unverkennbar nach wie vor die Vorstellung, die objektive Rechtsordnung werde automatisch realisiert, wenn den subjektiven Rechten ein ausreichender Schutz zuteil werde. Die soziale Prozeßauffassung unterscheidet sich damit von der liberalen nur durch die Einsicht, «daß in der Realität Machtungleichgewichte bestehen, die sozusagen mit Hilfe eines prozessualen Rahmenprogrammes abgebaut werden sollen»³⁸. Indem der Staat im sozialen Zivilprozeßrecht Verantwortung dafür übernimmt, daß die Spieße gleich lang sind und gleich lang bleiben, ist auch im Verfahrensrecht die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft aufgegeben; der Prozeß ist von der gesellschaftlichen in die staatliche Sphäre verlagert³⁹.

Verfahrensmäßig bleibt im sozialen Zivilprozeß die Dispositionsmaxime praktisch unangetastet. Mit der Einführung des Armenrechtes und der vor allem in Deutschland und Österreich geschaffenen vorprozessualen Beratungsstellen für Minderbemittelte⁴⁰ sind immerhin Bestrebungen zu verzeichnen, den Parteien gleiche Startpositionen zu verschaffen. Hingegen wird

³⁶ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, S. 126 ff.

³⁷ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 50 ff.; VOGEL, Grundriß, S. 26.

³⁸ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 168.

³⁹ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 171.

⁴⁰ Dazu hinten S. 60/61.

die Verhandlungsmaxime durch richterliche Frage- und Aufklärungspflichten sowie durch die richterliche Befugnis zur Beweiserhebung von Amtes wegen eingeschränkt. So statuiert schon die österreichische Zivilprozeßordnung von 1895 die Pflicht des Richters zur Belehrung über die vorzunehmenden Prozeßhandlungen gegenüber nicht vertretenen rechtsunkundigen Parteien⁴¹. Im deutschen Recht statuiert § 139 ZPO eine richterliche Erörterungs- und Aufklärungspflicht. Auch § 55 der zürcherischen ZPO sieht die richterliche Frage- und Aufklärungspflicht vor. Von der nach zürcherischem Recht in § 142 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit, ausnahmsweise von Amtes wegen Beweise abzunehmen, soll den Materialien zufolge «zum Schutze einer unbeholfenen oder schlecht beratenen Partei oder zur Abwendung einer groben Irreführung des Gerichtes» Gebrauch gemacht werden⁴². Schließlich wird im sozialen Zivilprozeß der Parteibetrieb weitgehend durch den Amtsbetrieb ersetzt.

c) Kritik

Der oben geschilderte Funktionswandel des Zivilprozesses reicht nicht aus, um die personalen und funktionalen Schutzdefizite des liberalen Zivilprozesses abzubauen. Auch im Zivilprozeß ist in der Schweiz die liberale Basis weitgehend erhalten geblieben. Die meisten kantonalen Prozeßordnungen gehen grundsätzlich nach wie vor von der Regel aus, daß sich im Prozeß mehr oder weniger ebenbürtige Parteien gegenüberstehen. Dem ist aber nicht so. Wegen der Dispositionsmaxime kommt z. B. der Konsument im Lauterkeitsrecht und im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen infolge seiner strukturellen Unterlegenheit als Kläger kaum in Betracht⁴³. Der noch prinzipiell gültige Verhandlungsgrundsatz bietet keine Gewähr dafür, daß das von den Parteien vorgelegte Tatsachenmaterial der Realität entspricht. Dort, wo der Bundesgesetzgeber für die Zivilrechtspflege die Offizialmaxime vorgeschrieben hat, wie z. B. in Art. 343 Abs. 4 OR, ergeben sich Schwierigkeiten bei der Durchsetzung, indem dem Richter kein eigener Erkennungsdienst zur Verfügung steht⁴⁴. In der prozessualen Praxis wird

⁴¹ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, S. 128.

⁴² STRÄULI/MESSMER, N. 3 zu § 142 ZPO; WALDER, Offizialmaxime, S. 7 N. 12.

⁴³ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 172/73.

⁴⁴ SCHMID, S. 282.

von der Möglichkeit einer Korrektur der Parteidominanz im Sinne der materiellen Wahrheit nur zögernd Gebrauch gemacht⁴⁵. Weiter fällt ins Gewicht, daß Kosten- und Entschädigungsrisiken die Einleitung von Privatklagen gerade im Wirtschaftsrecht weitgehend in Frage stellen⁴⁶. Durch die Praxis des Bundesgerichtes, bei Anfechtungsklagen im Sinne von Art. 706 OR das Gesamtinteresse der AG als Streitwert zu berücksichtigen, wird «die Anfechtungsklage und damit ein guter Teil des Minderheitenschutzes praktisch weitgehend illusorisch»⁴⁷. Schließlich kann auch das Armenrecht keine wirksame Abhilfe schaffen. Bei seiner heutigen Ausgestaltung bleiben alle diejenigen unberücksichtigt, die «nicht arm genug sind, um in den Genuß des Armenrechts zu gelangen, aber auch nicht reich genug, um einen Prozeß unbesorgt durchzustehen»⁴⁸.

IV. Schranken der Rechtsverwirklichung

Die Kritik am heutigen (sozialen) Zivilprozeß hat aufgezeigt, daß sich dem Rechtsuchenden sowohl im Prozeßrecht als auch in der Gesellschaftsordnung liegende Schranken der Rechtsverwirklichung entgegenstellen und den Schutz, die Durchsetzung seiner subjektiven Rechte, in Frage stellen können. Damit wird auch die Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung in Frage gestellt. Das Anliegen eines echten sozialen Zivilprozeßrechtes muß dahin gehen, diese Rechtswegsperren, die den Rechtsschutz in Frage stellen, abzubauen oder zu mildern. Der in der Advokatur oder am Gericht tätige Jurist wird aber meistens nur mit den im einzelnen Prozeß und im Prozeßrecht liegenden Schranken konfrontiert. Wer den Anwalt aufsucht oder sich auf ein Gerichtsverfahren einläßt, hat schon einen Teil der Rechtswegbarrieren überwunden, nämlich den Teil, der vielen Rechtsuchenden den Zugang zur Justiz überhaupt verbaut. Unter dem Thema «Probleme des Rechtsschutzes» sind auch diese Zugangsschranken zu beachten, als Probleme des außergerichtlichen Rechtsschutzes. Nicht nur müssen die Gesetze realisiert werden; auch die zur Rechtsverwirklichung bereitge-

⁴⁵ VOGEL, Grundriß, S. 106.

⁴⁶ Vgl. dazu FECHNER, S. 349 ff. sowie hinten S. 39.

⁴⁷ HOMBURGER, S. 292.

⁴⁸ BAUR, Funktionswandel, S. 170.

stellten Einrichtungen müssen genutzt werden können. Gerade die Gesetze und Verordnungen zur sozialen und rechtlichen Sicherung und Förderung des wirtschaftlich schwächeren Teils der Bevölkerung verfehlen ihren Zweck, wenn die betroffenen Bevölkerungskreise auf die Durchsetzung von Ansprüchen verzichten, nur weil sie ihre Rechte nicht kennen, ihnen die Institutionen der Rechtspflege fremd sind, der Formalismus juristischer Verfahren abschreckend wirkt oder sie das in der Regel nicht kalkulierbare Risiko nicht eingehen können⁴⁹.

⁴⁹ FALKE, S. 13.

Schranken der Rechtsverwirklichung

I. Allgemeines

Wie bereits im ersten Teil festgehalten wurde, genügt es nicht, Rechtsansprüche im materiellen Recht festzuhalten. Damit diese wirksam werden, müssen auch die sozialen Voraussetzungen für den Zugang zum Recht geschaffen werden. Besonders dort, wo das Recht den sozial Schwächeren gegen den sozial Stärkeren schützen soll, ist das Vorhandensein solcher Voraussetzungen keine Selbstverständlichkeit. Schon das Prozeßrecht mit seinen komplizierten Verfahrensregeln und die Kosten eines Zivilprozesses können Barrieren darstellen, die gerade demjenigen, der des Rechts zu seinem Schutz besonders bedarf, den Zugang versperren. Durch den verfahrensrechtlich erzwungenen Gleichlauf der Prozesse wird zwar die rechtliche Gleichstellung der Parteien erreicht, nicht aber ihre faktische. Kaum berücksichtigt werden die Unterschiede, die sich aus einer ungleichen Ausgangssituation der Parteien ergeben; ungleich etwa durch Verschiedenheit in der wirtschaftlichen Potenz, in dem durch Herkunft und soziale Stellung bedingten Bildungsniveau, in der Kenntnis des Rechts und in der Gewandtheit im Umgang mit Gerichten und Behörden. Auch die mit «Sprachbarrieren» und «Schwellenangst» umschriebenen Erscheinungen gehören dazu.

Die sozialen Bedingungen für die Inanspruchnahme von Recht sind somit nicht nur innerhalb der Gerichte, im Kostenrecht oder Prozeßrecht zu suchen. Zu ihnen gehören auch Institutionen im Vorfeld der Justiz wie z. B. Kenntnis der rechtlichen Relevanz eines Problems, Kenntnis eigener Rechte und der Mittel zur Durchsetzung etc.⁵⁰

⁵⁰ Vgl. dazu einen Überblick über solche Barrieren und Defizite (der sogenannte «Berliner Trichter») bei ROTTLEUTHNER, S. 146.

Schließlich ist auch die Problemlösungsfähigkeit des Rechts begrenzt.

II. Rechtswegsperrern

Rechtswegsperrern sind Hindernisse, die den Bürgern die Erstreitung ihrer Rechtsansprüche aus sozialen Gründen erschweren oder verunmöglichen. Ziel einer sozialen Zivilprozeßordnung muß sein, diese Barrieren abzubauen oder zu mildern⁵¹.

1. Außergerichtliche Barrieren (Zugangsbarrieren)

Die nachfolgenden Erörterungen mögen dem einen oder anderen Leser als extrem, als für schweizerische Verhältnisse überspitzt erscheinen. Es ist durchaus möglich, daß der Durchschnittsschweizer mehr Rechtskenntnisse und weniger Hemmungen im Umgang mit der Ziviljustiz hat als der in den erwähnten Umfragen befragte Deutsche. Es kann auch davon ausgegangen werden, daß der Umgang mit der Justiz in der Schweiz weniger formalistisch, durch weniger Verfahrensvorschriften geprägt ist als in Deutschland. Zu den Rechtsuchenden gehört aber nicht nur der Durchschnittsbürger. Zu ihnen gehört auch der Bürger mit niedrigem sozialem Status und mit einem niedrigen Grad an Schulbildung. Nicht zu vergessen ist auch die Vielzahl der in der Schweiz lebenden Ausländer, die mit unserer Kultur und damit auch mit unserer Rechtsordnung überhaupt nicht vertraut sind. Gerade diese haben besonders oft unter den Zugangsbarrieren zur Justiz zu leiden. Schließlich kann nicht genug betont werden, daß Anwälte und Richter von Berufs wegen nur mit den Rechtsuchenden zu tun haben, die wenigstens schon einen Teil der außergerichtlichen Barrieren überwunden haben.

a) Fehlende Wahrnehmung von Rechtsproblemen

Eine erste Barriere betrifft das Problem der unerkannten Rechtsbedürfnisse⁵². Manche der Betroffenen sind nicht in der

⁵¹ VOGEL, Grundriß, S. 28.

⁵² FALKE, S. 29.

Lage, einen sozialen Konflikt als mögliches Rechtsproblem zu identifizieren, d. h. überhaupt auf die Idee zu kommen, daß es sich bei ihrem Problem um ein rechtsrelevantes Problem handelt⁵³. So wählten in einer Untersuchung von FALKE bei den Klienten der «Öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle» in Hamburg auf die Frage: «Warum sind Ihrer Meinung nach viele Leute nicht bereit, ihre Rechte notfalls auch gerichtlich durchzusetzen?» 59,2 % der Befragten die Antwort: «Sie kennen ihre Rechte gar nicht.» Erst an zweiter Stelle wurden die mit der Durchsetzung dieser Rechte verbundenen Kosten genannt⁵⁴.

b) Fehlende Rechtskenntnisse

Schon FRANZ KLEIN hat erkannt, daß die allgemeine Rechtskenntnis eine «Fiktion» ist und daher nicht von der allgemeinen, gleichen Wirkung des Rechts gesprochen werden kann⁵⁵. Wohl wendet sich das Gesetz an jeden, doch ist es unter den Bürgern nur in sehr rudimentärer Form verbreitet. Das «volkstümliche» schweizerische Privatrecht macht davon bestimmt keine Ausnahme⁵⁶. Zur fehlenden Rechtskenntnis trägt bei, daß der moderne Staat eine Flut von Gesetzen herausgibt, die es dem einzelnen verunmöglicht, alle zu kennen. Zudem neigt das moderne Recht dazu, immer komplizierter zu werden. Der Konditional-Charakter wird verdrängt durch Generalklauseln oder unklare und damit interpretationsbedürftige Gesetzestexte⁵⁷.

Daß die Bevölkerung dem Recht und den Gerichten weitgehend unbeholfen gegenübersteht, haben empirische Untersuchungen, zumindest für Deutschland, eindeutig nachgewiesen⁵⁸. Es besteht kein Grund zur Annahme, daß die Verhältnisse in der Schweiz viel anders sind. Auch der Bürger, der gewisse Rechtskenntnisse hat, ist mit der Institution des Gerichtes meist ungenügend vertraut. Die Trennung zwischen Straf- und Zivilverfahren ist vielen unbekannt, und es wird, was sicher jeder am Gericht praktizierende Jurist bestätigen kann, ein

⁵³ REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 50.

⁵⁴ FALKE, S. 30.

⁵⁵ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, S. 134.

⁵⁶ MEIER, *Iura novit curia*, S. 138.

⁵⁷ KININGER, S. 34.

⁵⁸ KAUPEN, S. 555 ff.; BLANKENBURG, Thesen zur Umverteilung, S. 29/30.

Unterliegen in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit als strafrechtliche Verurteilung empfunden.

Mangelnde Rechtskenntnis führt dazu, daß Rechtsansprüche oft überhaupt nicht geltend gemacht werden. So wird etwa von einer Rechtsvorenthaltung infolge Rechtsunwissenheit gesprochen⁵⁹.

c) Fehlende Wahrnehmung rechtlicher Lösungsmöglichkeiten

Hat jemand sein Rechtsproblem als solches erkannt, muß er zusätzlich die Möglichkeiten der Rechtshilfe kennen. Kennzeichnend für die Rechtsberatung durch unentgeltliche Rechtsberatungsstellen und durch Anwälte ist aber, daß sie, abweichend von gängigen Kommunikationsmustern, nicht aktiv werbend, sondern passiv abwartend geschieht⁶⁰. Auch die unterschiedliche Versorgung der Bevölkerung in den Städten und in ländlichen Gegenden mit Rechtsberatungsmöglichkeiten kann für die Bürger ländlicher Gegenden eine Erschwernis in der Rechtsdurchsetzung sein⁶¹.

d) Schwellenangst

Hat der Rechtsuchende zutreffend seinen Konflikt als Rechtsproblem definiert und kennt er auch die Möglichkeiten, seine Rechte durchzusetzen, so können ihm noch andere Barrieren den Zugang zur Rechtshilfe versperren, sei es, daß er aus Scheu vor dem Gericht als formale Institution⁶² oder aus falscher Ehrfurcht vor dem Recht und dem Rechtsbetrieb die Schwelle zur Klageeinleitung nicht zu überschreiten vermag. Die Bereitschaft, rechtliche Schritte zu unternehmen, setzt voraus, daß der Betroffene eine rechtliche Lösung seiner Probleme für angemessen, effektiv und gerecht hält⁶³. Dem steht oft eine allgemeine resignative Einstellung gegenüber, die aus den gemachten sozialen Erfahrungen resultiert und sich in Passivität, Autoritätsgläubigkeit etc. niederschlägt⁶⁴.

⁵⁹ KININGER, S. 35.

⁶⁰ FALKE, S. 32.

⁶¹ BAUMGÄRTEL, S. 2.

⁶² VOGEL, Grundriß, S. 28.

⁶³ FALKE, S. 32.

⁶⁴ VON AULOCH, S. 94.

Bemerkenswerterweise ist eine skeptische Einschätzung desto häufiger, je mehr Erfahrungen die Rechtsuchenden mit den Gerichten gemacht haben⁶⁵.

Auch mangelndes Vertrauen in die Rechtsprechung führt dazu, daß viele gar nicht den Rechtsweg beschreiten, um ihre Rechte durchzusetzen. Man könnte in solchen Fällen von einer «Rechtsaskese» sprechen⁶⁶. Schließlich kann auch die Hemmung, vor einem auswärtigen Richter klagen zu müssen, zu dieser Art von Barrieren gezählt werden⁶⁷. Je weiter entfernt der Ort ist, an dem der Rechtsuchende seine Klage einzuleiten hat, desto höher ist die Schwelle, überhaupt den Rechtsweg zu beschreiten.

e) Sprachbarrieren

Die sprachliche Fassung der Rechtsnormen, die im Interesse der Rechtssicherheit weitgehend abstrakt sein muß, und die juristische Fachterminologie, die als Instrumentarium einer raschen Verständigung unter den Fachleuten dient, werden von einem großen Teil der Bevölkerung als sprachlich unverständlich empfunden⁶⁸. Die Kompliziertheit des Verfahrensrechtes und des materiellen Rechtes erschweren es dem Bürger, sich vor Gericht verständlich zu machen. So wird sich derjenige, der sich nicht hinreichend artikulieren kann, davor scheuen, sein rechtliches Anliegen bei einem Gericht oder schon bei einem Anwalt vorzubringen⁶⁹.

f) Strukturelles Übergewicht des Gegners

Umfang und Intensität der Parteiaktivität sind schon vor der Prozeßeinleitung von wirtschaftlichen Faktoren bestimmt. Institutionen, die häufig vor Gericht auftreten, für die das Agieren vor Gericht eine professionelle Routineangelegenheit ist, verfügen als Vielfachprozessierer über Informations- und Beweisvorteile sowie über taktische Möglichkeiten, die den Parteien, für die die Führung eines Prozesses eine einmalige

⁶⁵ BLANKENBURG, Thesen zur Umverteilung, S. 30.

⁶⁶ KININGER, S. 35.

⁶⁷ VOGEL, Grundriß, S. 28.

⁶⁸ KININGER, S. 35.

⁶⁹ BAUMGÄRTEL, S. 1.

Angelegenheit ist, fehlen⁷⁰. Während sich beim Vielfachprozessierer das Prozeßrisiko auf eine Vielzahl von Prozessen verteilt, trägt der «Einmalprozessierer» das Risiko in *einem* Prozeß. Hat er dazu noch die Mobilisierungslast zu tragen, größere Probleme bei der Beweisführung zu erwarten⁷¹, wird er, im Wissen, daß die mögliche Kostenersatzpflicht eine wesentliche Einbuße der Lebensqualität bedeuten kann, von der Einleitung einer Klage absehen. Statistisch sind Klagen eines Privaten gegen eine Firma denn auch viel seltener als Klagen einer Firma gegen einen Privaten⁷².

Bei gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Anbietern von Waren und Dienstleistungen mit Abnehmern finden wir genau die soeben geschilderte Konstellation. Der sozial stärkere Anbieter hat im Falle seiner Vorleistung die Mobilisierungslast. Diese kann er leicht tragen, zumal er zahlreiche gleichartige Geschäfte abwickelt. Er kann sich auf einen eingespielten Apparat verlassen und beschreitet – z. B. im Falle des Ausbleibens der Bezahlung – routinemäßig den Rechtsweg. Der Käufer hingegen sieht sich in jeweils unterschiedlich gelagerten Fällen mit für ihn neuartigen Problemen konfrontiert. Die relativ geringe Bedeutung der einzelnen Geschäfte und der Aufwand, den eine Rechtsberatung und gegebenenfalls eine Klage erfordern würde, läßt ihn folglich selbst dann von einer aktiven Mobilisierung der Gerichte absehen, wenn er das Problem als Rechtsproblem definiert und zu Gegenmaßnahmen bereit ist. Schließlich sind die Erfolgsaussichten von Klagen auf Zahlung des Kaufpreises hoch. In der Regel genügt es, das Faktum des Vertragsschlusses und der Lieferung der Ware darzulegen. Dies gelingt einem Anbieter von Waren, der wegen seiner Vorleistung mit Zahlungsschwierigkeiten zu rechnen gewohnt ist, ohne weiteres, während der Konsument im Falle von Einwendungen diese beweisen muß⁷³.

⁷⁰ Vgl. zu den strategischen Vorteilen REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 42 ff.

⁷¹ Zu den Beweislast- und Beweisführungsbarrieren vgl. REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 58 ff.

⁷² FROMMEL, S. 34; REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 41; BLANKENBURG, Thesen zur Umverteilung, S. 31.

⁷³ FROMMEL, S. 33.

g) Kostenbarriere

Damit wird eines der letzten Glieder der Problemkette der Zugangsbarrieren zum Gericht angesprochen. Nur diejenigen Rechtsuchenden werden von der Kostenbarriere tangiert, die die große Dunkelziffer der nicht artikulierten Rechtsbedürfnisse verlassen haben, die an sich willens und, abgesehen vom Finanziellen, in der Lage sind, sich in ihren Konflikten beraten zu lassen und als Rechtsprobleme erkannte Konflikte gerichtlich durchzusetzen. Unabhängig von einer späteren prozessualen Auseinandersetzung entstehen aber demjenigen, der seine Rechtsansprüche abklären lassen will, gewisse Kosten. Schon diese Kosten können einen Rechtsuchenden aus dem Kreise der finanziell schwächeren Bevölkerungsschicht schwer treffen und im Entschluß, seine Ansprüche abklären zu lassen und gerichtlich durchzusetzen, behindern. Vor allem die Ungewißheit über die Höhe der Kosten und über das Schicksal der Kosten schreckt viele vom Besuch einer Anwaltskanzlei ab. Dies gilt wiederum bei Auseinandersetzungen zwischen Anbietern von Waren und Dienstleistungen mit Abnehmern, wenn der wirtschaftliche Wert des behaupteten Rechtes wie so häufig klein ist⁷⁴.

2. Gerichtliche Barrieren (Erfolgsbarrieren)

Diese Barrieren können schon eine außergerichtliche Wirkung haben, wenn der Rechtsuchende, in Kenntnis des Bestehens solcher gerichtlicher Barrieren, auf die Einleitung einer Klage verzichtet. Unmittelbar konfrontiert mit diesen Barrieren sieht er sich aber erst im Rahmen eines Prozesses.

a) Fehlende Rechtskenntnisse

aa) Einschränkungen des Grundsatzes «iura novit curia»

Der Grundsatz «iura novit curia» teilt die Verantwortung für die Rechtsanwendung dem Richter zu. Die Parteien sind von Rechtserörterungen befreit, trotzdem geäußerte falsche Rechtsauffassungen schaden nicht, und es ist Sache des Gerichtes, den Inhalt des Rechtes zu erforschen⁷⁵. Dieser Grundsatz

⁷⁴ Weiteres zu den Kostenbarrieren hinten, S. 45 ff.

⁷⁵ MEIER, *Iura novit curia*, S. 135.

wird verschiedentlich durchbrochen, indem von den Parteien trotzdem Rechtskenntnisse verlangt werden. Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG haben die Parteien im Berufungsverfahren ihre Anträge zu begründen, indem sie kurz darzulegen haben, inwiefern Bundesrecht verletzt sein soll. Das Bundesgericht vertritt nun seit jeher die auch durch die Gesetzesmaterialien gedeckte Auffassung, daß die rechtliche Begründung der Berufungsanträge obligatorisch sei und es selbst auch nicht berechtigt sei, die Berufungsschrift nach Art. 55 Abs. 2 OG zur Verbesserung zurückzuweisen, wenn überhaupt jede rechtliche Begründung fehlt⁷⁶. In gleicher Weise verhält es sich mit der zivilrechtlichen und staatsrechtlichen Beschwerde. Beide sind mit einer obligatorischen rechtlichen Begründung zu versehen (Art. 71 lit. c und 90 Abs. 1 lit. b OG). Je nach der Höhe der Anforderungen, die das Bundesgericht an die rechtliche Begründung einer Berufung oder Beschwerde stellt, besteht für den rechtsunkundigen Rechtsuchenden eine gewichtige Barriere.

Die gleiche Situation ergibt sich bei den kantonalen außerordentlichen Rechtsmitteln, so z. B. bei der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, bei der es nur darum geht festzustellen, ob das angefochtene Urteil unter Nichtigkeitsgründen leidet. So muß z. B. bei der Rüge der Verletzung klaren Rechts durch die Vorinstanz (§ 281 Ziff. 3 ZPO ZH) der Beschwerdeführer im einzelnen sagen, worin er diese Verletzung erblickt. Nicht geltend gemachte Nichtigkeitsgründe darf die Nichtigkeitsinstanz, auch wenn sie z. B. Rechtsverletzungen feststellt, nicht von Amtes wegen berücksichtigen⁷⁷.

Schließlich ist noch § 57 Abs. 2 der zürcherischen Zivilprozeßordnung zu erwähnen, wonach Parteien, welche ein fremdes Recht, von dem das Gericht keine sichere Kenntnis hat, angewendet haben wollen, den Inhalt dieses fremden Rechts nachzuweisen haben. Gerade in Statusfragen kann die ersatzweise Anwendung des schweizerischen Rechtes für eine ausländische Partei nachteilig sein. Auch nach Art. 16 IPRG, wonach das anzuwendende ausländische Recht grundsätzlich von Amtes wegen anzuwenden ist, kann der Richter die Mitwirkung der Parteien verlangen und bei vermögensrechtlichen Ansprüchen den Parteien den Nachweis überbinden.

⁷⁶ BGE 92 II 67.

⁷⁷ WALDER, Zivilprozeß, S. 239; VOGEL, Grundriß, S. 117.

bb) Verhandlungs- und Dispositionsmaxime

Auch das Prozeßrecht mit seinen komplizierten Verfahrensregeln kann für den Rechtsuchenden eine Rechtswegsperre sein.

Der Grundsatz der Verhandlungsmaxime besagt, daß es Sache der Parteien und nur der Parteien sei, den Prozeßstoff vor Gericht einzuführen und durch Beweismittel darzutun⁷⁸. Der Richter darf seinem Urteil nur Tatsachen zugrunde legen, die von den Parteien im Prozeß behauptet und, sofern von der Gegenpartei bestritten, bewiesen worden sind. Zugestandene oder nicht ordnungsgemäß bestrittene behauptete (positive oder negative) Tatsachen gelten somit im Rahmen der Verhandlungsmaxime als verwirklicht. Wo das Sachvorbringen hingegen fehlt, bleibt notwendigerweise auch der Beweis aus⁷⁹. Die Verhandlungsmaxime beruht auf der Überlegung, daß der Egoismus der Parteien und die Gegensätzlichkeit der Interessen besser als eine staatliche Untersuchung die vollständige Beibringung und Aufklärung des ganzen Prozeßstoffs gewährleisten⁸⁰.

Mit der Annahme der Vollständigkeit der Parteivorbringen (inkl. Eventualvorbringen) wird den Parteien eine vorgängige Rechtsfindung zugemutet. Diese hat zum Ziel, sämtliche Tatsachen zu ermitteln und in die Parteivorbringen zu integrieren, die für die gestellten Klagebegehren auf Grund der anwendbaren Rechtsnormen und ihrer möglichen Auslegung rechtserheblich sein können⁸¹. Wird eine Tatsache nicht behauptet, von deren Vorhandensein Entstehung oder Untergang des geltend gemachten Rechtes abhängt, so ist die Klage nicht schlüssig begründet oder beantwortet. Absolut unerlässlich ist somit im Rahmen der Verhandlungsmaxime die Aufnahme der unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen in die Parteivorbringen, wobei auch sinnngemäße Sachverhaltsmomente (z. B. Aktivlegitimation in der Geltendmachung eines Anspruches) und sinnngemäße Sachverhaltsvarianten (z. B. wird mit Behauptung des Vertragsabschlusses stillschweigend vorausgesetzt, daß die Offerte rechtzeitig angenommen worden ist) als in die Parteivorbringen miteingeschlossen gelten⁸². Das anzuwendende Recht hat somit auch im Sachverhaltsbereich eine starke Domi-

⁷⁸ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 159.

⁷⁹ HUGUENIN-DUMITTAN, S. 5.

⁸⁰ STRÄULI/MESSMER, N. 2 zu § 54 ZPO.

⁸¹ OTT, S. 15.

⁸² OTT, S. 17.

nanz. Diese Dominanz wirkt sich zu Lasten der nicht rechtskundigen Partei aus und kann so ebenfalls eine einschneidende Erfolgsbarriere bilden⁸³, die auch durch die richterliche Fragepflicht nicht vollständig behoben werden kann⁸⁴.

Auch die reine Dispositionsmaxime kann für den Rechtsunkundigen zu einer Erfolgsbarriere werden, so z. B. bei der Formulierung eines deutlichen Rechtsbegehrens, von Rechtsmittelnanträgen oder im Falle der Unterlassung einer zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlichen Prozeßhandlung⁸⁵.

b) Sprachbarrieren

Im prozessualen Verfahren sind Sachverhaltsdarstellung und Antrag dem Gericht und der Gegenpartei durch die Sprache (mündlich oder schriftlich) zu vermitteln. Die Umsetzung des gedachten Sachverhaltes und der daraus resultierenden Anträge in Sprache, die Sprachverwendung und die dadurch erzeugte Wirkung auf die Adressaten (Gegenpartei und Richter) erfordern spezifische Kenntnisse und Erfahrungen, die bei den einzelnen Parteien in sehr unterschiedlichem Maße vorhanden sind. Fähigkeitsdefizite in diesem Bereich, wie sie bei einem Teil der Bevölkerung anzutreffen sind, vermögen die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung zu tangieren⁸⁶. Die mangelhafte Ausdrucksfähigkeit kann einer Partei sowohl im eigentlichen kontradiktorischen Verfahren, wo, soweit das Verfahren mündlich ist, auf einen Zug sogleich der Gegenzug zu führen ist, als auch in einer Vergleichsverhandlung zum Verhängnis werden.

Ein weiterer Aspekt der Sprachbarriere ist im Umstand zu sehen, daß sich der Jurist vor Gericht der Fachsprache bedient, die sich etwa in der Aufforderung «zur Sache zu sprechen und nicht abzuschweifen» niederschlägt und deren Funktion darin besteht, nur die Ausschnitte aus der sozialen Wirklichkeit sprachlich zur Geltung zu bringen, die für eine rechtliche Be-

⁸³ In SJZ 73 (1977), S. 255 stellte das Zürcher Kassationsgericht in einem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Prozeß folgendes fest: «Die Auswahl der dem Richter vorzutragenden Tatsachen muß unter rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen und setzt Rechtskenntnisse voraus; sie ist daher in nicht ganz einfachen Fällen nur dem Rechtskundigen möglich».

⁸⁴ Zur richterlichen Fragepflicht vgl. hinten, S. 79 ff.

⁸⁵ Das Antragerfordernis ist auf den Anwaltsprozeß zugeschnitten, vgl. dazu LOOSLI, S. 15 N. 53; MEIER, *Iura novit curia*, S. 146.

⁸⁶ LOOSLI, S. 16.

wertung relevant sind. Dies wird vom Rechtsuchenden zwar verstanden; er weiß genau, was der Richter von ihm hören möchte, glaubt jedoch auf der anderen Seite nicht, daß mit dem, was der Richter von ihm erfragt, der Sachverhalt tatsächlich verstanden werden kann. Das Bemühen, über den gefragten Sachverhalt hinaus Informationen zu geben, ist daher nicht Ausdruck einer Sprachbarriere des Rechtsuchenden, sondern dessen Bemühen, eine vermeintliche Sprachbarriere des Richters zu überwinden. In den meisten Untersuchungen überwiegt nämlich das Urteil der Bürger, daß die Richter ihre Probleme nicht verstanden hätten⁸⁷. Sprachbarrieren können daher nicht nur Darstellungs- und Verhaltensprobleme des Rechtsuchenden vor Gericht bewirken, sondern können auch den Zugang des Richters zur sozialen Wirklichkeit verhindern, der ihm erlauben würde, die Schutzfunktion des Rechts für soziale Interessen zu entfalten⁸⁸.

Weit größer noch sind für den mit dem Verfassen von Schreiben nicht geübten Rechtsuchenden die Tücken des schriftlichen Verkehrs⁸⁹. Vor allem Ausländer, aber nicht nur diese, sind oft überfordert, wenn sie ein Schreiben an ein Gericht ausformulieren müssen. Besonders schwierig ist die Einleitung eines Verfahrens für diese Rechtsuchenden dort, wo die Prozeßordnung schon für das erstinstanzliche Verfahren Schriftlichkeit vorsieht⁹⁰, was für die meisten kantonalen Prozeßordnungen zutrifft.

c) Verfahrensdauer

Von einer bestimmten Prozeßdauer an kann nicht mehr von einem wirksamen Rechtsschutz gesprochen werden, sondern von einer durch die Prozeßdauer verursachten Rechtsverweigerung. Nach KLEIN kann der Prozeß seine Funktion nur erfüllen, wenn er «Gegenwartshilfe» ist⁹¹. Von Rechtsverwirklichung kann nur dann die Rede sein, wenn sie in einer angemessenen Zeit erfolgt. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß die Dauer des Prozesses dort, wo es um soziale Interessen geht, zum Teil

⁸⁷ REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 28.

⁸⁸ Vgl. dazu das anschauliche Beispiel bei BAUSINGER, S. 19 ff.

⁸⁹ WASSERMANN, S. 159.

⁹⁰ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 416; VOGEL, Grundriß, S. 125.

⁹¹ KLEIN, Praktische Anwendung der neuen Prozeßgesetze, S. 88.

unterschiedliche Funktionen hat. Soweit es um personale Beziehungen geht, bietet unter Umständen ein langer Prozeß mehr Lösungsmöglichkeiten, die der Komplexität gerecht werden, als ein schnelles Urteil. Es kann aber auch sein, daß mit zunehmender Dauer der Prozeß um so erbitterter geführt wird. Je länger der Prozeß dauert, um so mehr vertieft sich der Streit und um so geringer ist die Möglichkeit einer Einigung. Und wo die Herstellung eines wichtigen Zustandes für Verbraucher, Mieter oder Arbeitnehmer im Vordergrund steht, ist oft jede Prozeßdauer eine unüberwindliche Barriere⁹². Schließlich kann durch den zeitlich bedingten Verlust von Beweismitteln eine Verschlechterung der Beweislage eintreten.

Soweit Geldforderungen einzutreiben sind, trifft die lange Prozeßdauer den sozial und wirtschaftlich Schwächeren ebenfalls stärker als den sozial und wirtschaftlich Stärkeren. Der Arbeitnehmer, der um seinen Lohn streiten muß, läuft Gefahr, einen unter Umständen nicht der Rechtslage entsprechenden Vergleich zu akzeptieren, um so das Geld für seinen laufenden Lebensunterhalt ohne Zuhilfenahme der Fürsorge möglichst rasch zu erhalten. Gerade in solchen Fällen vermag auch der «einstweilige Rechtsschutz», dessen primäre Aufgabe es ist, die nachteiligen Folgen der Prozeßdauer abzuwehren, keinen Schutz zu bringen. Die in Anwaltskreisen verbreitete Kritik, es gebe an den Gerichten nur deshalb so viele, oft der Rechtslage nicht entsprechenden Vergleiche, weil es nicht möglich sei, durch ein Urteil innert nützlicher Frist zu seinem Recht zu kommen, stimmt nachdenklich und weist deutlich auf das Vorhandensein einer solchen Zeitbarriere hin⁹³.

d) Strukturelles Übergewicht des Gegners

Auch im Gerichtsverfahren wird Umfang und Intensität der Parteiaktivität stark von wirtschaftlichen Faktoren bestimmt. Die wirtschaftliche Asymmetrie führt, vor allem in der Phase der Tatsachenbehauptungen, zu einer prozessualen Asymmetrie. Dem wirtschaftlich Stärkeren stehen mehr Streitmittel zur Verfügung und er ist in der Lage, mehr Prozeßbeiträge zu liefern. So kann er private Rechtsgutachten in Auftrag geben, um den «Rechtsvorsprung» des Richters einzuholen; Experten

⁹² REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 40.

⁹³ Daß die Parteivertreter ebenfalls stark prozeßverzögernd agieren können, wird bei dieser Kritik oft vergessen.

beziehen zur Widerlegung des gerichtlichen Gutachtens; Privatdetektive beauftragen, um seine Beweislage zu bessern. Größere wirtschaftliche Ungleichheit kann also dazu führen, daß die Parteien unterschiedlich auf das Prozeßgeschehen einwirken können und dadurch das prozessuale Gleichgewicht, das Voraussetzung für einen kontradiktorischen Streit ist, gestört wird⁹⁴. Dieses Ungleichgewicht bewirkt eine Verminderung der Chance der Rechtsdurchsetzung für den wirtschaftlich Schwächeren und stellt eine Erfolgsbarriere für diesen dar.

e) Kostenbarriere

Die von ERICH FECHNER im Jahre 1969 aufgestellte These, wonach die in Deutschland geltende Kosten- und Gebührenregelung den sozial schwächeren Bevölkerungsschichten den Zugang zum Rechtsschutz erschwert oder gar versperrt, hat eine lebhafte Diskussion über die Kosten des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgelöst⁹⁵. Diese These hat fast einhellige Zustimmung gefunden. Auch in der Schweiz ist es eine schon lange bekannte Tatsache, daß die Verwirklichung des materiellen Rechts an den für den Rechtsuchenden mit der Durchsetzung eines Anspruches verbundenen Kosten scheitern oder durch diese zumindest stark beeinträchtigt werden kann, auch wenn sich das Schrifttum noch wenig mit den schweizerischen Verhältnissen befaßt hat⁹⁶. Angesichts der Bedeutung dieser Barriere, die, wie noch aufzuzeigen sein wird, vor allem die breite Mittelschicht trifft, rechtfertigt es sich, ihr einen speziellen Abschnitt zu widmen.

III. Kostenbarriere im speziellen

1. Allgemeines

«Die derzeitige Kostenregelung verstößt gegen elementare Verfassungsgrundsätze. Die Auslieferung des Einzelnen an

⁹⁴ KININGER, S. 36.

⁹⁵ FECHNER, S. 349 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu die wenigen in der 1978 erschienenen Dissertation von JACOT, Die (Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für die Rechtsuchenden, S. 1 ff., zitierten Werke zu den schweizerischen Verhältnissen sowie erstmals in einem juristischen Lehrbuch bei VOGEL, Grundriß, S. 210.

private Willkür durch Sperrung des Rechtsweges bei gleichzeitigem Verbot der Selbsthilfe bedeutet eine «Entrechtung», die den Grundwert der Verfassung, die Personenwürde in Frage stellt. Zugleich widerspricht die Entkräftung der Rechtsweggarantie dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Verletzt ist auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Person (Art. 2 Abs. 2) und das Grundrecht der Gleichheit aller vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1).» Mit diesen deutlichen Worten leitete FECHNER 1969 die Diskussion über die Änderung des Kostenrechts im deutschen Zivilprozeß ein⁹⁷. Auch wenn in der Schweiz diese Diskussion weitgehend ausblieb, so können keine Zweifel darüber bestehen, daß die Kostenbarriere auch hier besteht⁹⁸. Die Kosten der Rechtsverfolgung lassen den einzelnen Bürger eher auf seine Rechte verzichten, als daß er eine ungewisse Kostenfolge auf sich nimmt. Diese Problematik verschärft sich, wenn der Rechtsuchende aus dem Kreis der finanziell schwächeren Bevölkerungsschicht stammt⁹⁹. Ihn treffen die Kosten ungleich schwerer als den wirtschaftlich Begüterten. Für den finanziell Schwächeren erweist sich die Kostenfrage als ein zentrales Problem sowohl im Bereiche der außergerichtlichen als auch bei der gerichtlichen Rechtsverfolgung¹⁰⁰.

Die Kostenbarriere ist eine Gefahr für den Rechtsstaat, da sie bewirken kann, daß der Bürger, wenn er vor der Wahrnehmung seiner Rechte resigniert, das Vertrauen in den staatlichen Rechtsschutz verliert und versucht ist, zur Selbsthilfe zu greifen¹⁰¹. Auch wenn die Kostenbarriere als eines der letzten Glieder in der Kette der Zugangs- und Erfolgsbarrieren betrachtet wird, kommt ihr doch eine eminent wichtige Bedeutung zu. Ihr Wegfall wäre geeignet, den Weg zum Wegfall des größten Teils der übrigen Barrieren zu ebnen.

2. Zur Terminologie

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit liegt es auf der Hand, zwischen den außerprozessualen Rechtsverfolgungskosten,

⁹⁷ FECHNER, S. 352.

⁹⁸ BERNET, S. 77.

⁹⁹ In Relation zu den hohen Rechtsverfolgungskosten muß auch eine breite Mittelschicht zur finanziell schwächeren Bevölkerungsschicht gezählt werden.

¹⁰⁰ JACOT, S. 1.

¹⁰¹ VOGEL, Grundriß, S. 210.

welche die außergerichtliche Kostenbarriere bilden, und den prozessualen Rechtsverfolgungskosten, welche zur gerichtlichen Kostenbarriere führen, zu unterscheiden¹⁰². Zu den letzteren zählen die Gerichts- und die Parteikosten.

3. Funktion der Kosten

Ein wesentliches Ziel der Kostenvorschriften besteht darin, unnötige und ungerechtfertigte Prozesse zu verhindern. Die Aussicht, mit unter Umständen beträchtlichen Kosten belastet zu werden, fördert die Bereitschaft des Einzelnen, seine Rechtspflichten freiwillig oder, falls schon ein Prozeß eingeleitet ist, vergleichsweise zu erfüllen¹⁰³. Damit helfen die Kosten den Rechtsfrieden zu wahren. Eine Kostenregelung wird aber dann problematisch, wenn sie bewirkt, daß aus Kostengründen auf die Rechtsverfolgung verzichtet werden muß.

Die außer- bzw. vorprozessualen Rechtsverfolgungskosten können aber auch das Gegenteil bewirken, nämlich daß vor der Einleitung eines Prozesses die Aussichten mangels genügender Rechtskenntnisse zu wenig beleuchtet und so unnötige Prozesse eingeleitet werden.

4. Außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten

a) Begriff

Damit sind jene Aufwendungen gemeint, welche einer Partei, vorerst ohne Zusammenhang mit einem Prozeßgeschehen, aus der Abklärung, Durchsetzung oder Verteidigung von Rechtspositionen unmittelbar erwachsen. Darunter fallen, nebst eigenem persönlichen Einsatz, Anwalts- und Sachverständigenkosten am meisten ins Gewicht¹⁰⁴.

Besteht zudem außerhalb eines Prozesses die Gefahr, daß bei verzögerter Vornahme der notwendigen Abklärungen rechtserhebliche Tatsachen nicht mehr festgestellt werden können, hat der Rechtsuchende die Möglichkeit, beim zuständigen Gericht ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme einzureichen¹⁰⁵.

¹⁰² Vgl. die anderen Terminologien bei JACOT, S. 6 ff. und AMMANN, S. 16 ff.

¹⁰³ PAWLOWSKY, S. 198.

¹⁰⁴ JACOT, S. 7.

¹⁰⁵ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 576 ff.

Für die im Zusammenhang mit einem solchen Verfahren entstehenden Kosten, worunter wiederum Expertisenkosten fallen können, wird der Rechtsuchende in der Regel vorschusspflichtig¹⁰⁶. Er muß ein unter Umständen beträchtliches Kostenrisiko in Kauf nehmen, sofern er überhaupt die Möglichkeit hat, den geforderten Vorschuss innert Frist erhältlich zu machen.

b) Kostentragung

Verzichtet der Rechtsuchende, der überhaupt solche Abklärungen treffen ließ, nach Abklärung der Sach- und Rechtslage darauf, einen Prozeß einzuleiten, so hat er diese Kosten allein zu tragen. Ob die von JACOT vertretene Auffassung zutrifft, wonach diese außerprozessualen Kosten bei außergerichtlicher Erledigung nach den gleichen Grundsätzen wie die vorprozessualen Kosten im Prozeß vom Gegner zu übernehmen sind, kann offengelassen werden¹⁰⁷; die Erfahrung zeigt, daß, abgesehen vielleicht von Verhandlungen mit Haftpflichtversicherern, die Prozeßgegner selten geneigt sind, solche Kosten bei der außergerichtlichen Regelung zu berücksichtigen.

Oft wird der Rechtsuchende aber überhaupt darauf verzichten, solche Abklärungen zu treffen, weil er gar nicht in der Lage ist, für die notwendigen Kosten aufzukommen. Ein Vergleich der in der Schweiz erzielten durchschnittlichen Monatsverdienste¹⁰⁸ mit den Stundenansätzen der Anwalts- oder Expertenonorare¹⁰⁹ zeigt deutlich, daß eine breite finanzielle Mittelschicht solche Dienste überhaupt nicht oder nur unter größeren finanziellen Einschränkungen in Anspruch nehmen kann.

Ein weiterer Verzichtsgrund kann darin liegen, daß diese Kosten den Wert des behaupteten Anspruchs bei weitem übersteigen, so vor allem bei Mängeln an Konsumgütern. Wiederrum ist es meistens der finanziell schwächere Rechtsuchende, der ob dieser Kostenbarriere resigniert.

¹⁰⁶ Zum Ungenügen der Möglichkeit der Gewährung der unentgeltlichen Prozeßführung vgl. hinten S. 50 ff.

¹⁰⁷ Vgl. dazu JACOT, S. 10/11.

¹⁰⁸ Im Jahre 1985 betragen der durchschnittliche Stundenverdienst eines an- und ungelernten Arbeiters Fr. 17.14 (Frauen Fr. 12.05), der durchschnittliche Monatsverdienst männlicher Angestellter Fr. 4613.– (Frauen Fr. 3124.–); Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1986, S. 346 ff.

¹⁰⁹ Z. B. ZH § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 10. Juni 1987: Stundenansatz Fr. 110.– bis Fr. 250.–.

5. Prozessuale Rechtsverfolgungskosten

a) Begriff

Nach der gewählten Terminologie ist bei den prozessualen Rechtsverfolgungskosten (Prozeßkosten) zwischen den Gerichtskosten und den Parteikosten zu unterscheiden. Die Gerichtskosten bestehen im wesentlichen aus der Gerichtsgebühr, den Barauslagen des Gerichtes und den Kanzleigebühen. Bei der Bemessung der Gerichtskosten fallen die eigentlichen Gerichtsgebühren, vor allem bei kleinen Streitwerten, wenig ins Gewicht¹¹⁰. Eine größere Barriere können die Barauslagen der Gerichte bilden, wenn Sachverständige zu honorieren sind.

Mit den Parteikosten sind die Kosten gemeint, die als Ausfluß der Prozeßführung der Parteien zur Entstehung gelangen¹¹¹. Darunter zählen Auslagen für Ersatz und Umtriebe sowie Anwaltskosten, wobei letztere gerade für finanziell schwächere Rechtsuchende stark ins Gewicht fallen können.

b) Kostentragung

Nach der Zivilprozeßordnung des Bundes und aller Kantone haben die Parteien im Maße ihres Unterliegens die im Zusammenhang mit dem Prozeß entstehenden Kosten zu tragen. Dahinter steht die «tief eingewurzelte Rechtsüberzeugung», daß dem Prozeßsieger das erstrittene Recht ungeschmälert zukommen soll¹¹². Die Partei, die gänzlich unterliegt, trägt also die gesamten Gerichtskosten, die eigenen Kosten sowie die Parteikosten des Gegners. Ausnahmen bestehen nur dort, wo die obsiegende Partei unnötige Kosten verursacht hat oder wo die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozeßführung veranlaßt sah¹¹³, wobei die Gerichte von der letzten Möglichkeit äußerst selten Gebrauch machen.

Das Risiko, solche Kosten übernehmen zu müssen, wird der finanziell schwache Rechtsuchende nur dann eingehen, wenn er seiner Sache absolut sicher ist. Schon sehr geringe Zweifel können bewirken, daß er auf die Rechtsverfolgung verzichtet.

¹¹⁰ Nach Art. 57 der Zürcher Kantonsverfassung soll das Prozeßverfahren im Sinne «wohlfeiler Erledigung» geordnet werden.

¹¹¹ JACOT, S. 14.

¹¹² BERNET, S. 85.

¹¹³ Z. B. § 64 Abs. 3 ZPO ZH; VOGEL, Grundriß, S. 213.

6. Aufhebung der Kostenbarriere durch unentgeltliche Prozeßführung und Verbeiständung?

a) Allgemeines

Einer bedürftigen Partei muß für die Führung eines nicht aussichtslosen Prozesses die unentgeltliche Prozeßführung bewilligt und, falls sie eines solchen zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte bedarf, ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden¹¹⁴. Diesen Anspruch der bedürftigen Partei auf Rechtsschutz leitet das Bundesgericht nach konstanter Praxis aus dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung ab, wobei der bundesrechtliche Anspruch nur auf Befreiung von einer Vorschußpflicht geht. Die Befreiung von der Prozeßkostenaufgabe kann lediglich gestützt auf kantonales Recht verlangt werden¹¹⁵. Nach feststehender Praxis des Bundesgerichtes hat eine Partei, die ohne Beeinträchtigung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und ihre Familie die Prozeßkosten nicht zu bestreiten vermag, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozeß schon unmittelbar aufgrund von Art. 4 BV einen Anspruch darauf, daß der Richter für sie ohne vorhergehende Hinterlegung oder Sicherstellung der Kosten tätig werde und daß ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben werde, wenn sie eines solchen zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte bedarf¹¹⁶. Aussichtslos ist ein Prozeßbegehren dann, wenn die Gewinnaussichten gegenüber der Verlustgefahr stark zurücktreten, so daß ein vermöglicher Bürger im Hinblick auf das Prozeßrisiko den Prozeß verständlicherweise nicht führen würde. Halten die Gewinnaussichten den Verlustgefahren ungefähr die Waage oder erscheinen sie sogar etwas geringer als diese, so ist dennoch das Armenrecht zu gewähren; es darf aber verweigert werden, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können¹¹⁷.

b) Mängel des geltenden Armenrechts

aa) Kein außergerichtliches Armenrecht

Der aus BV 4 fließende Armenrechtsanspruch besitzt nur für

¹¹⁴ VOGEL, Grundriß, S. 217/18.

¹¹⁵ STRÄULI/MESSMER, N. 1 zu § 84 ZPO.

¹¹⁶ BGE 99 Ia 327; 100 Ia 113; 104 Ia 73.

¹¹⁷ BGE 69 I 160/61; 100 Ia 103; 109 Ia 9.

den Zivilprozeß Geltung. Auch nach kantonaler Ausgestaltung wird das Armenrecht nur für den Bereich der Zivilrechtspflege gewährt. Für den gesamten Bereich der außerprozessualen Rechtsverfolgung ist der Rechtsuchende vom Armenrecht ausgeschlossen¹¹⁸. Der Bedürftige ist auf die Dienste von Organisationen angewiesen, welche aber nicht in der Lage sind, alle Bedürfnisse nach Rechtshilfe abzudecken und sich daher in den allermeisten Fällen auf eine summarische Rechtsberatung beschränken¹¹⁹.

bb) Problematische Anspruchsvoraussetzungen des Armenrechts

Die Voraussetzung der hinreichenden Erfolgsaussicht stellt eine Benachteiligung der «armen» gegenüber den «reichen» Rechtsuchenden dar. Auch wenn die Aussichtslosigkeit im Zweifel verneint wird¹²⁰, bringt jedes Gerichtsverfahren eine mehr oder weniger hohe Wahrscheinlichkeitsquote der «Unrichtigkeit» mit sich¹²¹, was auch für den besonderen Entscheid über die mögliche Aussichtslosigkeit gilt. Ins Gewicht fällt aber auch, daß bei schwieriger Sach- und Rechtslage der Schwerpunkt des Prozesses ins Armenrecht verlegt wird, wo die eigentliche Entscheidung vorweggenommen wird. Die unbemittelte Partei muß sich daher bereits für das Armenrechtsverfahren einen Anwalt nehmen, was ihr im Falle der Ablehnung der Armenrechtsbewilligung beträchtliche Kosten verursachen kann.

Wegen der Anspruchsvoraussetzung der Mittellosigkeit kommt das Armenrecht nur jenen Rechtsuchenden zugute, die über weniger oder nur wenig mehr als das Existenzminimum verfügen. Dieses Institut bringt dem nicht mittellosen, aber in bescheidenen Verhältnissen lebenden Bürger keine Hilfe¹²². Dazu gehört heute eine breite finanzielle Mittelschicht, der es nicht leicht fällt, schon bei relativ unbedeutendem Streitwert

¹¹⁸ Im Kanton Zürich kann der Präsident des Obergerichtes auf Gesuch hin unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen einer Partei schon vor Prozeßbeginn einen unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellen; § 88 ZPO ZH.

¹¹⁹ JACOT, S. 63.

¹²⁰ WALDER, Zivilprozeß, S. 419.

¹²¹ REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 397.

¹²² VOGEL, Grundriß, S. 211.

mit Gerichts- und Anwaltskosten in der Höhe eines Monatslohnes belastet zu werden ¹²³.

cc) Kostenrisiko im Unterliegensfall

Dieses Risiko trifft sowohl die bedürftige Partei, die im Unterliegensfall dem obsiegenden Gegner dessen Parteikosten zurückzuerstatten hat, als auch den obsiegenden Gegner, der das Risiko der Armut der im Kostenerlaß prozessierenden Partei trägt ¹²⁴. In vielen Fällen dürfte eine Betreuung ergebnislos verlaufen und zu einem Verlustschein führen.

dd) Weitere Mängel des geltenden Armenrechts

Zu erwähnen bleiben die Tatsachen, daß die Gewährung des Armenrechts keine endgültige Kostenbefreiung bewirkt ¹²⁵, der beigezogene Anwalt eine Entschädigung erhält, die nicht dem vollen tarifmäßigen Honorar entspricht ¹²⁶, juristische Personen keinen Anspruch auf Armenrecht haben ¹²⁷ und auch im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren die unentgeltliche Prozeßführung nicht bewilligt werden kann ¹²⁸. Schließlich ist noch von Bedeutung, daß nach der Praxis der Gerichte im Verfahren um vorsorgliche Maßnahmen auch der, dem die unentgeltliche Prozeßführung bewilligt wurde, für allfällige Schäden sicherstellungspflichtig bleibt ¹²⁹.

c) *Facit*

Die heutige Ausgestaltung der unentgeltlichen Prozeßführung und Verbeiständung ist überhaupt nicht geeignet, die Kostenbarriere zu durchbrechen; dies vor allem, weil eine breite finanzielle Mittelschicht sowie sämtliche juristischen Personen von diesem Institut keinen Gebrauch machen können.

¹²³ JACOT, S. 64.

¹²⁴ TROCKER, S. B82/83.

¹²⁵ Z. B. § 92 ZPO ZH und § 205 GVG ZH.

¹²⁶ Für den Kanton Zürich trifft diese Einschränkung seit dem 1. Januar 1988 nicht mehr zu; vgl. § 15 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 10. Juni 1987

¹²⁷ BGE 88 II 389.

¹²⁸ STRÄULI/MESSMER, N. 2 zu § 84 ZPO.

¹²⁹ MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 161; STRÄULI/MESSMER, N. 1 zu § 85 ZPO und N. 2 zu § 227 ZPO.

IV. Grenzen der Rechtsdurchsetzung

1. Grenzen der Problemlösungsfähigkeit des Rechts

Ansprüche, die sich in Geld umsetzen lassen, können leicht eingeklagt werden und lassen sich durch ein erstrittenes Urteil in der Regel ohne weiteres befriedigen; Ansprüche auf bestimmte Leistungen schon weniger und Ansprüche auf Vertrauen oder guten Willen überhaupt nicht. Bei der Frage nach den Schranken der Rechtsdurchsetzung sind daher auch die Grenzen der Problemlösungsfähigkeit des Rechts vor Augen zu halten¹³⁰.

a) Grenzen der Mobilisierung von Recht

Die Justiz nimmt keinerlei Einfluß darauf, welche sozialen Konflikte vor Gericht gebracht werden, sondern sie wartet ab und bearbeitet, was an sie herangetragen wird. Der Rechtssuchende kann von seinem Recht Gebrauch machen, seine Ansprüche durchsetzen, doch gibt es keinen Geltungsanspruch, der vorschreibt, daß er sich sein Recht nehmen muß. In vielen Konfliktsituationen bleibt dem sozial Schwächeren nur der Verzicht auf Rechte. Ein solcher Verzicht beruht häufig auf dem «Repressionsrisiko»: Selbst einem Arbeitnehmer, der über seine Rechte informiert, im Umgang mit Gerichten gewandt und in der Lage ist, die finanzielle Belastung einer Klage zu tragen, bleibt das Risiko, seine Arbeitsstelle durch ordentliche Kündigung des verärgerten Arbeitgebers zu verlieren, wenn er seine Rechte vor Gericht durchzusetzen versucht¹³¹.

b) Grenzen der Regulierungsfähigkeit des Rechtes

Die Mobilisierung von Recht ist mit sozialen Kosten verbunden, welche ebenfalls zu einem Rechtsverzicht führen können. In fortlaufenden Sozialbeziehungen wie Geschäftsbeziehungen, am Arbeitsplatz und erst recht in der Familie bedeutet es in der Regel eine Eskalation des Konfliktes und eine schwere Belastung für die zukünftige Fortsetzung dieser Beziehungen, wenn Auseinandersetzungen auf die Ebene eines Rechtsstreites gebracht werden. Auseinandersetzungen vor dem Miet- und

¹³⁰ BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 241.

¹³¹ BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 242.

dem Arbeitsgericht zeigen, daß die meisten erst nach dem Abbruch der Sozialbeziehungen vor Gericht gebracht werden und die Gerichte lediglich für die Regelung der Form und Folgen dieses Abbruches herangezogen werden¹³². Konflikte zwischen Mietern und Vermietern, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, also Bereiche, die für sozial Schwache von besonderer Wichtigkeit sind, können somit durch Recht nur begrenzt geregelt werden.

2. *Ressourcenknappheit*

Schon im Jahre 1979 hat der Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichtes angesichts der zunehmenden Verfahrens- und Normenfülle die Rechtsgewährung als «knappes Gut» bezeichnet. Man werde sich in den kommenden Jahren mit dem Gedanken vertraut machen müssen, die nicht unbegrenzten Rechtsfindungsressourcen gerecht zuzuteilen¹³³. Auch in der Schweiz ist in neuerer Zeit zunehmend fraglich geworden, ob die staatlichen Gerichte noch in der Lage sind, den Rechtsverwirklichungsanspruch des Bürgers zu honorieren und die Rechtsordnung zu schützen. Die einschlägigen Stichworte lauten Verfahrensflut, Überlastung der Gerichte und Prozeßverschleppung¹³⁴. Ein Gericht ist dann überlastet, wenn es die anhängig gemachten Streitfälle nicht mehr mit der notwendigen Sorgfalt prüfen und binnen angemessener Frist entscheiden kann. Dies äußert sich darin, daß die Zahl der Eingänge die Zahl der Ausgänge übersteigt, die Rückstände wachsen und die Zeit zwischen Eingang und Erledigung zunimmt¹³⁵.

¹³² BLANKENBURG, Thesen zur Umverteilung, S. 33.

¹³³ BENDA, S. 362; vgl. dazu auch HENDEL, Ressourcenknappheit, S. 377.

¹³⁴ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 21/22, insbesondere die Beispiele in Fußnote 2. Als aktuellstes Beispiel ist die Situation beim Kassationsgericht des Kantons Zürich zu erwähnen. Angesichts der Pendenzenlast machte es die Parteien der hängigen Verfahren mit Schreiben vom 11. Januar 1988 darauf aufmerksam, daß nicht damit gerechnet werden könne, daß innert der Verjährungsfristen eine Verfügung oder ein Entscheid des Kassationsgerichtes ergehe. Unter Hinweis auf BGE 106 II 33 ff. zeigte es gleichzeitig den Parteien auf, was diese zu tun haben, um eine Verjährungsfrist zu unterbrechen.

¹³⁵ Diese Merkmale weist z. B. das Schweizerische Bundesgericht seit langem auf; vgl. dazu die Botschaft betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesrechtspflege vom 29. Mai 1985. Um so erstaunlicher ist es, wenn der gleiche Gesetzgeber, der mit dieser Vorlage das Bundesgericht entlasten möchte, in Art. 191 IPRG das Bundesgericht als einzige Beschwerdeinstanz gegen Entscheide von internationalen Schiedsgerichten bestimmt; VOGEL, Prozeß-Ökonomie, S. 13.

Auf diese Ressourcenknappheit kann durch Vermehrung der zur Verfügung stehenden Mittel oder durch rationellen Einsatz dieser Mittel reagiert werden. Denkbar sind auch Beschränkungen der Nachfrage durch Erschwerung des Zugangs zum Gericht überhaupt oder zu den oberen Instanzen für bestimmte Konflikte. Angesichts der Spareuphorie im öffentlichen Haushalt und des Personalstops geht die Tendenz heute eindeutig in Richtung Zugangserschwerung, vor allem, was den Zugang zu den Rechtsmitteln anbelangt¹³⁶.

¹³⁶ Vgl. z. B. die Tatsache, daß seit dem 1. Juli 1987 im Kanton Zürich gegen Urteile der Bezirksgerichte, der Arbeits- und Mietgerichte bis zu einem Streitwert von Fr. 12 000.– sowie gegen die Urteile der Einzelrichter kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht. Für den größten Teil der Forderungsprozesse der sozial und finanziell schwächeren Bevölkerungsschicht steht somit kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung.

Dritter Teil

Optimalität des Rechtsschutzes

I. Allgemeines

Die im zweiten Teil getroffenen Feststellungen haben klar aufgezeigt, daß auch in der Schweiz von einem optimalen Rechtsschutz für alle Bevölkerungskreise nicht die Rede sein kann. Je tiefer der finanzielle und soziale Status oder das Bildungsniveau eines Rechtsuchenden ist, desto mehr Barrieren stellen sich der Durchsetzung seiner Rechte entgegen. Eine der beschriebenen Barrieren, die Kostenbarriere, trifft sogar eine breite Bevölkerungsschicht.

Der vorliegende dritte Teil ist der Suche nach Lösungsmöglichkeiten gewidmet, welche den geschilderten Barrieren entgegengehalten werden können. Dabei soll einerseits aufgezeigt werden, welche Mittel, welche Institutionen schon heute, vor allem im Kanton Zürich, dem Rechtsuchenden gegen diese Barrieren zur Verfügung stehen, wobei wiederum zwischen den außergerichtlichen und dem gerichtlichen Rechtsschutz unterschieden wird. Andererseits werden Verbesserungsmöglichkeiten im Hinblick auf den optimalen Rechtsschutz skizziert.

Die Optimalität des Rechtsschutzes ist dann erreicht, wenn keine Schranken mehr der Rechtsdurchsetzung entgegenstehen und ein möglichst großer Teil der Bürger – mit oder ohne fremde Hilfe – in der Lage ist, aus den ihn berührenden Konflikten die Rechtsprobleme und seine Rechte zu erkennen, in Kenntnis dieser Rechte zu entscheiden, ob er sie gerichtlich durchsetzen oder andere Konfliktlösungswege wählen soll und im Falle des Entscheides für die gerichtliche Lösung, einen Prozeß bis zu seiner rechtskräftigen Erledigung durchzufechten.

II. Optimalität des außergerichtlichen Rechtsschutzes

Wir haben festgestellt, daß die sozialen Bedingungen für die Inanspruchnahme von Recht nicht nur innerhalb der Gerichte,

im Kostenrecht oder im Prozeßrecht zu suchen sind. Angesichts der Vielzahl außergerichtlicher Barrieren ist die Verwirklichung von Recht auf eine Infrastruktur von außerprozessualen Einrichtungen angewiesen, die den Weg zum Recht öffnen oder erleichtern. Diese Vermittlungsleistungen dürfen sich aber nicht auf eine reine Rechtsberatung beschränken. Wer nicht in der Lage ist, seine Probleme als Rechtsprobleme zu definieren, dem ist mit einer reinen Rechtsberatung nicht gedient. Rechtsberatung sollte Teil eines Systems von Beratungsinstitutionen sein, die als Filter andere Möglichkeiten anbieten können, aber auch als Verweisungsinstitutionen im Falle rechtlicher Eskalation dienen¹³⁷.

1. Reine Rechtshilfe oder Rechtshilfe als Sozialhilfe?

Die Nachfrage nach Beratung kann dadurch ausgelöst werden, daß der Rechtsuchende einem Rechtszwang ausgesetzt ist, indem er mit einem rechtlich definierten Anspruch konfrontiert oder mit einer Klage überzogen wird, die schon von der Ausgangslage her in rechtliche Terminologie gekleidet ist. In einem solchen Fall liegt der Gang zur Rechtsberatung nahe¹³⁸. Rechtsberatungsstellen haben es denn auch überwiegend mit Ratsuchenden zu tun, die Hilfe suchen, um sich gegen solche Ansprüche zu wehren.

Anders ist die Situation, wenn der Rechtsuchende aus einer persönlichen Problemsituation heraus Beratung sucht. Ob er diese Probleme als rechtliche Ansprüche wahrnimmt, die rechtlich durchzusetzen sind, oder ob er Hilfe in einer diffusen Mängel­lage erwartet, für die er selbst noch keinen Lösungsweg definiert hat, hängt von den bei den Erwägungen zu den außergerichtlichen Barrieren und zur Grenze der Problemlösungsfähigkeit des Rechtes erwähnten Faktoren ab: nämlich davon, wie weit Ansprüche oder Problemlage in rechtlichen Kategorien wahrgenommen werden; wie groß die rechtliche Kompetenz hierfür ist; wie groß Neigung und Wahrscheinlichkeit sind, im Recht eine Lösung zu erhoffen¹³⁹. Betrachtet er ein Problem als Rechtsproblem, so wird er sich eher an eine Rechtsberatung

¹³⁷ BLANKENBURG/REIFNER, S. 1.

¹³⁸ BLANKENBURG/REIFNER, S. 4.

¹³⁹ BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 245.

wenden, betrachtet er es als Sozialproblem, wird er soziale Beratung suchen. Je diffuser die Mängellage des Rechtsuchenden ist, desto unwahrscheinlicher ist es, daß er eine Rechtsberatung aufsucht¹⁴⁰.

Die Definition der Probleme hängt aber nicht nur von der auslösenden Mobilisierung ab, sondern ebenso vom Beratungsangebot. Mit der Wahl einer Beratungsinstitution und deren Verhaltensbeeinflussung setzt sich der Definitionsprozeß fest, in dem das Problem entweder als Rechtsproblem, d. h. als Problem, das in Form von Rechtsansprüchen so definiert wird, daß Rechtsmittel zu ihrer Durchsetzung in Frage kommen oder als Sozialproblem, für das alternative Formen der Konfliktaustragung in Frage kommen. Diese Wahl hängt davon ab, welche Formen von Rat und Hilfe sich anbieten und damit, an wen sich der Hilfesuchende wenden kann. Wendet sich der Rechtsuchende zuerst an einen Rechtsanwalt¹⁴¹ oder an eine Rechtsberatungsstelle, so wird er eher einen Rechtsrat erhalten; das Problem wird als Rechtsproblem definiert. Für den Versuch, trotz rechtlicher Möglichkeit, andere Lösungsstrategien zu finden, fehlt den bestehenden Rechtsberatungsstellen wie auch den Anwälten in der Regel die Zeit, bei letzteren oft auch der finanzielle Anreiz. Wendet er sich hingegen an eine Sozialberatungsstelle, so ist die Wahrscheinlichkeit groß, daß ihm hier, nebst rechtlichen auch soziale Alternativen empfohlen werden¹⁴².

2. Rechtsschutz durch Sozialhilfe auf dem Gebiete des Rechts

Während die anwaltliche Dienstleistung oder die Tätigkeit einer reinen Rechtsberatungsstelle Mandanten voraussetzen, die in der Lage sind, ihre Probleme selber als Rechtsprobleme zu definieren, hat die öffentliche Rechtshilfe, verstanden als Sozialhilfe, als Sozialarbeit auf dem Gebiete des Rechts, überhaupt erst die Voraussetzungen für eigenverantwortliche Handlungsmöglichkeiten zu schaffen. Rechtshilfe für sozial Schwache muß daher eine Verknüpfung von Rechtsberatung und sozialer Hilfe sein. Um überhaupt die rechtliche Bedeut-

¹⁴⁰ BLANKENBURG/REIFNER, S. 4.

¹⁴¹ Dies wird allerdings oft an der Schwellen- oder Kostenangst des Rechtsuchenden scheitern.

¹⁴² BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 245.

samkeit einer Angelegenheit herauszuarbeiten und die Rechts- und Vermögensinteressen solcher Rechtsuchenden zu wahren, ist ein Eingehen auf soziale und persönliche Hintergründe erforderlich. Wegen der rechtlichen Unerfahrenheit vieler Ratsuchenden sind vielfach über die bloße Auskunftserteilung hinaus im einzelnen zu unternehmende Schritte genau zu erläutern, Schriftsätze anzufertigen und Kontakte herzustellen. Die Schwerpunkte dieser Art von Beratung «kennzeichnet die öffentliche Rechtsberatung sozial Schwacher eher als Sozialarbeit auf dem Gebiete des Rechts denn als dem üblichen Mandat des Rechtsanwaltes entsprechende anwaltsmäßige Interessenvertretung»¹⁴³; dies um so mehr, als diese Beratung auch präventiv zum Tragen kommen sollte, um für den Rechtsuchenden schon vor Abschluß eines Rechtsgeschäftes oder vor Abgabe einer rechtlich bedeutsamen Erklärung rechtliche Nachteile und Streitigkeiten zu vermeiden¹⁴⁴.

Ein Beispiel für eine solche Verbindung von Sozialhilfe und Rechtshilfe sind die unentgeltlichen Rechtsberatungsstellen der Bezirksämter in West-Berlin, die nebst der Erteilung von Rechtsauskunft und Rechtsrat praktische Hilfe in der Abfassung von Gesuchen, Schriftsätzen usw. gewähren und die Schlichtung von Konflikten durch außergerichtliche Einigung anstreben¹⁴⁵. Diese Beratungsstellen liegen regelmäßig im räumlichen Zusammenhang mit den übrigen Stellen des Sozialamtes. Diese räumliche Beziehung macht die Beratung auch für solche Personen attraktiv, die lediglich ein diffuses Hilfebedürfnis artikulieren können und wirkt daher weniger selektiv auf die Rekrutierung von Rechtsuchenden, als dies z. B. die Rechtsberatungsstellen der Gerichte tun. Die Berater arbeiten eng mit dem Sozialamt zusammen. Zu ihren Aktivitäten gehören neben der eigentlichen Rechtsberatung vor allem auch das Bemühen, neuen Wohnraum zu verschaffen, das Stellen von Anträgen an staatliche Sozialverwaltungen bis hin zu Beratungen in Familienangelegenheiten¹⁴⁶. Nach einer im Jahre 1974 durchgeführten Befragung war die Hälfte der Befragten mit einer rein juristischen Aufklärung nicht zufrieden, sondern verlangte vom Berater eine Übernahme ihrer eigenen Geschäfte im Sinne rechtlicher Interessenvertretung (22 %), oder Ent-

¹⁴³ FALKE, S. 31.

¹⁴⁴ FALKE, S. 31.

¹⁴⁵ BAUMGÄRTEL, S. 24.

¹⁴⁶ BLANKENBURG/REIFNER, S. 8/9.

scheidungshilfen in praktischen Fragen (8 %) oder aber benutzte die Rechtsberatung zu einer allgemeinen Aussprache über ihre Probleme (19 %) ¹⁴⁷. Auch das amerikanische Rechtshilfemodell der «Neighbourhood Law Offices» ¹⁴⁸ ist als Einrichtung gedacht, die für eine Vielzahl von Konflikten jeweils unterschiedliche Regelungsmethoden zur Verfügung hat wie: Beratung und Sozialhilfe, Vermittlung, Schiedsverfahren und Verweisung an die ordentlichen Gerichte. Das gleiche gilt für das schwedische Rechtshilfesystem (Rättshjälpslag) ¹⁴⁹.

In der Schweiz fehlen solche durch eine Behörde errichtete und betriebene öffentliche Rechtshilfestellen, welche nebst Rechtsberatung auch soziale Hilfe erbringen und ihre Tätigkeit über die mündliche Auskunftserteilung hinaus ausdehnen ¹⁵⁰. Dies ist für den in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebenden und sozial schwachen Rechtsuchenden ein empfindlicher Mangel, da, wie bereits ausgeführt wurde, kein außegerichtliches Armenrecht besteht und, wie noch auszuführen sein wird, für viele dieser Rechtsuchenden eine reine mündliche Auskunftserteilung ungenügend ist ¹⁵¹. Die Schaffung solcher Stellen auch in der Schweiz wäre somit geeignet, den außegerichtlichen Rechtsschutz für bestimmte Rechtsuchende wesentlich zu verbessern.

3. Rechtsschutz durch Rechtsberatung

Es kann hier nicht darum gehen, einen Überblick über sämtliche Rechtsberatungsmöglichkeiten zu verschaffen. Vielmehr geht es darum, die wesentlichsten Formen der Rechtsberatung unter dem Aspekt der Optimalität des außegerichtlichen Rechtsschutzes zu betrachten, allfällige Lücken aufzuzeigen und Vorschläge zur Schließung dieser Lücken zu machen.

¹⁴⁷ REIFNER, Unentgeltliche Rechtsberatung, S. 64.

¹⁴⁸ Vgl. dazu TROCKER, S. B36; RÖHL/RÖHL, Neighborhood Justice Centers, S. 421.

¹⁴⁹ BAUMGÄRTEL, S. 185 ff.

¹⁵⁰ Die unentgeltlichen Rechtsauskunftsstellen der Städte Winterthur, Wädenswil und der Gemeinde Wetzikon beschränken sich im wesentlichen auf die reine Rechtsberatung, während es sich bei der im Telefonbuch der Stadt Zürich aufgeführten städtischen Rechtsauskunftsstelle um die Rechtsauskunftsstelle des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte handelt.

¹⁵¹ Vgl. hinten S. 62 ff.

a) *Rechtsberatung durch die Anwaltschaft*

aa) Angebot

Angesichts der Komplexität des Rechts kommt der beratenden Tätigkeit des Anwalts große Bedeutung zu.

Fähigkeitszeugnis und Bewilligung zur Berufsausübung, Berufspflicht und Disziplinarrecht bilden Gewähr dafür, daß das Vertrauen, welches der Rechtsuchende in seinen Anwalt setzt, nicht mißbraucht wird¹⁵².

In allen Kantonen bietet die Anwaltschaft unentgeltlich (oder gegen eine bescheidene Gebühr) Rechtshilfedienste für minderbemittelte Rechtsuchende an, sei es in den Büros der einzelnen Verbandsmitglieder, wie z. B. im Kanton Jura, sei es in eigens dafür eingerichteten Räumen, in welchen die Verbandsmitglieder turnusgemäß Konsultationen erteilen, wie z. B. in den Kantonen Zürich, Bern und Genf¹⁵³.

bb) Lücken

Wie bereits aufgezeigt wurde, verunmöglichen die Honoraransätze der Anwälte zahlreichen Rechtsuchenden, und zwar bis in die finanzielle Mittelschicht hinein, die beratende Tätigkeit eines Anwalts in Anspruch zu nehmen¹⁵⁴. Nicht zu vergessen ist auch die für viele Rechtsuchende vorhandene Schwelle des Gangs zum Anwalt, die einerseits in der Ungewißheit über die Höhe der Kosten, andererseits aber auch in der sozialen Distanz zu den Anwälten begründet ist¹⁵⁵. Der Anwalt hat seine Büros meistens in Geschäftsvierteln oder sonst in vornehmen Gegenden.

Die unentgeltliche Rechtsberatungstätigkeit der Anwälte kann aus Kostengründen in den allermeisten Fällen nur die Erteilung mündlicher Auskünfte, eventuell die Abfassung kurzer Schreiben oder telefonische Abklärungen umfassen. Umfangreiches Aktenstudium und die Abfassung von längeren und komplizierten Briefen oder anderer Schriftstücke sprengen den Rahmen dieser anwaltlichen Dienstleistung. Die Rechtsberatung durch die Anwaltschaft kann somit auch keinen optimalen außergerichtlichen Rechtsschutz erbringen.

¹⁵² SALZMANN, S. 39 ff.

¹⁵³ Zürich: Rechtsauskunftsstelle des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte; Bern: Rechtsauskunftsstelle des Bernischen Anwaltsverbandes; Genf: Permanence de l'Ordre des Avocats.

¹⁵⁴ Vgl. vorn S. 48.

¹⁵⁵ BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 239.

cc) Verbesserungsmöglichkeiten

Eine Linderung des Kostendruckes für den mittellosen Rechtssuchenden stellt die Lösung der «Permanence de l'Ordre des avocats» des Kantons Genf dar. Läßt sich sein Anliegen nicht mit einer einfachen Auskunftserteilung erledigen, so kann der den Beratungsdienst versehende Rechtsanwalt den Rechtssuchenden als zahlenden Klienten weiterhin behalten, wobei er je nach der Höhe dessen steuerbaren Einkommens die Möglichkeit hat, ein bis zu 50 % reduziertes Honorar in Rechnung zu stellen¹⁵⁶. Kombiniert mit der Lösung des Kantons Jura, wo der Anwalt pro Konsultation eine (allerdings nicht kostendeckende) Entschädigung des Staates beanspruchen kann, würde eine solche Lösung eine bessere Sicherstellung des außergerichtlichen Rechtsschutzes darstellen, ohne voll entweder auf Kosten der Anwaltschaft oder auf Kosten des Staates zu gehen.

Weiter geht die vom Deutschen Anwaltsverein schon im Jahre 1974 vorgeschlagene Subventionierung von Rechtsberatung durch Anwälte nach freier Wahl. Nach diesem Modell soll jeder Anwalt verpflichtet sein, außergerichtliche Rechtshilfe zu leisten. Ist der Rechtssuchende ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts nicht in der Lage, die Kosten eines Rechtsanwalts zu tragen, so soll er die Beratung gebührenfrei erhalten; die Vergütung soll dem Anwalt vom Staat erstattet werden¹⁵⁷. Dieses Modell bedeutet eigentlich die Ausdehnung des Armenrechts auf den außergerichtlichen Bereich¹⁵⁸.

Beide Vorschläge stellen eine Verbesserung des außergerichtlichen Rechtsschutzes dar, ohne allerdings – angesichts der heutigen Ausgestaltung des Armenrechts – die Kostenbarriere ganz zu beseitigen. Auch die Schwelle des Gangs zum Anwalt bleibt bestehen.

b) Rechtsberatung durch andere privatrechtliche Organisationen

aa) Angebot

Wiederum kann es nicht darum gehen, ein Handbuch über sämtliche privaten Rechtshilfestellen zu errichten, auch wenn

¹⁵⁶ Vgl. Nouveau Règlement de la Permanence de l'ordre des Avocats du 15 décembre 1976.

¹⁵⁷ BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 235.

¹⁵⁸ Vgl. dazu auch SALZMANN, S. 310.

ein solches für den Rechtsuchenden zweifellos von Nutzen wäre. Immerhin steht fest, daß sich eine große Zahl von Organisationen wirtschaftlicher, politischer oder ideeller Natur – mit und ohne staatliche Unterstützung – mit der Gewährung unentgeltlicher oder kostengünstiger Rechtshilfe befaßt¹⁵⁹. Im Vordergrund stehen die Rechtsauskunftsstellen der Gewerkschaften und der Mieterverbände¹⁶⁰. Zu dieser von privatrechtlichen Organisationen gewährten Rechtshilfe sind auch beispielsweise die kostenlose Rechtsberatung «Tat und Rat» des Migros-Genossenschaftsbundes sowie die Beratungsstelle «Tagi-Persönlich» des Tages-Anzeigers für Stadt und Kanton Zürich zu zählen.

bb) Lücken

Auch die meisten dieser Dienste beschränken ihre Tätigkeit auf mündliche Auskunftserteilung. So sind gemäß den bereits erwähnten Richtlinien betreffend die Ausrichtung von Staatsbeiträgen an unentgeltlich erteilte Rechtsauskünfte Leistungen, die über die Auskunftserteilung hinausgehen (Erledigung von Schreiben, Eingaben, Steuererklärungen usw.), nicht beitragsberechtigt¹⁶¹. Eine weitergehende Aktivität der oft mit ehrenamtlich tätigen Beratern betriebenen Stellen würde die personelle und finanzielle Kapazität dieser Organisationen sprengen. Damit bietet auch diese Form von Rechtsberatung

¹⁵⁹ Im Kanton Zürich erfolgt die Subventionierung aufgrund eines nicht veröffentlichten Regierungsratsbeschlusses vom 22. Dezember 1976 gemäß der Anzahl der erteilten Auskünfte, und zwar ursprünglich mit Fr. 6.20 pro Auskunft. Diese Beiträge werden laufend angepaßt, letztmals auf den 1. Januar 1988 auf Fr. 10.70. Bedingung für die Subventionierung ist, daß die Stelle nicht nur Mitgliedern, sondern auch Außenstehenden offen steht, wobei die seit 1. Januar 1988 provisorisch gültigen Richtlinien betreffend die Ausrichtung von Staatsbeiträgen an unentgeltlich erteilte Rechtsauskünfte der einzelnen Trägerschaft die Möglichkeit offenläßt, den Kreis der Berechtigten einzuschränken (Wohnsitzprinzip, Einkommensprinzip) oder die Beratung auf einzelne Rechtsgebiete zu beschränken.

¹⁶⁰ So werden im Kanton Zürich der größte Teil der in den Gemeinden vorhandenen Rechtsberatungsstellen durch gewerkschaftliche Organisationen betrieben. Einzig die Gemeinde Wallisellen betreibt eine eigene Stelle, während in den Städten Winterthur, Wädenswil, Thalwil und in der Gemeinde Wetzikon sowohl gemeindeeigene als auch gewerkschaftliche Rechtsberatungsstellen betrieben werden; vgl. dazu das von der Informationsstelle des Zürcher Sozialwesens herausgegebene Handbuch «Soziale Hilfe von A–Z», Verzeichnis der sozialen, pflegerischen und medizinischen Dienste des Kantons Zürich, Jahre 1985/86.

¹⁶¹ Ziff. 1.4. der erwähnten Richtlinie.

für bestimmte Rechtsuchende keinen optimalen außergerichtlichen Rechtsschutz.

cc) Verbesserungsmöglichkeiten

Dieser Mangel kann durch vermehrte Subventionierung solcher Rechtsberatungen behoben werden. Dies würde den Organisationen erlauben, vollamtliche Berater zu beschäftigen. Um eine staatlich subventionierte Konkurrenzierung der Anwaltschaft zu vermeiden, wäre der Kreis der Berechtigten durch Einkommensgrenzen zu beschränken, wobei die Höhe dieser Grenze über der Höhe der heute für das Armenrecht gültigen Einkommensgrenzen liegen müßte.

c) *Rechtsberatung durch die Gerichte*

aa) Angebot

In zahlreichen Kantonen sind es vor allem die erstinstanzlichen Gerichte, die dem fragenden Bürger rechtliche Auskünfte erteilen¹⁶². So sind z. B. am Bezirksgericht Zürich für folgende Bereiche eigens Sprechstunden geschaffen worden: Arbeitsgericht, Eheschutzrichteramt, Einzelrichteramt für Erbschaftssachen und Mietgericht/Schlichtungsstelle. Die Beratungen erfolgen durch Gerichtssekretäre und Auditoren.

bb) Lücken

Auch diese Beratungsmöglichkeiten halten sich in Grenzen und umfassen im wesentlichen nur Auskunftserteilung, was, wie schon wiederholt erwähnt wurde, für gewisse Rechtsuchende ungenügend ist. Auch die Schwellenangst vor den Gerichten wird etliche Rechtsuchende davon abhalten, diese Beratungsmöglichkeiten zu benützen.

cc) Verbesserungsmöglichkeiten

Solche können keine vorgeschlagen werden. Die durch die Gerichte einseitig einzelnen Rechtsuchenden zukommende Rechtsberatung ist schon von der Hauptaufgabe der Gerichte her nicht unproblematisch¹⁶³. Eine weitergehende Tätigkeit für den Rechtsuchenden durch die Gerichte wie das Abfassen von Rechtsschriften, Bearbeitung von Rechtsfragen usw. wäre undenkbar.

¹⁶² MEIER, *Iura novit curia*, S. 153.

¹⁶³ JACOT, S. 42/43.

4. *Rechtsschutz durch Rechtsschutzversicherungen*

a) *Angebot*

Nebst der Rechtshilfe durch den Staat, durch die Anwaltschaft, die verschiedenen privatrechtlichen Organisationen und die Gerichte kommt der privaten Rechtsschutzversicherung in den letzten Jahren vermehrt Bedeutung zu. Die Rechtsschutzversicherung ist zwar in der Schweiz noch nicht so stark verbreitet wie in Deutschland, wo das Beitragsaufkommen in den Jahren 1960–1980 von 82 Millionen DM auf 1700 Millionen DM anstieg und 1981 ca. 40 % der Haushalte eine irgendwie geartete Rechtsschutzversicherung hatten¹⁶⁴. Immerhin ist auch in der Schweiz das Prämienvolumen von 50 Millionen Franken im Jahre 1979 kontinuierlich auf 102 Millionen Franken im Jahre 1986 gestiegen¹⁶⁵.

Die Rechtsschutzversicherung sorgt nach Eintritt des Versicherungsfalles für die Wahrnehmung der Interessen der Versicherungsnehmer, indem die Gesellschaft die als Versicherungsfälle gemeldeten Angelegenheiten mit ihren Fachleuten bearbeitet und möglichst einer vergleichsweisen Erledigung zuzuführen versucht. Im Vordergrund steht aber die Übernahme des mit der Rechtsverfolgung verbundenen Kostenrisikos, indem die Versicherungsgesellschaft in erster Linie Anwalts- und Sachverständigenkosten sowie im Prozeßfall Gerichtskosten und Parteientschädigungen bezahlt.

b) *Lücken*

Wichtige Rechtsbereiche, die für wirtschaftlich und sozial schwache Rechtsuchende von Bedeutung sind, werden gemäß den heutigen Vertragsbedingungen von den Versicherungsleistungen nicht erfaßt. Praktisch ohne Versicherungsdeckung steht der Rechtsschutzversicherte im Bereiche des Zivilgesetzbuches (mit Ausnahme des Sachenrechts) da. Auch im Zusammenhang mit Streitigkeiten aus obligationenrechtlichen Verträgen wird nicht immer Versicherungsschutz angeboten. Wo überhaupt Versicherungsschutz im Zusammenhang mit Streitigkeiten aus privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen ange-

¹⁶⁴ ADAMS, Wohlfahrtstheoretische Analyse, S. 187.

¹⁶⁵ Zahlen für 1986 gemäß Auskunft des eidgenössischen Amtes für Privatversicherungen.

boten wird, sind verschiedentlich die bedeutsamen Lohnstreitigkeiten ausgeschlossen. Das gleiche gilt beim Schutz vor mietrechtlichen Auseinandersetzungen für Streitigkeiten aus Mietzinszahlungen und Nebenkosten.

Beratungsrechtsschutz, d. h. Rechtshilfe, ohne daß eine Streitigkeit vorliegt, wird heute praktisch kaum angeboten; der Versicherungsfall, der die Leistungspflicht auslöst, besteht ja üblicherweise im Vorhandensein oder in der Möglichkeit der Entstehung eines Streitfalles. Wo eine solche Beratungsmöglichkeit besteht, werden Rat und Auskünfte zahlenmäßig begrenzt und auf Fälle beschränkt, bei welchen auf den Sachverhalt Schweizer Recht anwendbar ist¹⁶⁶.

Eine Rechtsschutzversicherung schließt der ab, der damit rechnet, mit rechtlichen Problemen konfrontiert zu werden. Wer nicht in der Lage ist, die rechtliche Relevanz der ihn betreffenden Probleme zu erfassen, wird keine Rechtsschutzversicherung abschließen. So haben deutsche Untersuchungen gezeigt, daß unter den Versicherten Personen ohne abgeschlossene Lehre und Arbeiter untervertreten sind¹⁶⁷.

Obige Ausführungen zeigen, daß auch mit dem Abschluß einer Rechtsschutzversicherung nicht für alle Rechtsuchenden ein optimaler außergerichtlicher Rechtsschutz geschaffen wird.

c) Verbesserungsmöglichkeiten

Im außerprozessualen Bereich müßte der Beratungsrechtsschutz der Rechtsschutzversicherungen ausgebaut werden. Der Versicherte sollte in allen rechtlichen Angelegenheiten, die ein Bedürfnis nach fachkundiger Beratung und Rechtsbesorgung entstehen lassen, die Leistungen der Rechtsschutzversicherung in Anspruch nehmen können¹⁶⁸.

Da die Prämien einer alles umfassenden Versicherung für die Bezüger mittlerer Einkommen kaum mehr tragbar sein könnten, sind in Deutschland verschiedene Versicherungsmodelle

¹⁶⁶ Zu den Leistungen der Rechtsschutzversicherungen vgl. die Allgemeinen Versicherungsbedingungen folgender Gesellschaften: ARAG, Allgemeine Rechtsschutz-Versicherung-Aktiengesellschaft, Zürich; CAP, Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG, Genf; Coop Rechtsschutz, Aarau; DAS, La Défense Automobile et Sportive, Genf; ORION, Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft, Basel; «Winterthur» Rechtsschutzversicherungs-Gesellschaft, Winterthur.

¹⁶⁷ GRUNSKY, S. A60.

¹⁶⁸ JACOT, S. 87.

entwickelt worden, auf die im Rahmen der Prüfung der Möglichkeiten, die Kostenbarriere abzubauen, zurückzukommen sein wird¹⁶⁹. An dieser Stelle seien nur zwei sehr weit gehende Modelle erwähnt: der Vorschlag von FRITZ BAUR, der eine allgemeine Pflichtrechtsschutzversicherung vorschlägt, die entweder durch Abschluß eines privatrechtlichen Versicherungsvertrages oder durch Zahlung eines Beitrages im Rahmen einer Sozialversicherung realisiert werden soll¹⁷⁰, sowie das «Bremer Modell», eine von privaten Rechtsschutzversicherern getragene Organisation zugunsten der Empfänger von staatlicher Fürsorge¹⁷¹.

5. *Facit*

Die obigen Ausführungen haben aufgezeigt, daß dem Rechtsuchenden in der Schweiz eine ganze Palette von Möglichkeiten zur Verfügung steht, welche ihm bei der außergerichtlichen Verfolgung seiner Rechte helfen können. Diese Angebote sind aber nicht geeignet, sämtliche außergerichtlichen Barrieren zu beheben. So mußte immer wieder auf Lücken hingewiesen werden, und zwar auf Lücken, die gerade diejenigen treffen, welche am meisten auf solche Hilfe angewiesen wären. Optimal kann der außergerichtliche Rechtsschutz mit den am Ende des letzten Abschnittes beschriebenen öffentlichen Rechtsauskunftsstellen geschaffen werden, welche neben der unentgeltlichen Rechtshilfe auch Sozialhilfe anbieten¹⁷². Mit einer solchen Institution würden für den unbeholfenen und mittellosen Rechtsuchenden viele Schranken beseitigt.

¹⁶⁹ Hinten S. 105 ff.

¹⁷⁰ BAUR, Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, S. 75 ff.

¹⁷¹ BAUMGÄRTEL, S. 92/93.

¹⁷² Eine ähnliche Beratungsstelle sieht der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten gegen Leib und Leben vom 12. August 1986 vor. Unter dem 2. Abschnitt (Beratungsstelle) sieht Art. 3 folgendes vor:

- «Die Kantone errichten Beratungsstellen. Diese haben folgende Aufgaben:
- a. sie leisten und vermitteln dem Opfer medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe;
 - b. sie unterstützen das Opfer bei der Durchsetzung seiner Zivilansprüche;
 - c. sie informieren die Bevölkerung über die Rechte der Opfer;
 - d. sie fördern Maßnahmen zur Verbrechensverhütung.

Die Beratungsstellen leisten ihre Hilfe sofort und wenn nötig auf längere

III. Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes

1. *Drei wichtige Verfahrensziele*

Wer sich mit der Frage der optimalen Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens befaßt, muß auch den Fragen nach den wichtigsten Zielen des Gerichtsverfahrens nachgehen. Auf die Hauptziele des Zivilprozesses als solchen – optimale Bewahrung der materiellen Rechtsordnung, der subjektiven Rechte des Einzelnen und Befriedigung der Parteien – wurde schon wiederholt hingewiesen. An dieser Stelle geht es darum zu untersuchen, wie das Verfahren ausgestattet sein muß, damit diese Resultate erreicht werden können. Es geht somit um die eigentlichen Verfahrensziele. Als solche sind anzusehen die Objektivität, die Prognostizierbarkeit und die Zeitangemessenheit des Verfahrens¹⁷³.

a) *Objektivität des Verfahrens*

Das gerichtliche Verfahren ist auf eine Sachentscheidung nach Maßgabe des materiellen Rechts ausgerichtet. Ziel des Verfahrens muß demnach die weitestgehende Objektivität der Sachentscheidung sein, d. h., «es müssen sowohl die Sachverhaltsfeststellung als auch die rechtliche Beurteilung möglichst nahe an die objektive Richtigkeit, also an die außerprozessuale Wirklichkeit unter Wahrung des Legalitätsprinzips herankommen. Dies erfordert die bewußte Realisierung der Sach- und Rechtsrichtigkeit nach Optimalitätskriterien»¹⁷⁴.

b) *Prognostizierbarkeit des Verfahrens*

Die Voraussehbarkeit des Prozeßergebnisses ist eine unabdingbare Forderung der Rechtssicherheit und damit auch der Rechtsstaatlichkeit. Das Handeln der Rechtsinstanzen muß voraussehbar sein. Vor Anrufung des Gerichts muß der Rechtssuchende den Ausgang des Verfahrens mit einiger Bestimmtheit

Zeit. Sie müssen so organisiert sein, daß sie jederzeit Soforthilfe leisten können. Die Dienstleistungen der Beratungsstellen und Soforthilfe sind unentgeltlich. Die Beratungsstellen können die Kosten für weitere Leistungen Dritter übernehmen.»

¹⁷³ KININGER, S. 64.

¹⁷⁴ KININGER, S. 64.

voraussehen können. Diese Voraussehbarkeit hat nebst der Überschaubarkeit des Prozeßweges und der Zuständigkeitsordnung auch die Voraussehbarkeit der Anwendung des unbestimmten materiellen Rechts zu umfassen¹⁷⁵.

c) Zeitangemessenheit des Verfahrens

Auch die Verfahrensdauer ist für den Rechtsschutz von zentraler Bedeutung. Von Rechtsverwirklichung kann nur gesprochen werden, wenn sie in einer angemessenen Zeit erfolgt. Die Verfahrensvorschriften müssen Bestimmungen enthalten, welche die Konzentration des Verfahrens und damit einen raschen Prozeßablauf bezwecken. Die meisten Prozeßordnungen erfüllen diese Voraussetzungen. Im Kanton Zürich hat das Gericht für eine beförderliche Prozeßerledigung zu sorgen (§ 53 Abs. 1 ZPO). Eine Sistierung des Verfahrens setzt zureichende Gründe voraus (§ 53 Abs. 2 ZPO); ebenso die Verschiebung einer Verhandlung und die Erstreckung richterlicher Fristen (§ 195 Abs. 1 GVG). Um den Erfordernissen der Zeitangemessenheit des Verfahrens gerecht zu werden, sind diese Bestimmungen konsequent anzuwenden. Schon allein eine konzentrierte Prozeßleitung führt zu wesentlichen Zeitersparnissen.

d) Verhältnis der Ziele untereinander

Alle drei Ziele können nicht gleichzeitig optimal erreicht werden. So stehen die Ziele «Objektivität» und «Zeitangemessenheit» in konfliktärer bzw. konkurrenzierender Beziehung zueinander. Eine extreme Zielsetzung der Objektivität bedeutet, daß diese mit allen Mitteln anzustreben ist, also insbesondere kein Zeitaufwand gescheut werden darf. Eine extreme Zielsetzung möglichst rascher Prozeßführung heißt hingegen, daß es einzig und allein darum geht, den Prozeß schnell zu einem Abschluß zu bringen, wobei die Frage der Objektivität unbeachtet bleibt. Damit die objektivitäts- und zeitbezogenen Ziele gleichzeitig erreicht werden können, müssen sie begrenzt werden. So muß das Ziel der Objektivität die effektiven Zeitverhältnisse und vor allem die beschränkte zeitliche Kapazität des Richters berücksichtigen, während das Verfahrensziel der

¹⁷⁵ In der Literatur wird vielfach dort, wo das materielle Recht dem Richter einen Spielraum überläßt, von der Unmöglichkeit der Voraussehbarkeit gesprochen; vgl. dazu KININGER, S. 91 ff. und Zitate.

Raschheit des Prozesses so auf die Objektivität ausgerichtet sein muß, daß die Prozeßreife gegeben ist.

Die Objektivität steht zur Prognostizierbarkeit im Verhältnis der Komplementarität. Je mehr die Sach- und Rechtsrichtigkeit realisiert werden kann, um so größer ist die Berechenbarkeit. Demgegenüber steht die Zeitangemessenheit zur Prognostizierbarkeit in einem neutralen Verhältnis¹⁷⁶.

2. Mittel zur Erreichung der Objektivität

An dieser Stelle soll untersucht werden, welches Instrumentarium dem Richter zur Verfügung gestellt werden muß, damit er in der Lage ist, seine Urteile möglichst aufgrund des wahren Sachverhalts zu fällen. Ebenfalls an dieser Stelle ist zu prüfen, wie weit das Verfahrensrecht, aber auch das materielle Recht, dem Rechtsuchenden die Durchsetzung seiner Rechte, insbesondere die Einleitung einer Klage, erleichtern kann.

a) Einführung des Anwaltszwanges?

Die Einführung des Anwaltszwanges im Zivilprozeß wäre an sich ein geeignetes Mittel zur Realisierung der Sachrichtigkeit. Wo dem Richter nicht ganz bewußt bestimmte Sachverhalte verschwiegen werden sollen, ist der Anwalt besser als die rechtsunkundige Partei in der Lage zu beurteilen, welche Vorbringen rechtlich relevant und damit unbedingt geltend zu machen sind. Er ist auch oft besser in der Lage, diese Vorbringen mündlich oder schriftlich zu artikulieren. So bietet der Anwalt eher Gewähr für vollständige und mängelfreie Parteivorträge und für den Ausgleich der auf Rechtsunwissenheit, Rechtsunsicherheit und mangelndes Vertrauen in die Justiz beruhenden Nachteile. Diese Vorteile – bewährte Arbeitsteilung zwischen Anwalt und Gericht, Überwindung der Sprachbarrieren mit der Hilfe des Anwaltes – werden denn auch in der in Deutschland geführten Diskussion zur Aufhebung des Anwaltszwanges in den Vordergrund gestellt¹⁷⁷. Ausgangspunkt für diese Diskussion ist die Erwartung, daß mit der Aufhebung des Anwaltszwanges ein Teil der bestehenden Kostenbarriere für den Rechtsuchenden

¹⁷⁶ Vgl. dazu KININGER, S. 126 ff. und Zitate.

¹⁷⁷ BAUMGÄRTEL, S. 117 und 151 ff.

dahinfallen würde. Mehrheitlich wendet sich die Lehre aber gegen die Aufhebung des Anwaltszwanges und sucht andere Wege zur Eliminierung der Kostenbarriere¹⁷⁸.

Eine Diskussion über die allfällige Einführung des Anwaltszwanges in der Schweiz fand nie statt. Allgemein gilt als anerkannt, daß zur Postulationsfähigkeit auch das Recht gehört, seine Sache vor Gericht selber und nicht durch einen Prozeßvertreter vorzutragen¹⁷⁹. So sah z. B. der am Schweizerischen Juristentag 1969 diskutierte Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßverfahren ans Bundeszivilrecht keine zwangsweise Beiordnung eines Anwaltes vor. Sogar eine Lösung gemäß § 29 Abs. 2 der zürcherischen Zivilprozeßordnung wurde mit der Begründung abgelehnt, daß das Zivilrecht die nötigen Rechtsbehelfe zur Verfügung stelle, um eine handlungsunfähige bzw. prozeßunfähige Person in die Lage zu versetzen, einen Prozeß zu führen oder weiterzuführen. Es bestehe kein Anlaß, eine prozeßrechtliche Institution zu schaffen, die auf das Zivilrecht einwirke¹⁸⁰. Auch die Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 25. Mai 1985 lehnte die Einführung des Anwaltszwanges für das bundesgerichtliche Verfahren mit der Begründung ab, daß dieser der herrschenden schweizerischen Auffassung und Ordnung allzu stark widersprechen würde¹⁸¹.

Diese Zurückhaltung erscheint durchaus als angebracht. Den beschriebenen Vorteilen stünden gewichtige Nachteile gegenüber, vor allem was die Kostenfrage anbelangt. Allerdings stellt die Lösung von § 29 Abs. 2 der zürcherischen Zivilprozeßordnung, wonach eine Partei, die offensichtlich unfähig ist, ihre Sache selbst gehörig zu führen, zur Bestellung eines Vertreters aufgefordert werden kann, bzw. wonach vom Gericht aus einer solchen Partei ein Vertreter bestellt werden kann, eine durchaus notwendige Hilfsmöglichkeit für den rechtsunkundigen und unbeholfenen Rechtsuchenden dar. Daß eine Partei nicht in der Lage ist, einen bestimmten Prozeß gehörig zu führen, heißt noch lange nicht, daß die Voraussetzungen für eine der im Zivilgesetzbuch vorgesehenen Maßnahmen gegeben sind.

¹⁷⁸ BAUMGÄRTEL, S. 152.

¹⁷⁹ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 132, WALDER, Zivilprozeß, S. 147.

¹⁸⁰ SCHAAD, S. 72 ff.

¹⁸¹ Botschaft OG-Revision, S. 64/65.

b) Einschränkung der Dispositionsmaxime durch Erleichterung der Klageeinleitung

Die Dispositionsmaxime bedeutet, daß es dem Belieben der Beteiligten anheimgestellt ist, zur Durchsetzung oder zum Schutz ihrer subjektiven Rechte die Gerichte anzurufen. Sie ist das prozessuale Gegenstück der das Privatrecht beherrschenden Privatautonomie. Der Streitgegenstand wird durch den Privaten beherrscht. Abgesehen von den Realobligationen enthält jedes subjektive Recht in sich das Recht des Trägers, bei dessen Verletzung vor Gericht zu klagen. Klagen darf aber in den meisten Fällen nur derjenige, dem das positive Recht das durch einen Dritten verletzte subjektive Recht einräumt; die Individualklage ist die Regel¹⁸². Diesem Klagerecht stehen jedoch oft die bereits beschriebenen Schranken entgegen. Der einzelne fürchtet die Kosten, die mit einem Prozeß verbunden sind. Er wagt es nicht, ein ihm unbekanntes Verfahren gegen einen oft mächtigen Gegner zu führen, indem er seine eigenen Chancen unterschätzt und zu wenig Vertrauen in die Justiz hat¹⁸³. Im Prozeß gibt er rasch den Kampf zugunsten eines nicht immer der tatsächlichen Sach- und Rechtslage entsprechenden Vergleiches auf. Das sind alles Faktoren, die wenig geeignet sind, zur Durchsetzung des Rechts zu verhelfen und im Prozeß die Sachrichtigkeit einer Entscheidung zu gewährleisten. Es ist daher nach Lösungen zu suchen, welche dem einzelnen die Einleitung einer Klage erleichtern. Diese Lösungen können sowohl im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht liegen.

aa) Einzelne Maßnahmen zur Erleichterung der Klageeinleitung

Die private Klageinitiative kann gefördert werden, indem vor allem das Kostenproblem angegangen wird. Ein weiterer Weg besteht darin, die Prozeßführung einzelnen Dritten einzuräumen¹⁸⁴. Als Extrembeispiel ist hier die Popularklage zu nennen, bei der jeder einzelne befugt ist, gegen jede Verletzung des objektiven Rechts vor Gericht zu klagen und so das Interesse der Allgemeinheit an der Wahrung der Rechtsordnung geltend zu machen. So stellt z. B. die Patentnichtigkeitsklage

¹⁸² TERCIER, Die Verbandsklage, S. 217.

¹⁸³ TERCIER, Die Verbandsklage, S. 216.

¹⁸⁴ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 140 ff.; vgl. dazu auch SCHNYDER, S. 453 ff.

im deutschen und österreichischen Recht nach Lehre und Rechtsprechung eine echte Popularklage dar, während in der Schweiz bloß der klagen kann, der ein berechtigtes Interesse aufweist (Art. 28 PatG)¹⁸⁵. Schließlich kann versucht werden, das Ausbleiben privater Klagen trotz Verletzung der objektiven Rechtsordnung durch die Einräumung des Klagerechtes an den Staat oder an eine Amtsstelle zu korrigieren. Diese Lösung ist dem schweizerischen Recht nicht fremd; die «zuständige Behörde» hat namentlich das Recht, auf Auflösung eines Vereins (Art. 78 ZGB) oder einer Ehe (Art. 121 ZGB) zu klagen und bei der Anerkennung des Kindesverhältnisses (Art. 260 a ZGB) zu intervenieren. Wichtig zur Durchsetzung des UWG wäre die Kompetenz gewesen, die dem Bund in Art. 9 des Entwurfes zum UWG hätte gewährt werden sollen: das Recht, eine Feststellungs-, Beseitigungs- oder Unterlassungsklage erheben zu können, sofern das öffentliche Interesse an der Gewährleistung des Wettbewerbes dies erfordert¹⁸⁶. Das am 1. März 1988 in Kraft getretene Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 sieht dieses Klagerecht nicht mehr vor¹⁸⁷.

Abzulehnen ist hingegen, die Institution des zivilrechtlichen Staatsanwaltes; ebenso die Regelung verschiedener kantonaler Prozeßgesetze, welche der Staatsanwaltschaft ein selbständiges Interventionsrecht im Prozeß einräumen, in denen öffentliche Interessen tangiert sind¹⁸⁸.

bb) Die Verbandsklage

Zu einem der wichtigsten Instrumente zur Erleichterung der Klageeinleitung und damit zur Durchsetzung sowohl der Rechtsordnung als auch der subjektiven Rechte des einzelnen dürfte in nächster Zeit die Verbandsklage werden, indem einer Organisation das Recht eingeräumt wird, im eigenen Namen, aber im Interesse bestimmter Gruppen eine Klage zu führen¹⁸⁹.

¹⁸⁵ BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 178.

¹⁸⁶ Botschaft zum UWG, S. 1096.

¹⁸⁷ BBl. 1987 I 27.

¹⁸⁸ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 315; BÖLSTERLI, S. 75.

¹⁸⁹ Von der eigentlichen Verbandsklage zu unterscheiden sind die Klagen, welche von den Verbänden als Individualklagen eingeleitet werden und diejenigen, welche die Verbände gestützt auf ihre Zweckbestimmung zum Schutze ihrer Mitglieder führen; so z. B. die Klagen gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG. Demgegenüber klagt der Verband bei der eigentlichen Verbandsklage im eigenen Namen (und nicht im Namen seiner Mitglieder) und im Interesse der Allgemeinheit (und nicht nur im Interesse seiner Mitglieder); vgl. dazu TERCIER, Verbandsklage, S. 219.

Ein solches Klagerecht sah der Entwurf zum Konsumkreditgesetz für Konsumentenschutzorganisationen vor. Danach hätte dem damaligen Art. 2 UWG ein vierter Absatz mit folgendem Wortlaut angefügt werden sollen:

«Die Ansprüche aus den Buchstaben a–c stehen ferner Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäß dem Konsumentenschutz widmen, insofern zu, als sich die Klage gegen unlauteren Wettbewerb im Zusammenhang mit Teilzahlungskäufen und ihnen gleichgestellten Rechtsgeschäften oder Kleinkrediten richtet; in diesen Fällen ist die Klageberechtigung der Organisation von derjenigen ihrer Mitglieder unabhängig.»¹⁹⁰

Das vorgeschlagene Konsumkreditgesetz fand vor den eidgenössischen Räten keine Gnade; die vorgeschlagene Verbandsklage wurde aber in Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG aufgenommen. Die Einführung der Verbandsklage im UWG ist eine wichtige Möglichkeit zur Verstärkung des Konsumentenschutzes für den finanzschwachen Konsumenten und damit ein wichtiges Instrument gegen die Erfolgsbarriere des strukturellen Übergewichtes des Gegners. Wo der einzelne in vielen Fällen nicht in der Lage ist zu klagen, muß jemand das Recht haben, sich an seiner Stelle an die Gerichte zu wenden. Gerade dies wird mit dieser Neuregelung erreicht. Die Verbandsklage hat sich in mehreren Ländern bewährt und wurde in die EG-Richtlinien aufgenommen und in den OECD-Empfehlungen gefordert¹⁹¹.

Um dem Ziel der Durchsetzung des Konsumentenschutzes gerecht zu werden, muß die Verbandsklage weiter ausgebaut werden. Dabei sollte es der Gesetzgeber vermeiden, allzu große Anforderungen an die Anerkennung der klageberechtigten Organisationen zu stellen. Die Verbandsklage kann nur dann zum Erfolg führen, wenn genug Organisationen von diesem Recht Gebrauch machen können. Was die Klagegründe betrifft, sollte der Gesetzgeber die Verbandsklage überall dort zulassen, wo mit ihrer Hilfe eine bessere Durchsetzung des Privatrechts erreicht werden kann. Angesichts der gerade im Konsumentenschutzrecht beschriebenen Schwierigkeit der Durchsetzung sollte die Verbandsklage im Konsumentenschutz allgemein anerkannt werden, wie dies z. B. in Frankreich der Fall ist¹⁹². Die Ausdehnung der Klageart auf Schaden-

¹⁹⁰ Botschaft zum Konsumkreditgesetz, S. 607.

¹⁹¹ TERCIER, Verbandsklage, S. 228.

¹⁹² Art. 46 de la loi du 27 décembre 1973 sur l'orientation du commerce (Loi Royer).

ersatzklagen sollte überprüft werden. Schließlich sollte der Gesetzgeber alle Möglichkeiten wahrnehmen, die präventive Funktion der Verbandsklage auszunützen¹⁹³.

Interessant ist auch die Idee der Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden¹⁹⁴. Bis anhin blieb die Schweiz weitgehend von solchen Massenschäden verschont. Die Brandkatastrophe bei Schweizerhalle am 1. November 1986 zeigte aber mit aller Deutlichkeit auf, daß sich solche Vorfälle auch in der Schweiz ereignen können. In einem solchen Falle würden sich einer im Interesse aller liegenden, zweckmäßigen und raschen Liquidation des Schadensfalles Hindernisse entgegenstellen, die nur äußerst schwer überwindbar wären und vor allem die finanzschwächeren Ansprecher treffen würden¹⁹⁵. Eine Möglichkeit, solche Hindernisse zu überwinden, könnte in der Begründung einer Zwangsgemeinschaft der Geschädigten liegen, analog der Zwangsgemeinschaft der Gläubiger bei Anlehensobligationen (Art. 1157 OR).

c) Einschränkung der Verhandlungsmaxime zugunsten eines erweiterten Untersuchungsgrundsatzes im Sinne der richterlichen Objektivitätskontrolle

Nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime muß der Richter seine Tätigkeit zur Hauptsache auf der Grundlage der Parteivorbringen einleiten. Die Einführung der Tatsachen in den Prozeß steht in der Verantwortung der Parteien. Im Bestreitungsfall sind diese Tatsachen zu beweisen. Das Gericht darf seinem Urteil nur Tatsachen zugrunde legen, die mindestens von einer Partei behauptet und gegebenenfalls bewiesen worden sind. Die Forschung nach Tatsachen und Beweisen ist dem

¹⁹³ Vgl. dazu TERCIER, Verbandsklage, S. 229/30 mit Zitaten. Zu den Anforderungen an eine Verbandsklage im Rahmen einer AGB-Gesetzgebung vgl. BAUDENBACHER, Grundprobleme der AGB, S. 313: «Eine Verbandsklage ist aber nur dann sinnvoll, wenn sie als abstrakte Kontrollklage ausgestaltet ist. Das bedeutet, daß Verbände bereits dann aktivlegitimiert sein müssen, wenn einseitig belastende AGB in den Verkehr gebracht werden, ohne daß ein konkreter Verfahrensabschluß nachzuweisen wäre». Ob die «drohende Verletzung» im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG dieser Forderung entspricht, wird sich bei der Anwendung von Art. 8 UWG durch die Gerichte erweisen. Vgl. dazu die eher skeptischen Stimmen zu Art. 8 in SAG 1983, 109 ff.

¹⁹⁴ Vgl. dazu den ausgearbeiteten Gesetzesentwurf in STARK/KNECHT, S. 77 ff.

¹⁹⁵ STARK/KNECHT, S. 53 ff.

Gericht verwehrt. Umgekehrt gelten zugestandene oder nicht ordnungsgemäß bestrittene behauptete Tatsachen im Rahmen der Verhandlungsmaxime als verwirklicht¹⁹⁶.

Die Verhandlungsmaxime findet ihre Rechtfertigung vor allem darin, daß sie ein ökonomisches Verfahren zur Rekonstruktion der wirklichen Vorgänge darstellt. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, daß diejenigen, die an einer Sache interessiert sind, in der Regel schon aus eigenem Antrieb für die Herbeischaffung des richtigen Materials sorgen. Damit erübrigt sich ein erhöhter Aufwand an staatlicher Ermittlungstätigkeit¹⁹⁷. Nun können die Parteien aber eine beliebige Menge juristisch erheblicher Umstände – gewollt oder ungewollt – vom wirklichen Sachverhalt in Abzug bringen. So kann ohne weiteres ein falscher Sachverhalt zur Urteilsgrundlage werden, ohne daß das Urteil deswegen fehlerhaft, gesetzwidrig oder sonstwie unzulänglich zustandegekommen wäre. Ein solches Urteil, dem lediglich die «formelle Wahrheit» zugrunde liegt, liegt von der Sachverhaltsrichtigkeit und damit auch von der Objektivität weit entfernt.

Auch dort, wo dem Richter im Gesetz vorgeschrieben wird, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (Art. 254 Ziff. 1 ZGB), bleibt es Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streites vorzutragen und die Beweismittel zu nennen. Der Richter, der dem Verfahrensziel der Objektivität gerecht werden will, hat aber ebenfalls zur Stoffsammlung beizutragen, indem er seine Fragepflicht auf den ganzen für die rechtliche Subsumption erheblichen Sachverhalt ausdehnt und nach den den Parteien bekannten Beweismitteln fragt und Beweismittel auch ohne Anträge der Parteien und ungeachtet der Leistung von Vorschüssen abnimmt. Insbesondere dort, wo der Richter ohne Rücksicht auf Anträge von Amtes wegen zu entscheiden hat, so z. B. beim Entscheid über die Kinderzuteilung im Ehescheidungsprozeß, hat er das Tatsachenmaterial gegebenenfalls vollständig, also auch über den Rahmen der Parteivorbringen hinaus, zu erheben¹⁹⁸.

Ob Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime gilt, muß sich der Richter immer vor Augen halten, daß die Aktivitäten der Parteien nicht in erster Linie auf die Wahrheitsfindung, sondern auf den Prozeßerfolg ausgerichtet sind. Die Beiträge der

¹⁹⁶ OTT, S. 14.

¹⁹⁷ WASSERMANN, S. 103.

¹⁹⁸ VOGEL, Grundriß, S. 115.

Parteien sind daher vom Richter auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu prüfen; dies auch dort, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, über welche die Parteien frei verfügen können. Diese Prüfung verlangt vom Richter Aktivitäten. Unter diese Aktivitäten fällt als eine der wichtigsten die richterliche Fragepflicht, auf die noch zurückzukommen sein wird¹⁹⁹. Ein weiteres wichtiges Instrument, um zu einer möglichst weitgehenden Sachrichtigkeit zu kommen, gibt ihm die zürcherische Zivilprozeßordnung mit den §§ 131 Abs. 1 und 142 Abs. 2 ZPO in die Hand. So kann das Gericht bei Säumnis des Beklagten vom Kläger den Beweis unbestritten gebliebener Behauptungen verlangen, wenn es ernsthafte Zweifel an deren Richtigkeit hat sowie ausnahmsweise auch bei Rechtsverhältnissen, über die die Parteien frei verfügen können, von Amtes wegen Beweise abnehmen²⁰⁰. Unklar ist, ob Art. 142 Abs. 2 ZPO die Bedeutung hat, daß von Amtes wegen Beweise über nicht behauptete Tatsachen, welche Tatbestandsmerkmale bilden, abgenommen werden können²⁰¹.

Nicht ausdrücklich vorgesehen ist hingegen die Möglichkeit für den Richter, auch dort, wo die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können, ausnahmsweise den Sachverhalt über die Parteivorbringung hinaus selber zu ermitteln. Gibt man dem Richter aber die Befugnis, ausnahmsweise zum Schutze der unbeholfenen oder schlecht beratenen Partei oder zur Abwendung einer groben Irreführung des Gerichtes von Amtes wegen Beweise zu erheben²⁰², ist nicht einzusehen, warum diese Möglichkeit nicht die Kompetenz umfassen soll, in solchen Fällen auch den Sachverhalt selbständig zu erforschen, insbesondere nach nicht behaupteten Tatsachen zu forschen, die Tatbestandselemente sind. Einer solchen Kompetenz steht das Bundesrecht nicht entgegen. So betrachtet es das Bundesgericht als eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes, ob Tatsachen, die nicht behauptet wurden, Gegenstand des Urteils bilden können²⁰³. Von Bundesrechts wegen ist die Verhandlungsmaxime den Kantonen nicht vorgeschrieben. Bundesrecht ist daher nicht verletzt, wenn der Richter einen aus den

¹⁹⁹ Vgl. dazu hinten, S. 79 ff.

²⁰⁰ Vgl. dazu die ähnlichen Regelungen in BZPO 12, ZPO Bern 207, ZPO Freiburg 187.

²⁰¹ Ablehnend GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 165; zustimmend WALDER, *Offizialmaxime*, S 7 N. 12.

²⁰² STRÄULI/MESSMER, N. 3 zu § 142 ZPO.

²⁰³ WALDER, *Offizialmaxime*, S. 10.

Akten hervorgehenden Sachverhalt zugunsten einer Partei verwendet, den diese selber nicht anruft, oder einen von keiner Seite vorgebrachten Sachumstand von sich aus heranzieht und darüber Beweise anordnet²⁰⁴.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die kantonalen Zivilprozeßordnungen dem Richter die Möglichkeit geben, die Beiträge der Parteien auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu untersuchen; dies auch in Rechtsverhältnissen, über welche die Parteien frei verfügen können. Fraglich ist, ob die meist überlasteten Richter davon auch genügend Gebrauch machen²⁰⁵. Um diesen wichtigen Bestimmungen zum Durchbruch zu verhelfen, sollten sie als «Muß-Vorschriften» ausgestaltet sein. Im Interesse der Ermittlung des wahren Sachverhaltes sollte ihr Anwendungsbereich nicht allzu eng umschrieben werden. Bei dieser Forderung geht es nicht darum, die Verhandlungsmaxime ganz durch die Untersuchungsmaxime zu ersetzen. Sobald das Gericht aber Zweifel daran hat, ob die Parteien ihm den richtigen und vollständigen Sachverhalt unterbreiten, muß es die Pflicht haben, den wahren Sachverhalt zu ermitteln und darüber Beweise abzunehmen, unabhängig davon, ob die Parteien frei über das Rechtsverhältnis verfügen können oder nicht.

d) Ausweitung der richterlichen Fragepflicht

Für die unbeholfene Partei ist es oft schwierig, dem Gericht den ganzen rechtlich relevanten Sachverhalt darzulegen und klare und bestimmte Anträge zu stellen. Wo es den Parteien nicht gelingt, dem Gericht das Tatsachenmaterial richtig und vollständig zu unterbreiten, ist es dessen Pflicht, darauf hinzuwirken, daß dies geschieht²⁰⁶. Diese richterliche Verfahrenlenkung ist eines der wichtigsten Instrumente, die dem Gericht erlauben, ein Urteil zu fällen, das auf eine möglichst weitgehende Sachrichtigkeit abgestützt ist. Je nachdem, wie die Prozeßordnung diese Lenkungsmöglichkeit ausgestaltet, kann sie eine einschneidende Einschränkung der Verhandlungsmaxime sein und damit zu einer Minderung der für den rechtsunkundigen Prozeßbeteiligten unbilligen Rechtsfolgen führen.

Stellt der Richter Mängel in den Parteivorbringen fest, muß er der mangelhaft handelnden Partei grundsätzlich Gelegenheit

²⁰⁴ STRÄULI/MESSMER, N. 1 zu § 54 ZPO; KUMMER, N. 13 zu Art. 8 ZGB.

²⁰⁵ Vgl. dazu VOGEL, Grundriß, S. 106.

²⁰⁶ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 165.

zur Mängelbehebung geben. Dies gilt auch einer rechtskundigen oder rechtskundig vertretenen Partei gegenüber²⁰⁷. Die Verletzung dieser Pflicht kommt einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleich²⁰⁸. Bei der Auswahl der der einzelnen Partei zur Verfügung gestellten Maßnahme ist auf die erkennbaren Fähigkeiten der betroffenen Partei (z. B. Sachkunde, Rechtskunde usw.) abzustellen²⁰⁹. Erst wenn die betroffene Partei diese ihren Fähigkeiten angepaßte Gelegenheit zur Mängelbehebung nicht oder nicht in dem ihr zumutbaren Maß ergreift, treffen sie die prozessualen Folgen zu Recht. In einem solchen Falle ist aber vorerst noch zu prüfen, ob sie nicht anzuhalten ist, einen Vertreter zu bestellen oder gar, ob ihr nicht ein Vertreter zu bestellen ist, wie dies z. B. in der zürcherischen Zivilprozeßordnung vorgesehen ist (§ 29 Abs. 2 ZPO).

aa) Richterliche Befragung

Die richterliche Befragung dient vorerst der Behebung von Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Unbestimmtheiten in den Parteivorbringen²¹⁰. Dabei ist offensichtlich, daß der Begriff der Unvollständigkeit auch fehlende und damit nicht vorgebrachte Sachverhaltselemente eines nur unvollständig dargelegten Lebensvorganges oder Anspruches erfassen muß; ein unvollständiges Parteivorbringen ist immer unklar und unbestimmt²¹¹. Die von STRÄULI/MESSMER vertretene Auffassung, wonach nur rechtzeitig gemachte Vorbringen, die unklar, unbestimmt und unvollständig bleiben, die richterliche Fragepflicht entstehen lassen, erweist sich als zu eng²¹². Soweit ein von den Parteien nur schemenhaft dargelegter, aber doch wirkungsmäßig erkennbarer Lebensvorgang und Anspruch vorhanden ist, muß der Richter die Parteien auch zu den innerhalb dieses Lebensvorganges und Anspruches rechtlich relevanten Sachverhalten und Sachverhaltselementen befragen können, die von keiner der Parteien vorgebracht wurden. Das Gericht soll die Parteien zur Angabe aller für die gewünschte

²⁰⁷ ZR 60 Nr. 64.

²⁰⁸ ZR 58 Nr. 89.

²⁰⁹ LOOSLI, S. 39.

²¹⁰ Vgl. z. B. § 55 der zürcherischen Zivilprozeßordnung, wonach einer Partei, deren Vorbringen unklar, unvollständig und unbestimmt bleibt, Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben ist, insbesondere durch richterliche Befragung.

²¹¹ LOOSLI, S. 38.

²¹² STRÄULI/MESSMER, N. 4 zu § 55 ZPO.

Rechtsfolge erheblichen Tatsachen anhalten können²¹³. Das muß auch für Prozesse über Rechtsverhältnisse gelten, über die die Parteien frei verfügen können.

In der konkreten Ausgestaltung der Befragung steht dem Richter ein großer Ermessensspielraum offen. Die Befragung muß der sich mangelhaft ausdrückenden Partei eine Mängelbehebung in zumutbarer Weise ermöglichen. Die Befragung hat für den Adressaten verständlich und klar zu sein. Wichtig ist, daß nicht nur die nackte Frage gestellt wird; die Frage hat an eine ganz bestimmte Parteiäußerung (auch an eine nur schemenhaft erkennbare Darlegung) anzuknüpfen und hinsichtlich Art und Umfang der festgestellten Unklarheit, Unvollständigkeit und Unbestimmtheit informativ zu sein. Dem Rechtsuchenden muß somit erklärt werden, warum diese Frage überhaupt gestellt wird; die Frage muß in die mangelhafte Darlegung eingebettet werden²¹⁴. So verstanden ermöglicht die richterliche Befragung der einzelnen Prozeßpartei – insbesondere der unbeholfenen – auf relativ einfache Weise die Behebung von Mängeln. Diese Art der Mängelbehebung entspricht geradezu einem Bedürfnis der rechtsunkundigen, unbeholfenen Prozeßpartei, kann sie doch so die Obliegenheiten der Mängelbehebung ohne umfassende eigene Aktivität erfüllen²¹⁵.

Im gleichen Sinne sind die Parteien zu befragen, wenn ihre Stellungnahmen zu Erklärungen der Gegenpartei nicht vollständig sind und auch die Nennung von Beweismitteln nicht vollständig ist. Schließlich wird die Ausübung der richterlichen Befragung auch dann aktuell, wenn die Rechtsauffassung des Gerichtes wesentlich von derjenigen der Parteien abweicht. In solchen Fällen ist den Parteien nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs davon Kenntnis zu geben, sie dazu Stellung nehmen und ihre tatsächlichen Vorbringen ergänzen zu lassen²¹⁶. Auch dies kann in der Form der richterlichen Befragung geschehen.

²¹³ VOGEL, Grundriß, S. 112.

²¹⁴ Zur Technik der Befragung vgl. LOOSLI, S. 62 ff., wobei seiner Auffassung, wonach sich die Befragung im Bereiche der unvollständigen Parteivorbringen nicht eignen soll, nicht beigepflichtet werden kann.

²¹⁵ § 55 der zürcherischen Zivilprozeßordnung verlangt vom Richter nur, der Partei Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben; es ist nicht seine Aufgabe, mangelhafte Parteivorbringen anstelle der Parteien zu ergänzen und abzuklären. Unbeholfenen Parteien hat er aber durch Fragen behilflich zu sein. Vgl. dazu STRÄULI/MESSMER, N. 6 zu § 55 ZPO.

²¹⁶ VOGEL, Grundriß, S. 112.

bb) Aufforderung, Anweisung an die Parteien

Als richterliches Verfahrenlenkungsmittel zur Mängelbehebung kommt nicht nur die persönliche Befragung in Frage. Andere Lenkungsmittel, die geeignet sind, einer Prozeßpartei Gelegenheit zur Mängelbehebung einzuräumen, sind die Anweisung und die Aufforderung des Richters zur Mängelbehebung; z. B. die Aufforderung, zu Erklärungen der Gegenpartei schriftlich Stellung zu nehmen. Ihre Voraussetzungen und Zielsetzungen entsprechen denjenigen der richterlichen Befragung. Auch die Anweisung und die Aufforderung ist für die unbeholfene Partei, wenn überhaupt, nur dann wirksam, wenn sie an bereits artikuliertem Parteivorbringen anknüpft. Sätze wie «Führen Sie dies klar aus» oder «Sie haben Ihre Tatsachenbehauptungen vollständig darzulegen» sind zu wenig informativ und überrumpeln die unbeholfene Partei²¹⁷. Auch wenn die Aufforderung und die Anweisung im Grunde genommen viel eher dem § 55 der zürcherischen Zivilprozeßordnung zugrundeliegenden Bestreben, durch richterliches Tätigwerden den Parteien Gelegenheit zur selbständigen Mängelbehebung zu bieten, entspricht, zeigt die Erfahrung, daß die unbeholfene, rechtsunkundige Partei durch eine solche Aufforderung oft überfordert ist; selbst dann, wenn sie an bereits artikuliertes parteivorbringen angeknüpft wird. Damit die Anweisung an eine solche Person wirklich eine Hilfe zur Mängelbehebung ist, muß sie so konkretisiert sein, daß sie bald der richterlichen Befragung gleichkommt. So gesehen erweist sich die Auffassung von LOOSLI, wonach der Anweisung und Aufforderung gegenüber der Fragestellung nicht im gleichen Umfang und nicht ebenso leicht eine bestimmende Wirkung zukommen kann, als Illusion²¹⁸. Ob Befragung oder Anweisung bzw. Aufforderung, beide sind geeignet, nicht nur das Verfahren, sondern auch die Prozeßparteien bestimmend zu lenken.

Daß Aufforderungen und Anweisungen nicht nur wichtige Hilfsmittel für unbeholfene Parteien sind, zeigt die Praxis des Zürcher Handelsgerichtes, welches obligatorisch eine Referentenaudienz auf die Klageantwort folgen läßt, in welcher die Parteien im sogenannten «offiziellen Teil» auf unklare, unvollständige Ausführungen aufmerksam gemacht und insbesondere darauf hingewiesen werden, was noch näher zu substantiieren ist.

²¹⁷ LOOSLI, S. 73.

²¹⁸ LOOSLI, S. 73.

e) Entbindung der Parteien von Rechtskenntnissen

Nachdem das schweizerische Zivilprozeßrecht den Anwaltszwang nicht kennt und in absehbarer Zeit auch nicht kennen wird und nur der, der offensichtlich nicht in der Lage ist, seine Sache selber gehörig zu führen, zum Beizug eines Vertreters angehalten werden kann (z. B. § 29 Abs. 2 ZPO ZH), ist das Verfahren so auszugestalten, daß auch der Laie in der Lage ist, den Prozeß persönlich zu führen²¹⁹. Nur so ist Gewähr dafür gegeben, daß der richterliche Entscheid auf Kriterien abgestützt werden kann, die dem Gebot der Sach- und Rechtsrichtigkeit entsprechen. Der kantonale Gesetzgeber muß ein die Parteien von Rechtskenntnissen dispensierendes Verfahren vorsehen. Ausgangspunkt ist die bundesrechtliche Pflicht der Kantone, auch der rechtsunkundigen Partei die Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen²²⁰.

Trotz des allgemein anerkannten Grundsatzes, daß der Rechtsuchende von der Kenntnis des Rechts dispensiert sein müsse²²¹, mußte bereits darauf hingewiesen werden, daß der Grundsatz «iura novit curia» verschiedentlich durchbrochen ist, indem von den Parteien trotzdem Rechtskenntnisse verlangt werden, sowie, daß auch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime von den Parteien Rechtskenntnisse verlangen²²². Diese den Rechtsunkundigen treffenden Barrieren sind von einer Verfahrensordnung, die einen optimalen Rechtsschutz gewährleisten soll, zu durchbrechen. Nebst der bereits geforderten Einschränkung der Verhandlungsmaxime und der damit verbundenen erweiterten Pflicht zur richterlichen Befragung sind weitere Wege denkbar.

aa) Richterliche Aufklärungspflicht

Damit ist die Pflicht des Richters gemeint, die Parteien über die rechtliche Seite des Falles aufzuklären²²³. Soweit es im Interesse der Rechtsfindung und der Prozeßökonomie geboten erscheint, hat der Richter die Parteien auf unzulässige Rechtsbegehren und erforderliche Klageänderungen aufmerksam zu machen (z. B. Art. 3 Abs. 2 BZPO). Zu absolut erscheint die von MEIER getroffene Einschränkung dieser Pflicht auf die Fälle, wo die

²¹⁹ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 414/15.

²²⁰ MEIER, Iura novit curia, S. 138.

²²¹ MEIER, Iura novit curia, S. 135 und Zitate.

²²² Vgl. vorn S. 40 ff.

²²³ VOGEL, Grundriß, S. 110.

falsche Rechtsauffassung auf einem Versehen und nicht auf einem unsorgfältigen bzw. fahrlässigen Handeln beruht²²⁴. Gerade beim Rechtsunkundigen wäre diese Unterscheidung kaum zu treffen. Das Interesse an der Richtigkeit des Entscheides und das Gebot der Prozeßökonomie können es durchaus rechtfertigen, eine unsorgfältig prozessierende Partei auf ihre falsche Rechtsauffassung aufmerksam zu machen; dies insbesondere dann, wenn dies ohne wesentliche Verzögerung des Prozesses möglich ist. So sieht § 118 Abs. 2 der zürcherischen Zivilprozeßordnung vor, daß, um eine Partei zu veranlassen, ihr Vorbringen zu verdeutlichen, zu ergänzen, zu berichtigen oder zu vereinfachen, insbesondere im Sinne von § 55 ZPO, eine Referentenaudienz angeordnet werden kann. Eine solche Referentenaudienz wird denn auch meistens dazu verwendet, den Parteien auch die Rechtsauffassung des Gerichtes darzulegen, aus welchen Gründen auch immer eine der Parteien – oder auch beide – eine falsche Rechtsauffassung vertreten.

Das in diesem Zusammenhang immer wieder gehörte Argument, es gehe nicht an, daß der Richter vor der Urteilsfällung den Parteien Hinweise auf seine Rechtsauffassung vermittele und diese solche Erkenntnisse noch während des Hauptverfahrens ausnützen könnten, trifft den Kern der Sache nicht. Abgesehen davon, daß ein solches Vorgehen vergleichsfördernd wirkt²²⁵, ist es zwar richtig, daß dort, wo der Richter den Parteien schon vor Abschluß des Hauptverfahrens, z. B. nach Klagebegründung und Klageantwort, seinen Rechtsstandpunkt erörtert, er ihnen die Möglichkeit gibt, sich in den weiteren Rechtsschriften mit dieser Rechtsauffassung auseinanderzusetzen. Dies fördert aber zweifellos das rechtsrichtige Urteil. Die Partei, welche die gleiche Rechtsauffassung wie das Gericht vertritt, wird sich bemühen, diese Ansicht zu untermauern, während die andere Partei versuchen wird, die Ansicht des Richters zu widerlegen und ihn so vielleicht vor einem Fehlurteil zu bewahren.

Zur Rechtsinformationspflicht gehört schließlich die (umstrittene) Pflicht, die rechtsunkundige Partei auf die Möglichkeit der Geltendmachung einer Einrede, vor allem der Verrechnungseinrede, aufmerksam zu machen²²⁶. Daß nach Art. 142

²²⁴ MEIER, *Iura novit curia*, S. 159.

²²⁵ Zur Bedeutung der Vergleiche für die Rechtsdurchsetzung vgl. hinten S. 139 ff.

²²⁶ Zu dieser Kontroverse: befürwortend MEIER, *Iura novit curia*, S. 156, und weitere befürwortende Autoren in Anm. 14, STRÄULI/MESSMER, N. 8 zu § 55

OR die Einrede der Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden darf, steht dem nicht entgegen. Auch dann bzw. nur dann, wenn er von dieser Möglichkeit weiß, steht es dem Rechtsuchenden frei, davon Gebrauch zu machen oder nicht. Anders zu entscheiden stellt eine Benachteiligung des rechtsunkundigen Rechtsuchenden dar²²⁷.

bb) Befreiung der Parteien von der Pflicht zur rechtlichen Begründung von Rechtsmitteln

Es wurde festgestellt, daß gewisse Rechtsmittel zwar von juristischen Laien eingereicht werden dürfen, aber mit einer rechtlichen Begründung versehen sein müssen. Dies betrifft vor allem das Verfahren vor Bundesgericht sowie die außerordentlichen kantonalen Rechtsmittel²²⁸. Im Lichte der Objektivität des Endentscheides ist dieses Erfordernis problematisch. Was die kantonalen Verfahren anbelangt, so dürfen die Kantone von Bundesrechts wegen vom Rechtsunkundigen nur insoweit Rechtsausführungen verlangen, als es ihm zumutbar ist; ein Umstand, der die Statuierung der Pflicht zur Darlegung der Rechtsstandpunkte für Laien als wenig sinnvoll erscheinen läßt²²⁹.

So weicht die Praxis zu Recht von dieser Verpflichtung zur rechtlichen Begründung ab. Auf die Ausführungen juristischer Laien tritt z. B. das zürcherische Kassationsgericht insoweit ein, als sie sich mit den Urteilsabwägungen auseinandersetzen und ihnen entnommen werden kann, welche Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden. Das Bundesgericht tritt auf eine Berufung dann ein, wenn ihrer Begründung wenigstens sinngemäß entnommen werden kann, aus welchem Grund und unter welchen Gesichtspunkten bestimmte Feststellungen und Erwägungen des angefochtenen Entscheides Bundesrecht verletzen²³⁰. Unter diesen Umständen könnte ebenso gut ganz auf das Erfordernis der rechtlichen Begründung verzichtet werden.

ZPO, WALDER, Zivilprozeßrecht, S. 238, WASSERMANN, S. 118; dagegen PRÜTTING, S. 365, und div. Autoren bei MEIER, *Iura novit curia*, S. 156 Anm. 14.

Vgl. dazu auch als praktisches Beispiel das bereits erwähnte Schreiben des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich an die Parteien im Kassationsverfahren betreffend Verjährung während des Prozesses und den Kommentar dazu von VOGEL, *Darf der Richter dem Kläger «helfen»?», S. 75.*

²²⁷ Nach STRÄULI/MESSMER, N. 8 zu 55 ZPO, gilt dies auch für die Einrede der Verrechnung, der Rechtshängigkeit und der *res iudicata*.

²²⁸ Vgl. vorn S. 40.

²²⁹ MEIER, *Iura novit curia*, S. 143.

²³⁰ BGE 106 II 175.

cc) Dispensation der Parteien von der bestimmten Antragstellung

Auch die von der Dispositionsmaxime geforderte bestimmte Antragstellung setzt die Kenntnis der konkreten Rechtslage voraus. Ohne sie ist eine sinnvolle Antragstellung nicht denkbar. An dieser Voraussetzung fehlt es aber vor allem der Laienpartei. Sie ist in vielen Fällen unfähig, selber den Antragswillen zu bilden, weil sie die ihr zustehenden Rechte in ihrem genauen Umfange gar nicht kennt²³¹. Die Dispensation der Parteien von der Kenntnis des Rechts bei der Antragstellung ließe sich durch die Übertragung nebst der Verantwortung für die rechtliche Würdigung auch der Verantwortung für die rechtlichen Schlußfolgerungen auf den Richter realisieren. «Wenn nun der Richter, was allgemein anerkannt ist, die rechtliche Würdigung selbständig vornehmen muß, dann soll er auch in den Schlußfolgerungen nicht eingeschränkt sein.»²³².

Einer solch umfassenden Befreiung des Richters von der Antragstellung steht das Bundesrecht nicht entgegen. Das Verbot des Überschreitens der Parteianträge ist ein prozeßrechtlicher Grundsatz, dessen Verletzung nicht durch Berufung ans Bundesgericht gerügt werden kann²³³.

f) Weitere Mittel zur Erreichung der Objektivität des Verfahrens

Zu den weiteren Mitteln, die einen Einfluß auf die Ermittlung der Sachrichtigkeit und damit der Objektivität haben, gehört zweifellos die Aufhebung oder zumindest die Einschränkung der Kostenbarriere. Darauf wird in einem speziellen Abschnitt zurückzukommen sein²³⁴.

Von großem Einfluß auf die Objektivität ist das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Einzelrichter und Kollegialgerichten. Gerade bei der Auswertung der Beweisergebnisse wird ein Kollegialgericht mit einer größeren Wahrscheinlichkeit den objektiven Sachverhalt feststellen und weniger Gefahr als der Einzelrichter laufen, aufgrund individueller Einstellungen den

²³¹ MEIER, *Iura novit curia*, S. 146.

²³² TROLLER, S. 79 Anm. 7.

²³³ STRÄULI/MESSMER, N. 6 zu § 54 ZPO; BGE 109 II 460; 110 II 115. Anderer Meinung GULDENER, der den Grundsatz, daß einer Partei nicht mehr zugesprochen werden kann, als sie verlangt, als im Privatrecht beheimatet erachtet: *Bundesprivatrecht*, S. 41.

²³⁴ Vgl. hinten S. 105 ff.

objektiven Sachverhalt zu verfälschen bzw. zu verfehlen²³⁵. Eine weitere Qualitätsverbesserung kann durch die Spezialisierung der Gerichte erreicht werden. Der Spezialrichter wird als Spezialist sowohl in der Tatsachenfeststellung als auch in der Rechtsanwendung eine größere Objektivität erreichen²³⁶.

3. Mittel zur Erreichung der Prognostizierbarkeit

a) Überschaubarkeit der Prozeßwege

Nach dem Gebote der Legalität ist die Rechtsprechung an die Gesetze gebunden, und zwar sowohl an das materielle Recht wie auch an das Verfahrensrecht. Es sind somit nur Verfahrensabschnitte zugelassen, die gesetzlich erlaubt sind. Das dem Legalitätsprinzip unterstellte Verfahrensrecht trägt zur Prognostizierbarkeit des Prozeßergebnisses bei, indem es die Überschaubarkeit des Verfahrensweges ermöglicht. Der Rechtssuchende kann sich so ebenfalls an Gesetzen orientieren. Dies bedingt aber, daß das Prozeßrecht so ausgestaltet ist, daß es den Parteien klar den Ablauf des Prozesses und die einzelnen Schritte vor Augen führt. Die Parteien sollen aus dem Prozeßrecht erkennen können, daß ihr Vorbringen vom Gericht geprüft wird und vor allem, daß das Gericht nur aufgrund von Beweismitteln zu Tatsachenfeststellungen kommen kann. «Damit kann die Partei erkennen, daß ihr Prozeßerfolg selbst bei einem noch so «starken» Recht in Frage gestellt ist, wenn sie über keine Beweismittel verfügt oder nur z. B. über einen Zeugen, auf den sie sich wegen seiner ungünstigen Charaktereigenschaften nicht verlassen kann, oder nur ein Zeuge vorhanden ist, der im Abhängigkeitsverhältnis mit dem Gegner steht und von dem keine objektiven Angaben zu erwarten sind.»²³⁷. Durch die Kenntnis des Ablaufes des Verfahrens ist es dem Rechtssuchenden leichter möglich, seine Prozeßchancen abzuwägen. Das Prozeßergebnis wird kalkulierbar und damit vorausbestimmbar.

Für Parteien mit keinen oder nur geringen Rechtskenntnissen ist es auch so noch schwierig, aufgrund des Verfahrensrech-

²³⁵ Vorausgesetzt natürlich, daß sich nicht nur der Referent in den Fall vertieft. Vgl. dazu auch VOGEL, Prozeß-Ökonomie, S. 11.

²³⁶ KININGER, S. 72/73.

²³⁷ KININGER, S. 90.

tes, mag es noch so einfach formuliert und ausgestaltet sein, das Prozeßergebnis mit einiger Bestimmtheit vorauszusehen. Hier ist wiederum die richterliche Aufklärungspflicht von Bedeutung. Es ist Sache des Richters, der rechtsunkundigen Partei den Ablauf des Prozesses zu erklären und die einzelnen Verfahrensschritte vor Augen zu führen. Mit der Hilfe des Richters muß auch die rechtsunkundige Partei in die Lage versetzt werden, ihre Prozeßchancen abzuwägen. Das Gebot der Prognostizierbarkeit verlangt somit mehr als nur die Anwendung der Verfahrensvorschriften von Amtes wegen. Es verlangt auch eine Informationshilfe durch das Gericht, welche es der rechtsunkundigen Partei erlaubt, das Prozeßrisiko abzuwägen.

b) Überschaubarkeit der Zuständigkeitsordnung

Nebst dem Verfahrensablauf muß auch die Zuständigkeit der Gerichte für den Rechtsuchenden transparent sein, d. h. die Grenzen, innerhalb welchen für das Gericht Berechtigung und Pflicht besteht, seine Tätigkeit zu entfalten²³⁸. Der Rechtsuchende muß auf einfache Art und Weise ausfindig machen können, welches sachlich, örtlich und funktionell zuständige Gericht im konkreten Falle die Sache zu entscheiden hat. Zur Transparenz der Zuständigkeitsordnung gehören auch die strengen Anforderungen, welche die Gerichtspraxis an die Gültigkeit von prozeßrechtlichen Verträgen wie Gerichtsstandsvereinbarungen²³⁹ und Schiedsabreden²⁴⁰ stellt.

Auch hier ist festzuhalten, daß rechtsunkundige Parteien oft Mühe haben, sich in den Zuständigkeitsvorschriften zurechtzufinden. Wiederum ist es Sache der richterlichen Aufklärungspflicht, der Partei, die vor einem unzuständigen Gericht geklagt hat, bei der Bestimmung des zuständigen Gerichtes behilflich zu sein. Es geht nicht an, daß ein Gericht seine fehlende Zuständigkeit feststellt und auf die Klage nicht eintritt. Auch die zürcherische Regelung, wonach das Gericht den Prozeß nur auf Antrag des Klägers an das von ihm als zuständig bezeichnete Gericht überweist (§ 112 Abs. 1 ZPO ZH), hilft einem unbeholfenen Kläger nicht weiter, wenn er die Klage nicht nur versehentlich

²³⁸ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 78.

²³⁹ STRÄULI/MESSMER, N. 6 ff. zu § 11 ZPO.

²⁴⁰ STRÄULI/MESSMER, N. 6 ff. zu § 238 ZPO, wobei festzuhalten ist, daß auch der Beitritt des Kantons Zürich zum Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 nichts daran geändert hat; Art. 6 des Konkordates.

am falschen Ort eingeleitet hat. Um seiner Aufklärungspflicht gerecht zu werden, muß sich das Gericht zumindest in den Erwägungen zum Nichteintretensentscheid darüber äußern, welches Gericht es aufgrund der ihm bekannten Fakten als zuständig erachtet. Besser ist allerdings eine Regelung, welche das Gericht verpflichtet, den Prozeß von Amtes wegen an das von ihm als zuständig erachtete Gericht (eventuell nach einem Meinungs austausch mit jenem Gericht) zu überweisen, wie dies z. B. Art. 75 Abs. 2 OG vorsieht²⁴¹.

c) Voraussehbarkeit bei der Anwendung des unbestimmten materiellen Rechtes

Der Richter ist beim Entscheiden nicht nur an das Verfahrensrecht, sondern auch an das materielle Recht gebunden. Aufgabe des Prozesses ist es ja, eine Sachentscheidung nach Maßgabe des materiellen Rechtes herbeizuführen. Auch dort, wo das materielle Recht dem Richter einen Ermessensspielraum offenläßt (z. B. Art. 42 Abs. 2 OR), muß für die Parteien die Voraussehbarkeit garantiert sein. Dies ist nur zu erreichen, wenn die Freiräume vom Gericht in rechtlich gebundener Weise konkretisiert werden, die kontrollierbar und nachvollziehbar ist²⁴². Auch hier trifft den Richter die Aufklärungspflicht. Nur wenn er dem Rechtsuchenden die Bedeutung der einzelnen Ermessensbegriffe erläutert, versetzt er diesen in die Lage, seine Prozeßchancen abzuwägen und über die Fortsetzung oder den Abbruch des Prozesses zu entscheiden.

d) Verhältnis der Prognostizierbarkeit zur Objektivität

Voraussetzung für die Prognostizierbarkeit ist ein kontrollierbares und nachprüfbares Verfahren. Prognostizieren muß als ein gedankliches «Vorvollziehen» des richterlichen Entscheidungsvorganges aufgefaßt werden. Dieses Vorvollziehen ist aber nur erfolgsversprechend, wenn der Richter nach rationalen Gesichtspunkten ein auf die Erreichung der Objektivität, also der Tatsachen- und Rechtsrichtigkeit ausgerichtetes Verfahren vollzieht. Die enge Verknüpfung von Prognostizierbarkeit und

²⁴¹ Die Prozeßüberweisung von Amtes wegen ist übrigens auch im Kanton Zürich vorgesehen, z. B. in den §§ 22 Abs. 3, 60 Abs. 1 und 221 ZPO.

²⁴² KININGER, S. 101.

Objektivität ist offensichtlich. Daher müssen alle Maßnahmen, die für die Erreichung der Objektivität wichtig sind, auch für die Herbeiführung der Prognostizierbarkeit gefordert werden²⁴³.

4. Mittel zur Erreichung der Zeitangemessenheit

Das Prozeßverfahren soll im Sinne möglicher Rechtssicherheit sowie rascher und wohlfeiler Erledigung geordnet werden (Art. 59 KV ZH). Auch aufgrund der Bundesverfassung (Art. 4 BV) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Ziff. 1) hat der Bürger Anspruch darauf, innert angemessener Frist ein Urteil zu erhalten, das aus den wirklichen Verhältnissen die zutreffenden rechtlichen Folgerungen zieht. Sobald die Gerichte Mühe bekunden, den einzelnen Streifall in einer angemessenen Frist zu erledigen, ist der Rechtsschutz gefährdet. Die Überlastung eines Gerichtes kann – für sich allein – nicht als Entschuldigungsgrund für ein übermäßig langes Verfahren anerkannt werden²⁴⁴. Die Ursachen für eine zu lange Prozeßdauer können außer in der Überlastung der Gerichte in der Gerichtsorganisation und in den Verfahrensvorschriften liegen, aber auch in der Handhabung der Verfahrensvorschriften durch Gerichte und Parteien. Es ist daher zu prüfen, mit welchen Mitteln eine Beschleunigung der Prozesse und damit das Prozeßziel der Zeitangemessenheit erreicht werden kann, ohne daß dadurch die Rechtssicherheit gefährdet wird.

a) Im Verfahrensrecht liegende Mittel

aa) Prozeßbeschleunigung durch konzentrierte Prozeßführung

Die Prozeßordnung hat eine konzentrierte Prozeßführung vorzusehen, welche konzentrierte Parteivorträge sowie eine konzentrierte Beweisabnahme voraussetzt²⁴⁵. Das Optimum an Prozeßkonzentration ist erreicht, wenn Parteivorträge (inkl. allfällige Ergänzung durch richterliche Befragung), Beweisabnahme, Stellungnahme zum Beweisergebnis und Urteilsfällung an der gleichen Verhandlung stattfinden können, wenn

²⁴³ KININGER, S. 102.

²⁴⁴ Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 13. Juli 1983 in Sachen Zimmermann und Steiner gegen Schweizerische Eidgenossenschaft, SJZ 79 (1983), S. 327 ff.

²⁴⁵ HEYDEN, S. 208.

also unmittelbar im Anschluß an die mündlichen Tatsachenvorträge zur Beweisabnahme, zur Beweiswürdigung und zur Urteilseröffnung geschritten werden kann. Ein derartiges Vorgehen ist aber praktisch nur dann realisierbar, wenn als Beweismittel lediglich der Urkundenbeweis und die persönliche Befragung der Parteien in Frage kommen, sei es, daß sich die Parteien selber auf diese Beweismittel beschränken, sei es, daß das Gesetz, wie z. B. im summarischen Verfahren, lediglich diese beiden Beweismittel zuläßt²⁴⁶. Sobald aber andere Beweismittel wie Zeugenbeweis und Gutachtensbeweis abzunehmen sind, läßt sich diese optimale Prozeßkonzentration nicht mehr verwirklichen. Das gleiche gilt, wenn komplizierte oder umfangreiche Tatbestandsabläufe zu beurteilen sind und der Richter ohne vorherige Vorbereitung die richterliche Fragepflicht nicht umfassend wahrnehmen kann, sowie wenn sich Rechtsfragen stellen, deren Beurteilung zeitraubende Überlegungen und Abklärungen erfordert.

bb) Bevorzugung des mündlichen Verfahrens

Mündlichkeit des Verfahrens ist geeignet, das Verfahren zu beschleunigen, indem die Parteien das Streitverhältnis im Rahmen einer einzigen Verhandlung darzulegen haben. Wo die Parteivorbringen mangelhaft sind, kann das Gericht durch die Ausübung des Fragerechtes sogleich auf Vervollständigung hinwirken. Allerdings eignet sich das ausschließlich mündliche Verfahren nur für die Behandlung von nicht allzu komplizierten Rechtsverhältnissen. Eine wirksame Prozeßbeschleunigung kann im mündlichen Verfahren noch dadurch erreicht werden, daß dem Richter die Befugnis erteilt wird, die Parteien unter der Androhung von Präklusion zu verpflichten, sämtliche oder bestimmte Angriffs- und Verteidigungsmittel an der Hauptverhandlung oder im Zusammenhang mit einer vor oder nach der Hauptverhandlung stattfindenden Referentenaudienz zu bezeichnen²⁴⁷. Auch die Beweismittel sind in jedem Falle spätestens anläßlich der Hauptverhandlung oder der der Hauptver-

²⁴⁶ Zum summarischen Verfahren vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 584, insbesondere Zitate unter Anm. 3.

²⁴⁷ Eine solche Präklusion müßte auch, unter Vorbehalt der Korrektur von Mängeln, die nicht der Nachlässigkeit der Prozeßführung zuzuschreiben ist, für das Rechtsmittelverfahren Geltung haben und so ein unbeschränktes Novenrecht, wie es z. B. die zürcherische Zivilprozeßordnung im Berufungsverfahren vorsieht (§ 267 ZPO), ausschließen.

handlung folgenden Referentenaudienz zu bezeichnen²⁴⁸. Damit kann auf die zeitraubende Beweisaufgabe verzichtet und sofort der Beweisabnahmebeschluß erlassen werden²⁴⁹. Diese Verfahrenskonzentration bedingt allerdings, vor allem bei Laien, eine Erörterung des Streitverhältnisses, insbesondere des Beweisverfahrens, zwischen den Parteien und dem Gericht²⁵⁰.

cc) Kombination von schriftlicher Vorbereitung und mündlichem Hauptverfahren

Das schriftliche Verfahren ist weit zeitraubender als das mündliche, eignet sich aber besser zur Darlegung komplizierter und umfangreicher Tatbestände. Zur Beschleunigung des schriftlichen Verfahrens müssen die Parteien wie beim mündlichen Verfahren vom Richter unter der Androhung von Präklusion angehalten werden können, sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel möglichst frühzeitig darzulegen²⁵¹; dies am besten anläßlich einer Referentenaudienz, die zwingend nach Eingang der Klageantwort anzusetzen ist²⁵². Damit werden Replik und Duplik auf das durch Klagebegründung und Klageantwort sowie anläßlich der Referentenaudienz festgelegte Prozeß- und Beweisthema beschränkt. Replik und Duplik können so praktisch immer mündlich durchgeführt werden²⁵³. Ein solcher

²⁴⁸ § 118 Abs.1 ZPO ZH sieht zwar die Möglichkeit der Anordnung einer Referentenaudienz vor. Die Androhung, daß sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel bekanntzugeben sind, ist aber als reine Ordnungsvorschrift und nicht als Präklusionsvorschrift ausgestaltet.

²⁴⁹ Z. B. im Sinne von § 141 ZPO ZH.

²⁵⁰ HEYDEN, S.213.

²⁵¹ Der Ansicht von HEYDEN, daß dies schon in der Klagebegründung und Klageantwort erfolgen müsse, kann nicht beigezogen werden. Die nicht rechtskundig vertretene Partei wäre durch eine solche Regelung überfordert. Überdies könnte dies zu einer unnötigen Aufblähung des Prozeßstoffes führen. Der zürcherischen Lösung, die für das schriftliche Verfahren für Klagebegründung und Klageantwort konzentrierte Parteivorträge verlangt, im Sinne einer Ordnungsvorschrift, ist der Vorzug zu geben (§ 126 ZPO und § 127 ZPO in Verbindung mit § 113 ZPO).

²⁵² HEYDEN, S.213.

²⁵³ § 128 ZPO ZH sieht zwar schon heute als Regel für Replik und Duplik das mündliche Verfahren vor. In der Praxis ist aber das schriftliche Verfahren die Regel; dies vor allem, wenn der Kläger das Streitverhältnis in der Klagebegründung nur in den wesentlichsten Grundzügen dargelegt hat. In diesen Fällen sind oft auch die Rechtsanwälte gegen das mündliche Verfahren; vor allem die Vertreter der beklagten Partei, die unmittelbar im Anschluß an die Replik duplizieren müßten. Vom mündlichen Verfahren für Replik und Duplik wird aber auch oft wegen Überlastung (oder Bequemlichkeit?) der Richter Abstand genommen. Präsident und Koreferent

Verfahrensablauf – durch Schriftsätze und richterliche Instruktion vorbereitete mündliche Hauptverhandlung – entspricht der neueren Entwicklung der schweizerischen Zivilprozeßgesetzgebung²⁵⁴.

dd) Konzentration des Beweisverfahrens

Zur Konzentration der Prozeßführung gehört, daß die Beweisabnahme sowie die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis wenn irgendwie möglich auf eine einzige Verhandlung konzentriert werden²⁵⁵. Daneben muß aber die Möglichkeit offenstehen, Beweise vorzeitig, z. B. anlässlich einer Referentenaudienz oder zwischen einer Referentenaudienz und Replik/Duplik abzunehmen. Zeugen sollen schon vor der Hauptverhandlung vorgeladen werden können²⁵⁶, wie dies z. B. auch im Verfahren betreffend Gegendarstellung verlangt wird²⁵⁷. Die mündliche Experteninstruktion ist der schriftlichen vorzuziehen.

ee) Urteilsfällung unmittelbar im Anschluß an die letzte Verhandlung

Nach § 414 der österreichischen Zivilprozeßordnung ist der Richter verpflichtet, soweit nicht der Fall von § 415 vorliegt²⁵⁸, das Urteil sogleich am Schluß der Verhandlung zu fällen und mit den Entscheidungsgründen zu verkünden. § 310 der deutschen Zivilprozeßordnung sieht sogar die obligatorische unbedingte Urteilsverkündung vor, wobei dem Richter die Möglichkeit eingeräumt wird, von einem Verkündungstermin Gebrauch zu machen. Dieser darf nur ausnahmsweise länger als drei Wochen nach der letzten Verhandlung stattfinden. Eine

müßten sich vorbereiten. Es müßte mehr als ein Hauptverhandlungstag pro Woche vorgesehen werden.

²⁵⁴ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 416.

²⁵⁵ Bei einer großen Anzahl von Zeugen ist dies nicht möglich; hingegen steht dem die schriftliche Gutachtensform nicht entgegen, wenn zur Beweis- und Schlußverhandlung erst bei Vorliegen des Gutachtens vorgeladen wird. Die Tendenz geht aber eher dahin, die (teuren) Gutachtensaufträge erst nach durchgeführtem übrigen Beweisverfahren zu erteilen; dann nämlich, wenn die letzten Hoffnungen auf eine gütliche Erledigung des Prozesses dahingefallen sind.

²⁵⁶ Vgl. dazu STRÄULI/MESSMER, N. 1 und 2 zu § 134 ZPO.

²⁵⁷ FRANK, Gegendarstellungsrecht, S. 274; Kreisschreiben Persönlichkeitsschutz, S. 4.

²⁵⁸ § 415 der österreichischen Zivilprozeßordnung sieht vor, daß das Urteil, das nicht sofort nach Schluß der mündlichen Verhandlungen gefällt werden kann, binnen acht Tagen zu fällen ist.

solche Bestimmung, wonach das Urteil am Ende der letzten Verhandlung verkündet werden muß, kennen die schweizerischen Zivilprozeßordnungen bedauerlicherweise kaum²⁵⁹. Dabei wäre dies ein durchaus taugliches Mittel, sehr viele Prozesse wesentlich zu beschleunigen. Was den Parteien zugemutet wird – Stellungnahme zum Beweisergebnis unmittelbar im Anschluß an die Beweisabnahme – sollte auch dem Richter in den meisten Fällen möglich sein. Allfällige komplizierte rechtliche Abklärungen muß er ja vor der Beweisaufgabe bzw. vor der geforderten Referentenaudienz getroffen haben. In diesem Prozeßstadium geht es für ihn auch nur noch darum, das Beweisergebnis zu würdigen und daraus seine Schlüsse für das Urteil zu ziehen²⁶⁰.

ff) Einschränkung der Rechtsmittel

Eine wirksame Prozeßbeschleunigung wird durch die Beschränkung der Rechtsmittel erreicht, wobei aber zugleich der Rechtsschutz am spürbarsten vermindert wird. Beschränkt werden können die Rechtsmittel durch Erhöhung der Streitwerte für bestimmte Rechtsmittel sowie durch die Aufhebung von Rechtsmittelinstanzen. Eine Einschränkung der Rechtsmittel sieht auch das in der Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 29. Mai 1985 für das Bundesgericht vorgesehene Annahmeverfahren vor²⁶¹.

Für den Kanton Zürich ist schließlich auf die dringend notwendige Abschaffung des unbeschränkten Novenrechtes im Berufungsverfahren hinzuweisen (§ 267 ZPO ZH). Ein derartiges Novenrecht ist den meisten kantonalen Prozeßordnungen unbekannt²⁶². Im Interesse der raschen Prozeßerledigung sollen Noven nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß sie unverschuldet in der ersten Instanz nicht vorge-

²⁵⁹ Die Eröffnung des Entscheides unmittelbar im Anschluß an die Verhandlung wird z. B. für den Entscheid über die Gegendarstellung im Sinne von Art. 281 ZGB verlangt (vgl. dazu Kreisschreiben Persönlichkeitsschutz, S. 3; TERCIER, *Droit de la personnalité*, N. 1704; FRANK, *Gegendarstellungsrecht*, S. 274).

²⁶⁰ Eine mündliche Erläuterung hat auch wertvolle Nebenwirkungen. Sie ist oft besser als die bloße Zustellung eines schriftlichen Entscheides geeignet, den Unterliegenden von der Richtigkeit des Entscheides zu überzeugen, was auch für die Streitschlichtung und für das Vertrauen in die Justiz von Bedeutung ist.

²⁶¹ Art. 36 a–c OG-Entwurf.

²⁶² GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, S. 509 Anm. 15–18.

bracht werden konnten. Ein unbeschränktes Novenrecht kann zu einer wesentlichen Verzögerung des Verfahrens führen, vor allem dann, wenn die Berufungsinstanz unter dem Vorwand der Wahrung des Instanzenzuges statt selber zu entscheiden den Prozeß an die Vorinstanz zurückweist.

b) In der formellen Prozeßbeschleunigung liegende Mittel

Auch wenn das Verfahrensrecht ein rasches Verfahren vorsieht, ist damit das Prozeßziel der Zeitangemessenheit noch nicht verwirklicht. Es liegt auch am Gericht, für eine beförderliche Prozeßerledigung zu sorgen (z. B. § 53 Abs. 1 ZPO ZH). So haben Forschungen in Deutschland ergeben, daß die Ursachen der Prozeßverzögerungen nicht so sehr im Inhalt der Verfahrensvorschriften liegen, sondern in deren mangelnden Anwendung. Wenn alle prozessualen Möglichkeiten ausgeschöpft würden, liefe der Zivilprozeß wesentlich rascher²⁶³. Diese Feststellungen treffen wohl auch für die Schweiz zu.

Im Interesse einer konzentrierten Prozeßführung ist eine straffe formelle Prozeßleitung gefordert. «Die richterlichen Anordnungen sind im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsganges ohne Verzug zu treffen, sobald ihre Voraussetzungen vorhanden sind. Der Beschleunigung des Verfahrens dienen die richterlichen Fristansetzungen im Prozeß. Sie sind mit geeigneten Androhungen für den Säumnisfall zu verbinden, wobei auf die Versäumnisfolgen von Amtes wegen zu erkennen ist. Die Erstreckung richterlicher Fristen wie auch die Verlegung von Tagfahrten darf nur aus zureichenden und gehörig bescheinigten Gründen erfolgen. Eine Einstellung des Verfahrens (Sistierung) ist nur aus hinreichenden Gründen zulässig, wenn es sich z. B. darum handelt, den Ausgang eines präjudiziellen Verfahrens abzuwarten.»²⁶⁴

Eine solche straffe Prozeßführung ist aber nur unter der Mitwirkung der Parteien möglich. Wenn ein Anwalt trotz letztmaliger Fristerstreckung nochmals eine Erstreckung verlangt und sich die Gegenpartei ausdrücklich damit einverstanden erklärt oder wenn beide Parteien wegen laufenden Vergleichsgesprächen eine Verschiebung der Verhandlung oder gar eine Einstellung des Prozesses verlangen, wird wohl kein überlasteter Richter aus Sorge um die Zeitangemessenheit des Prozesses ein solches Begehren abweisen. Es kann zweifellos gesagt

²⁶³ Vgl. dazu die verschiedenen von KININGER erwähnten Studien, S. 106.

²⁶⁴ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 180.

werden, daß so ein großer Teil der Prozeßdauer auf das Konto der Parteien bzw. deren Vertreter und deren Verschiebungs- und Fristerstreckungsgesuche geht. Dem mit einer übermäßig großen Zahl von Prozessen befaßten Richter kommen diese Begehren allerdings ganz gelegen. Nur mit einer markanten Entlastung der Richter könnte dem entgegengewirkt werden.

c) Grenzen der Prozeßbeschleunigung

Die Fragestellung nach der Zeitangemessenheit ist nicht identisch mit der Frage, wie ein Prozeß möglichst rasch zu einem Ende geführt werden kann. Die kürzere Verfahrensdauer darf nicht um jeden Preis angestrebt werden und darf auch niemals auf Kosten anderer Verfahrensziele gehen. Die Zeitangemessenheit als Verfahrensziel trägt dem Umstand Rechnung, daß ein gewisser Zeitaufwand notwendig ist, um die Objektivität des Verfahrens zu garantieren²⁶⁵. Gesetz und Richter dürfen das Verfahren nur soweit abkürzen und vereinfachen, als dadurch nicht die Rechtssicherheit, das richtige Urteil beeinträchtigt werden²⁶⁶. Je straffer ein Gesetz das Verfahren gestaltet, um so wichtiger wird die richterliche Fragepflicht.

Als grundsätzlich problematisch erscheint die schematische Erhöhung von Streitwerten und die damit verbundene Einschränkung der Rechtsmittel. Auch diejenigen Bevölkerungsteile, die sich in der Regel nur wegen geringen Summen an die Gerichte wenden, können mit Recht für ihre Prozesse die gleiche Richtigkeitsgarantie verlangen. Rechtsmittelbeschränkungen, die einzig an den Streitwert anknüpfen, sind a priori mit dem Ruch des Unsozialen behaftet²⁶⁷. In vielen den sozial Schwächeren treffenden Bereichen (Mietrecht, Arbeitsrecht, Abzahlungsrecht etc.) werden diese Grenzen nach der Natur der Sache nur selten erreicht. Auch ohne Erreichung eines bestimmten Streitwertes sollte ein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung stehen, wenn eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat²⁶⁸.

²⁶⁵ KININGER, S. 126; vgl. auch VOGEL, Prozeß-Ökonomie, S. 11 ff.

²⁶⁶ MESSMER, S. 227.

²⁶⁷ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 50.

²⁶⁸ Um diesen Mangel z. B. für das bundesgerichtliche Berufungsverfahren zu beheben, hatte eine 1978 vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte Studienkommission zur Reorganisation des Bundesgerichtes Lockerungen des Erfordernisses des Streitwertes vorgeschlagen. Auch ohne Erreichung des erforderlichen Streitwertes sollte die Berufung

Auch der postulierte Verzicht auf den in der zürcherischen Zivilprozeßordnung vorgesehenen Beweisauflagebeschluß ist nicht unproblematisch, obwohl die Mehrheit der Zivilprozeßordnungen der Kantone, die Bundeszivilprozeßordnung und auch ausländische Zivilprozeßordnungen ohne dieses Instrument auskommen²⁶⁹. Die praktische Bedeutung der Beweisauflage für ein geordnetes Beweisverfahren und auch als Vorbereitung des Urteils darf nicht unterschätzt werden.

5. *Zum vorsorglichen Rechtsschutz*

a) *Allgemeines*

Angesichts der oft langen Prozeßdauer kann es erforderlich werden, vor Eintritt der Rechtskraft des Endentscheides einer Partei vorsorglichen Rechtsschutz in Form von einstweiligen Verfügungen oder vorsorglichen Maßnahmen zu gewähren. Der bundesrechtlich bestimmte Rechtsschutzanspruch erfordert, Gefährdungslagen schon vor der rechtskräftigen Zuspreehung, Feststellung oder Gestaltung von Rechten oder Rechtsverhältnissen abzuwehren²⁷⁰. So trifft nach § 110 Abs. 1 ZPO ZH das Gericht die geeigneten Maßnahmen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß einer Partei ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes, droht. Ziel des vorsorglichen Rechtsschutzes ist, die Rechtspositionen beider Parteien, also auch die des Beklagten, für die Dauer des Prozesses zu schützen. Die Gefährdungslage ist für beide Parteien die gleiche. Zusammenfassend ist der vorsorgliche Rechtsschutz zu definieren als «provisori-

zulässig sein, wenn die beurteilte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist und die letzte kantonale Instanz die Berufung bewilligt: Botschaft OG-Änderung, S. 54; vgl. dazu auch die Regelung in Deutschland, wonach das Oberlandesgericht die Revision (die der Berufung an das Bundesgericht entspricht) nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auch ohne Erreichung der Revisionssumme von DM 40 000 zulassen kann, wenn die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung hat. Es muß die Revision zulassen, wenn die angefochtene Entscheidung von der Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder des gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes abweicht: ROSENBERG/SCHWAB, 866/67. Angesichts der massiven Erhöhung der Streitwerte für die Rechtsmittel an das Bundesgericht müßte eine ähnliche Lösung neu ins Auge gefaßt werden.

²⁶⁹ HEYDEN, S. 214.

²⁷⁰ VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz, S. 92.

scher, umfassender oder beschränkter, richterlicher Schutz der Rechtspositionen von Kläger und/oder Beklagtem zur Abwehr der Nachteile, die den Parteien aus der Dauer des Verfahrens bis zum definitiven Rechtsschutz ... entstehen können»²⁷¹.

Oft wird der vorsorgliche Rechtsschutz aber dazu benützt, rasch zu einer gerichtlichen Entscheidung zu gelangen, der entweder die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse vorerst summarisch abklärt und damit die Beurteilung der Prozeßchancen erleichtert oder die Verständigung in der Hauptsache ermöglicht²⁷². Mit einer Maßnahmeentscheidung kann auch ein Zustand geschaffen werden, der den Ausgang des Verfahrens kraft der Macht des Faktischen präjudiziert²⁷³.

Der vorsorgliche Rechtsschutz dient verschiedenen Zwecken. Nach den Aufgaben der vorsorglichen Maßnahmen kann zwischen Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmaßnahmen unterschieden werden²⁷⁴. Während die Sicherungsmaßnahmen dazu dienen zu verhindern, daß die Vollstreckung des vom Kläger angestrebten Urteils illusorisch wird, lenken die Regelungsmaßnahmen die rechtliche Ordnung des strittigen Rechtsverhältnisses für die Dauer des Rechtsstreites. Bei Gestaltungs- und Klagen kann es notwendig werden, für die Dauer des Prozesses eine Ordnung herzustellen. Die Leistungsmaßnahmen schließlich haben die vorweggenommene Vollstreckung des Klagbegehrens für die Dauer des Prozesses zum Gegenstand. Von Bedeutung ist vor allem die einstweilige Vollstreckung von Beseitigungs-, Unterlassungs- und Duldungsansprüchen, während die vorläufige Vollstreckung eines Anspruches auf Geldleistung nur ausnahmsweise, aufgrund einer konkreten bundesprivatrechtlichen Grundlage, vorgesehen ist (z. B. Art. 281 Abs. 2 ZGB und Art. 283 ZGB).

b) Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes

Zu den Voraussetzungen der vorsorglichen Maßnahmen gehören die Gefährdung der Rechtsstellung der Partei, die sie verlangt, die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens sowie die Glaubhaftmachung der Gefährdung, wobei die Glaubhaftmachung der Gefährdung Glaubhaftmachung der

²⁷¹ MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 7.

²⁷² VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz, S. 89.

²⁷³ Zu denken ist hier vor allem an die Kinderzuteilung im Scheidungs- oder im Abänderungsprozeß.

²⁷⁴ VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz, S. 90.

tatsächlichen Behauptungen und eine vorläufige Prüfung der rechtlichen Begründetheit des Hauptanspruches voraussetzt²⁷⁵. Je nachdem, ob es sich um eine Sicherungs-, Regelungs- oder Leistungsmaßnahme handelt, sind strengere oder weniger strenge Anforderungen an das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu stellen. Je mehr durch die einstweilige Verfügung das Prozeßergebnis präjudiziert wird, um so strenger hat die Prüfung zu erfolgen. Dies soll an den Beispielen einer Regelungs- und einer Leistungsmaßnahme aufgezeigt werden.

aa) Regelung der Obhut über Kinder während der Dauer eines Prozesses über die Änderung eines Scheidungsurteils

Zu einem solchen Prozeß kommt es in der Regel darum, weil der Elternteil, dem die Kinder im Scheidungsprozeß nicht zugeteilt wurden, eine Gefährdung des Kindeswohles wegen Unfähigkeit etc. des Gewaltinhabers behauptet. Damit die Kinder nicht weiter dieser Gefährdung ausgesetzt sind, verlangt er die Änderung der Kinderzuteilung logischerweise schon für die Dauer des Abänderungsprozesses. In einem solchen Falle sind hohe Anforderungen an die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine solche vorsorgliche Maßnahme zu stellen. Ein Kind darf nicht ohne Not aus seiner gewohnten Umgebung herausgerissen werden mit dem Risiko, daß es nach Abschluß des Verfahrens wieder an den alten Ort zurück kann oder muß. Dauert der Prozeß lange Zeit, kann sich plötzlich aus Gründen des Kindeswohles verbieten, dieses erneut aus seiner Umgebung zu nehmen, auch wenn sich im Verfahren ergibt, daß ursprünglich die Voraussetzungen für die Abänderung des Scheidungsurteils nicht gegeben waren. Diese vorsorgliche Maßnahme darf somit nur bei einer offensichtlichen Gefährdung des Kindeswohles gewährt werden.

bb) Vorsorgliches Verbot, eine bestimmte Behauptung über eine Person zu verbreiten

Art. 28 c ZGB sieht die Möglichkeit vor, eine Persönlichkeitsverletzung vorsorglich zu verbieten oder zu beseitigen, sofern glaubhaft gemacht wird, daß eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt oder zu befürchten ist und, daß aus dieser Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Soll der vorsorgliche Rechtsschutz in solchen Fällen nicht allzu sehr eingeschränkt werden, sollte man es bei der

²⁷⁵ VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz, S. 95 ff.

Prüfung der Voraussetzungen, insbesondere bei der Rechtsprüfung, auf offensichtliche Aussichtslosigkeit bewenden lassen. Die beantragte vorsorgliche Maßnahme soll nur bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit verweigert werden. Wird dem Beklagten vorsorglicherweise verboten, über den Kläger eine bestimmte Äußerung weiterzuverbreiten, erleidet er dadurch keinen besonderen Rechtsverlust. Der bestehende, präsumptiv rechtmäßige Zustand bleibt gewahrt. Wird die Klage abgewiesen, kann er die Verbreitung der Äußerung nachholen. Bleibt es ihm hingegen erlaubt, so ist ein später obsiegendes Urteil für den Kläger nicht viel wert.

cc) Zur Gegendarstellung nach Art. 28 g ff. ZGB (Exkurs)

aaa) *Abgrenzung zum vorsorglichen Rechtsschutz*

Die Verletzung der Persönlichkeit durch die Medien wiegt infolge ihrer großen Breitenwirkung besonders schwer; dem Betroffenen fehlt meist die Möglichkeit, in gleicher Weise an die Öffentlichkeit zu gelangen. Schon nach früherem Recht konnte der Verletzte eine Gegendarstellung als vorsorgliche Maßnahme verlangen. Eine solche vorsorgliche Maßnahme stellte eine «vorläufige Vollstreckung nicht des Klagezieles selbst, sondern eines weniger weitgehenden und zugleich innerhalb des Klagezieles (Feststellung der Widerrechtlichkeit) liegenden, aber anders gearteten Anspruches auf «Gegenfeststellungen» dar»²⁷⁶. Wie bei jeder anderen vorsorglichen Maßnahme mußte eine Partei aber auch hier die tatsächlichen Klagegründe, insbesondere die Widerrechtlichkeit glaubhaft machen. Neben dieser vorläufigen, teilweisen Vollstreckung des Beseitigungsanspruches durch Gegenfeststellungen konnte in jenen Kantonen, welche das Befehlsverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts kannten²⁷⁷, unter Umständen auch dieses Verfahren zur Durchsetzung des Gegendarstellungsanspruches dienen. Dabei mußten aber die tatsächlichen Klagegründe nicht nur glaubhaft gemacht, sondern bewiesen werden (z. B. § 222 Ziff. 2 ZPO ZH).

Diese Schutzmaßnahmen vermochten nicht zu genügen, mußte doch in einem oft langdauernden, kostspieligen und risikoreichen Zivilprozeß die Widerrechtlichkeit des Angriffes auf die Person nachgewiesen werden. Daher setzte sich die Erkenntnis durch, daß ein wirksamer Schutz vor unrichtigen

²⁷⁶ VOGEL, Vorsorglicher Rechtsschutz, S. 94.

²⁷⁷ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 587, Anm. 30.

oder einseitigen Tatsachenbehauptungen in den Medien und den dadurch bewirkten Persönlichkeitsverletzungen nur gewährleistet werden kann, wenn die Betroffenen mit gleich langen Spießen kämpfen und rasch, unentgeltlich und möglichst ohne Einschaltung des Richters eine eigene Version der Tatsachen mit gleichen Verbreitungsmöglichkeiten veröffentlichen können²⁷⁸. Art. 28 g ZGB hält nun im Grundsatz das Recht des in seiner Persönlichkeit Betroffenen auf Gegendarstellung fest. Es handelt sich somit nicht mehr um ein Instrument des vorsorglichen Rechtsschutzes, sondern um einen selbständigen privatrechtlichen Anspruch zum Schutze der Persönlichkeit²⁷⁹. Nachdem dem Recht auf Gegendarstellung eine ähnliche Wirkung wie dem vorsorglichen Rechtsschutz zukommt und der Bundesgesetzgeber mit dem nun geregelten Anspruch auf Gegendarstellung verfahrensrechtlich Neuland betreten hat, rechtfertigt es sich, an dieser Stelle kurz darauf hinzuweisen.

bbb) Zur Gegendarstellung und ihrem Verfahren

Wer durch Tatsachendarstellungen in periodisch erscheinenden Medien, insbesondere Presse, Radio und Fernsehen, in seiner Persönlichkeit unmittelbar betroffen ist, hat Anspruch auf Gegendarstellung (Art. 28 g ZGB). Im Gegensatz zur Regelung des Berichtigungsanspruches setzt der Anspruch auf Gegendarstellung keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung voraus; es genügt, daß jemand in seiner Persönlichkeit unmittelbar betroffen ist²⁸⁰. Damit entfällt für den Rechtssuchenden der oft zeitraubende, kostspielige und risikoreiche Nachweis der Widerrechtlichkeit des Angriffes auf seine Person.

Verfahrensrechtlich legte der Bundesgesetzgeber prozessuale Regeln im Hinblick auf eine möglichst rasche und wirksame Ausübung des Gegendarstellungsrechts fest²⁸¹. Im Vordergrund steht zweifellos der von FRANK als prozeßrechtliches «Monstrum» genannte Umstand, daß Rechtsmittel im Bereiche des Gegendarstellungsrechts keine aufschiebende Wirkung

²⁷⁸ Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 647.

²⁷⁹ TERCIER, Droit de la personnalité, N. 1248 und 1273.

²⁸⁰ FRANK, Gegendarstellungsrecht, S. 267 ff.

²⁸¹ Zur Verwirklichung dieser Regelung in den verschiedenen Kantonen vgl. FRANK, Gegendarstellungsrecht, S. 272 ff.; für den Kanton Zürich vgl. auch Kreisschreiben Persönlichkeitsschutz, S. 3 ff.

haben dürfen²⁸². Sicher ist, daß diese Regelung bis zum Vorliegen einer gesicherten Gerichtspraxis zu Unsicherheiten führen kann, wobei immerhin zu berücksichtigen ist, daß der erstinstanzliche Entscheid zwar in einem raschen, aber doch ordentlichen Verfahren zu fällen ist. Diese Regelung trägt der Forderung nach einer raschen Gegendarstellungsmöglichkeit optimal Rechnung. Sie stellt einen Kompromiß dar zwischen der Forderung auf einen völligen Rechtsmittelverzicht und der Forderung nach einem normalen Rechtsmittelverfahren mit aufschiebender Wirkung. Damit trägt sie dem Umstand Rechnung, daß eine Gegendarstellung, welche nach einem Rekursverfahren, also oft monatelang nach der Veröffentlichung der angefochtenen Tatsachendarstellung, für den betroffenen Rechtsuchenden völlig wertlos wäre, daß aber die zur Veröffentlichung gezwungenen Medien ein Interesse daran haben können, im Hinblick auf spätere Fälle eine oberinstanzliche Klärung zu erhalten. Damit verbunden ist auch die Erwartung, daß die Gerichte unterer Instanzen die «quasi normative» Kraft der Entscheide der oberen Instanzen respektieren²⁸³.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß der Bundesgesetzgeber zur Wahrung des Persönlichkeitsschutzes mit dem Institut der Gegendarstellung ein Verfahren verlangt, das bezüglich der Zeitangemessenheit des Verfahrens in weiten Teilen dem in diesem Kapitel aufgezeichneten optimalen gerichtlichen Rechtsschutz entspricht.

6. Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes durch Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes in der Schweiz?

Die Jahresversammlung 1969 des Schweizerischen Juristenvereins war der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes gewidmet²⁸⁴. Dabei stieß der Gedanke eines solchen Einbruches in das föderalistische System auf überwiegende Ablehnung. Unter dem Gesichtspunkt der Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes gehört aber zu einer für das ganze Land einheitlichen Privatrechtsordnung auch eine einheitliche Regelung des der Durchsetzung dieser Privatrechtsordnung dienenden Prozeßrechtes²⁸⁵. Bei den heutigen, kantonal unterschiedlichen

²⁸² FRANK, Gegendarstellungsrecht, S. 270.

²⁸³ Vgl. dazu TERCIER, Droit de la personnalité, N. 1718 ff.

²⁸⁴ ZSR 1969 II, S. 1 ff.

²⁸⁵ VOGEL, Grundriß, S. 48.

Regelungen kann es dazu kommen, daß ein Prozeß in einem Kanton wegen formellen Fragen verloren geht, der in einem andern Kanton gewonnen worden wäre (z. B. wegen einer andern Regelung des Novenrechtes). Denkbar ist auch, daß gegen eine gerichtliche Entscheidung in einem Kanton ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, im andern aber nicht²⁸⁶. Schließlich können auch kantonrechtliche Beweisverbote zum Prozeßverlust im einen Kanton führen, der im anderen Kanton nicht eingetreten wäre²⁸⁷. Solche Beweisverbote stehen einem richtigen Urteil entgegen und verletzen das aus Art. 4 BV abgeleitete Recht auf den Beweis²⁸⁸.

Damit das materielle Bundesrecht nicht wegen Vorschriften des kantonalen Prozeßrechtes wirkungslos bleibt, hat der Bundesgesetzgeber seit jeher in die verschiedensten zivilrechtlichen Gesetze prozessuale Bestimmungen aufgenommen²⁸⁹. Auch Lehre und Rechtsprechung haben Feststellungen darüber getroffen, welche prozessualen Fragen durch das Bundesrecht entschieden würden²⁹⁰. Die Eingriffe ins kantonale Prozeßrecht sind also schon gewichtig. Trotz dieser Fülle oder gerade wegen dieser Fülle von Eingriffen sollte die Frage der Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes wieder einmal aufgegriffen werden, auch wenn die politischen Möglichkeiten im Hinblick auf solche Bestrebungen nach wie vor als ungünstig beurteilt werden müssen. Nur mit einer einheitlichen Rechtsordnung ist auch eine einheitliche Rechtsdurchsetzung in der ganzen Schweiz gewährleistet. Die heutige Regelung stellt nicht nur eine horizontale, sondern auch eine vertikale Zersplitterung des Prozeßrechtes dar²⁹¹. Allerdings ist mit der Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes noch kein optimaler Rechts-

²⁸⁶ Zu den Auswirkungen solcher Ungleichheiten vgl. BGE 109 Ia 106 E. 3.

²⁸⁷ Zu den Beweisverboten in den verschiedenen kantonalen Zivilprozeßordnungen vgl. HABSCHIED, S. 267 Anm. 92.

²⁸⁸ HABSCHIED, S. 267 und die gegenteilige Ansicht des Bundesgerichtes in BGE 101 Ia 102 ff.

²⁸⁹ Vgl. dazu die Auswahl bei VOGEL, Grundriß, S. 40 ff., wobei die das Verfahren und das Beweisrecht betreffenden Bestimmungen des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ff. ZGB) sowie das vereinfachte Verfahren in Prozessen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern (Art. 31 *sexies* Abs. 3 BV) als weitere Eingriffe in das kantonale Prozeßrecht zu erwähnen sind.

²⁹⁰ Vgl. dazu wiederum VOGEL, Grundriß, S. 45 ff.; zur bundesrechtlichen Feststellungsklage im speziellen vgl. VOGEL, Feststellungsklage, S. 135 ff.

²⁹¹ Zur Forderung nach einem einheitlichen Verfahrensrecht vgl. auch das Votum von VOGEL am Schweizerischen Juristentag 1984, ZSR 1984 II, S. 690 ff.

schutz im Sinne der Erwägungen in diesem Kapitel gewährleistet. Der Rechtsschutz würde stark von der Ausgestaltung dieser einheitlichen Zivilprozeßordnung abhängen.

7. Beitrag des Richters zur Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes

Die Feststellungen und Forderungen des vorliegenden Kapitels haben deutlich gezeigt, daß die Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes allein mit einer entsprechend ausgestalteten Zivilprozeßordnung nicht erreicht werden kann. Im Vordergrund steht die Person des Richters, der diese Ordnung anzuwenden hat. Ihm obliegt die Verantwortung für die Prozeßleitung. Dabei kommt, nebst der korrekten und straffen Handhabung des Verfahrensrechtes und der richtigen Subsumption eines Tatbestandes unter bestimmte Rechtsnormen, der richterlichen Frage- und Aufklärungspflicht sowie der Beweiswürdigung die größte Bedeutung zu²⁹². Bei einem sehr großen Prozentsatz der Streitigkeiten liegt das Schwergewicht nicht auf Rechtsfragen, sondern auf der richtigen Feststellung von Tatsachen und der Beurteilung dieser Tatsachen. Daher auch der Satz von RADBRUCH, wonach auf ein Lot Jurisprudenz ein Zentner Menschen- und Lebenskenntnis kommt²⁹³. Der Richter darf sich daher nicht nur als Rechtsanwender, als Rechtstechnokrat verstehen. «Ein Richter ... kann viele schöne juristische ... Regeln im Kopfe haben, in dem Grade, daß er selbst darin ein gründlicher Lehrer werden kann, und wird dennoch in der Anwendung derselben leicht verstoßen, entweder weil es ihm an natürlicher Urteilskraft (obgleich nicht an Verstand) mangelt und er zwar das allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehört, nicht unterscheiden kann, oder auch darum, weil er nicht genug durch Beispiele und wirkliche Geschäfte zu diesem Urteil abgerichtet worden ist.»²⁹⁴ Ein solcher Richter trägt wenig zur Optimalität des Rechtsschutzes, insbesondere für den sozial Schwachen, bei.

²⁹² WASSERMANN bezeichnet die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht als Lebensnerv des sozialen Zivilprozesses; WASSERMANN, S. 110.

²⁹³ GUSTAV RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft, Stuttgart 1952, S. 148.

²⁹⁴ KANT, Kritik der reinen Vernunft, zitiert aus EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1927, S. 357.

IV. Aufhebung der Kostenbarrieren

Für die finanziell schwächeren Rechtsuchenden ist die Kostenbarriere ein zentrales Problem auf dem Weg der Rechtsdurchsetzung. Sie stellt eine gewichtige Schranke des Rechtsschutzes dar. Der optimale Rechtsschutz, sei es der außergerichtliche, sei es der gerichtliche, kann nur beim Wegfallen dieser Barriere erreicht werden. Es ist daher nach Mitteln und Wegen zu suchen, diese Schranken zu durchbrechen. Dabei sind vorerst die Wege zu untersuchen, die zur Aufhebung sowohl der außergerichtlichen als auch der gerichtlichen Schranken beitragen können. Anschließend werden Mittel zur Eliminierung oder zumindest zur Reduktion der Kosten des gerichtlichen Verfahrens aufgezeichnet.

1. Mittel zur Aufhebung der außergerichtlichen und der gerichtlichen Kostenbarrieren

a) Vom Armenrecht zur Verfahrenshilfe

Nach dem geltenden Recht sind der Bewilligung der unentgeltlichen Prozeßführung und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes enge Grenzen gesetzt. Dem nicht mittellosen, aber in bescheidenen Verhältnissen lebenden Bürger bringt dieses Institut nichts. Nur eine grundlegende Änderung des geltenden Armenrechts kann dazu führen, daß die Kostenbarriere auch für diese Mittelschicht beseitigt wird. Der Anwendungsbereich des Armenrechts muß in persönlicher und sachlicher Hinsicht eine Ausweitung erfahren. Das Armenrecht ist zur Verfahrenshilfe oder «Prozeßhilfe» zu entwickeln, die breiten Schichten der Bevölkerung gleiche Chancen gibt²⁹⁵. Diese Entwicklung hat sowohl im außergerichtlichen als auch im gerichtlichen Bereich zu erfolgen. Mit einer solchen Entwicklung würde gleichzeitig der diskriminierende Charakter des Armenrechts beseitigt.

Es ist im folgenden darzulegen, wie das Armenrecht ausgebaut werden muß, damit das Ziel der Aufhebung der Kostenbarriere und damit der Optimalität des Rechtsschutzes auch für den finanziell schwächeren Rechtsuchenden erreicht wird. Dabei kann es sich nur um die Prüfung des vom Standpunkt der

²⁹⁵ BAUMGÄRTEL, S. 160.

Chancengleichheit aus betrachtet unbedingt Notwendigen handeln; die Prüfung des politisch Machbaren kann mangels geeigneter Untersuchungen über die Kostenfolgen der Vorschläge nur am Rande erfolgen.

aa) Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten

Das Abgrenzungskriterium der Bedürftigkeit erweist sich heute als unzureichend. Bei der Festlegung der finanziellen Grenzen ist in Anlehnung an die modernen Regelungen anderer Staaten davon auszugehen, daß die Verfahrenshilfe einer breiten Mittelschicht zugänglich sein soll. Auch Prozesse mit niedrigem und mittlerem Streitwert erfordern hohe Aufwendungen. Eine Regelung, welche eine breite Mittelschicht in den Genuß der Verfahrenshilfe kommen läßt, entspricht auch besser der gegenwärtigen wirtschaftlichen und sozialen Gesellschaftsstruktur unseres Landes, welche weniger vom Gegensatz zwischen «arm» und «reich» als vielmehr von einem weiten Personenkreis mit begrenzter finanzieller Belastbarkeit bestimmt ist. Ziel der Verfahrenshilfe muß demnach sein, auch jenem Bereich der Bevölkerung eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit zu gewähren, dessen Einkommen über der derzeit gültigen Bedürftigkeitsgrenze liegt, dem aber gleichwohl nicht zugemutet werden kann, die vollen Prozeßkosten zu tragen.

Darüber, nach welchen Kriterien die Grenze für die Anspruchsberechtigung festzulegen ist, bestehen verschiedene Vorschläge. Im Rahmen der in Deutschland erfolgten Diskussion über die Verbesserung des Armenrechts wurde unter anderem vorgeschlagen, den angemessenen Unterhalt im Sinne von § 1610 BGB als Grenze zu nehmen oder gar die Verdoppelung der Sätze des pfändungsfreien Betrages²⁹⁶. Andere Länder, wie z. B. Frankreich und Schweden, haben ein nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des einzelnen abgestuftes System der Prozeßkostenhilfe geschaffen. Interessant ist die schließlich in Deutschland gewählte Lösung des bundesdeutschen Gesetzes über die Prozeßkostenhilfe vom 13. Juni 1980. Je nach wirtschaftlicher Lage einer Partei sieht dieses Gesetz die volle Kostenbefreiung, die Teilbefreiung oder die Ratenzahlung der Kosten – einschließlich der eigenen Anwaltskosten – vor²⁹⁷; allerdings hat die Gewährung der Prozeßkostenhilfe keinen Einfluß auf die Verpflichtung, der Gegenpartei die

²⁹⁶ REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 401.

²⁹⁷ VOGEL, Grundriß, S. 211.

entstandenen Kosten zu vergüten (§ 129 dZPO). Die Grenze muß auf jeden Fall so hoch angesetzt werden, daß ein Rechtssuchender auch bei vollem Unterliegen keine nachhaltige Verschlechterung seines Lebensstandards riskiert. Wenn jemand mit Aussicht auf Erfolg um sein Recht gekämpft hat, soll er sich im Falle des Unterliegens nicht so stark einschränken müssen, wie derjenige, dessen Gläubiger hinter ihm her sind²⁹⁸. Die mutmaßlichen eigenen Kosten, die zu erwartenden Gerichtskosten sowie die allenfalls zu zahlenden Kosten der Gegenpartei sind zu berücksichtigen. Diese Kosten können z. B. im Rahmen eines zivilprozessualen Freiteils berücksichtigt werden, der, je nach der Höhe der zu erwartenden Kosten, höher oder tiefer wäre. Dieser Freiteil wäre zum betriebsrechtlichen Existenzminimum zu addieren²⁹⁹.

Auch für juristische Personen oder Handelsgesellschaften können die Kostenbarrieren unüberwindbare Schranken zum Recht sein. Trotzdem schließen die meisten kantonalen Zivilprozeßordnungen die Gewährung der unentgeltlichen Prozeßführung für diese Rechtsträger aus (z. B. § 84 Abs. 3 ZPO ZH); dies im Einklang mit der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 152 OG³⁰⁰. Unter dem Aspekt der Optimalität des Rechtsschutzes ist diese Einschränkung bedenklich, da damit die Vielzahl der kleinen Einmangesellschaften, die nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital ausgestattet sind, und auch der kleinen Familienunternehmen, deren Kapital von den Familienmitgliedern aufgebracht wurde, vom Anspruch auf unentgeltliche Prozeßführung und unentgeltlichen Prozeßbeistand ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen sind so auch die Kollektivgesellschaften, obwohl sie lediglich die Gesellschafter als Einheit nach außen zusammenfassen³⁰¹. Solchen Gesellschaften sollte die Verfahrenshilfe gewährt werden können, wenn die Höhe der mit der Rechtsverfolgung verbundenen Kosten für die Gesellschaft als solche existenzbedrohend ist und die Gesellschafter als natürliche Personen die an die Verfahrenshilfe geknüpften Vorausset-

²⁹⁸ REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 409.

²⁹⁹ JACOT, S. 80.

³⁰⁰ BGE 88 II 387. Vgl. aber ZR 83 (1984), Nr. 108, wo die I. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes ausnahmsweise einer Aktiengesellschaft die unentgeltliche Prozeßführung bewilligt hat.

³⁰¹ Die von der Zürcher Praxis gestattete Ratenzahlung einer Kautions stellt keine echte Hilfe dar und führt vor allem zu einer unnötigen Verlängerung der Prozeßdauer (ZR 79, Nr. 28).

zungen erfüllen³⁰². Die Anspruchsberechtigung ließe sich bei diesen Gesellschaften, die einen engen Kreis von wirtschaftlich Berechtigten haben, leicht überprüfen³⁰³. Einer solchen Regelung – Verfahrenshilfe für kleinere Handels- und Fabrikationsbetriebe, die im Besitze einer Familie oder eines Aktionärs sind – würde auch das Bundesrecht nicht entgegenstehen³⁰⁴.

bb) Verzicht auf Prüfung der Erfolgsaussichten

Auf die Problematik der Prüfung der Prozeßaussichten wurde bereits hingewiesen³⁰⁵. Eine Regelung, wonach die Bewilligung der Verfahrenshilfe lediglich an finanzielle Voraussetzungen geknüpft ist, ist der zusätzlichen Prüfung der Prozeßaussichten vorzuziehen. Um Mißbräuche zu verhindern, muß das Gesetz dem Gericht allerdings die Möglichkeit geben, der Partei die Verfahrenshilfe wieder zu entziehen, sobald sich im Verlaufe des Verfahrens ergibt, daß Klage oder Widerstand gegen die Klage offensichtlich aussichtslos sind, es der Partei also lediglich darum geht, Zeit zu gewinnen. Die freiwillige Erfüllung klarer rechtlicher Ansprüche muß doch noch «billiger» sein als die Erfüllung nach dem Prozeß³⁰⁶. Durch den Verzicht auf die Prüfung der Prozeßaussichten schon für die Bewilligung der Verfahrenshilfe könnte verhindert werden, daß der rechtsunkundige Rechtsuchende schon zur Ausfertigung eines Gesuches um Verfahrenshilfe einen Rechtsbeistand nehmen muß.

cc) Volles Honorar für anwaltliche Tätigkeit

Im Rahmen der Verfahrenshilfe ist die Anwaltstätigkeit voll und nicht nur teilweise zu entschädigen. Nur so ist sicherge-

³⁰² GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S.410 Anm.30c; JACOT, S.85.

³⁰³ In diese Richtung geht auch die im Kanton Zürich als zulässig erachtete Praxis der fiduziarischen Abtretung des streitigen Anspruches zur gerichtlichen Geltendmachung an eine unbemittelte natürliche Person, wenn diese mit der juristischen Person wirtschaftlich eng verbunden ist und als ihr Streitgenosse aufgetreten ist; STRÄULI/MESSMER, N.8 zu § 84 ZPO.

³⁰⁴ In Deutschland kann nach § 116 Abs.1 Ziff.2 dZPO einer juristischen Person das Armenrecht bewilligt werden, wenn die zur Führung des Prozesses erforderlichen Mittel weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreites wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.

³⁰⁵ Vgl. vorn S.51/52 sowie TROCKER, S.B 70 ff.

³⁰⁶ PAWLOWSKY, S.202.

stellt, daß sich der Anwalt für den Empfänger der Verfahrenshilfe mit der gleichen Intensität einsetzt wie für einen bemittelten Mandanten. Das Risiko, daß der Anwalt, der bloß ein reduziertes Honorar zugebilligt erhält, sich unter Umständen weniger intensiv für sein Armenrechtsmandat einsetzt, besteht zweifellos; dies trotz der gesetzlichen oder standesrechtlichen Verpflichtung, das Armenrechtsmandat ebenso gewissenhaft und sorgfältig zu führen wie den Auftrag zahlender Klienten. Der Anwaltschaft kraft ihrer Stellung als Organ der Rechtspflege teilweise ein «nobile officium» zum unentgeltlichen Tätigwerden aufzuerlegen, ist heute nicht mehr haltbar. Die Anwaltschaft ist keine Wohlfahrtseinrichtung, auf die der Staat einen Teil der sozialen Kosten, die sich aus dem Gebot der Chancengleichheit ergeben, abwälzen darf³⁰⁷. Im Hinblick auf die erheblich gestiegenen und ständig weitersteigenden Kosten der Anwälte erscheint es nicht mehr zumutbar, der Anwaltschaft diese spezielle Last zu übertragen³⁰⁸. Bei einer Ausweitung des Kreises der Verfahrenshilfeberechtigten wäre dies noch weniger tragbar.

Für die beratende, also außergerichtliche Tätigkeit müßte für die Verfahrenshilfe eine neue Gebührenordnung geschaffen werden. Maßgebender Faktor wäre namentlich der Zeitaufwand des Anwalts³⁰⁹.

dd) Verfahrenshilfe und Kostenerstattungspflicht

Nach dem heute geltenden Armenrecht hat die Bewilligung der unentgeltlichen Prozeßführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes auf die Verpflichtung der bedürftigen Partei zur Erstattung der dem Gegner erwachsenen Kosten keinen Einfluß. Die unterliegende bedürftige Partei hat dem obsiegenden Gegner dessen Parteikosten zurückzuerstatten. Durch diese Regelung wird der unterstützten Partei zwar zunächst der Zugang zum Gericht gesichert; nach Abschluß des Rechtsstreites können ihr aber beträchtliche Kosten zufallen. Im Sinne einer optimalen Behebung der Kostenbarriere müßte der Rechtsuchende davon ausgehen dürfen, daß auch diese Kosten durch die Verfahrenshilfe berücksichtigt werden, sei es dadurch, daß sie bei der Berechnung der finanziellen Grenzen

³⁰⁷ TROCKER, S.B 77. Der Forderung nach einem vollen Honorar ist der Kanton Zürich kürzlich nachgekommen; § 15 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 10. Juni 1987.

³⁰⁸ BAUMGÄRTEL, S. 160.

³⁰⁹ JACOT, S. 84.

für die Gewährung der Verfahrenshilfe einkalkuliert werden, sei es, daß sie grundsätzlich vom Staat übernommen werden. So hat nach § 112 der solothurnischen Zivilprozeßordnung der Staat für die Prozeßentschädigung der obsiegenden Partei aufzukommen, wenn eine Partei unterliegt, der ein unentgeltlicher Prozeßbeistand bestellt wurde. Die Übernahme dieser Kosten durch den Staat wäre übrigens auch für den obsiegenden Gegner von Vorteil, da er so eher zu seiner Entschädigung käme als gegenüber dem mit Verfahrenshilfe prozessierenden Prozeßgegner³¹⁰.

ee) Verzicht auf Rückerstattung

Die Bewilligung des Armenrechts führt in der Schweiz fast ausschließlich nicht zu einer Kostenbefreiung, sondern lediglich zu einer Stundung der Kosten³¹¹. Das System der nur vorläufigen Befreiung von Prozeßkosten läuft dem Zweck einer wirksamen Rechtshilfe für Minderbemittelte zuwider. Die neueren Rechtshilfeordnungen anderer Staaten (Frankreich, Schweden, z. T. auch England) haben die Verpflichtung zur Rückerstattung weitgehend aufgehoben³¹². Außerdem müßte es ein Grundsatz der modernen Sozialhilfe sein, der auch das Armenrecht bzw. die Verfahrenshilfe zuzurechnen sind, daß Beihilfen im allgemeinen auch dann nicht mehr zurückgefordert werden, wenn der Hilfsbedürftige seine Notlage überwunden hat³¹³. Die Verpflichtung zur Rückerstattung kann nur dann als gerecht empfunden werden, wenn das Prozeßergebnis dazu führt, daß die Voraussetzungen für die Verfahrenshilfe nicht mehr vorhanden sind. Bei der Bewilligung der Verfahrenshilfe könnte der Berechtigte ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden. Von der Rückerstattung bei späteren besseren finanziellen Verhältnissen ist hingegen abzusehen.

ff) Finanzielle Auswirkungen der Verfahrenshilfe

Über die finanziellen Auswirkungen der vorgeschlagenen Verfahrenshilfe bestehen leider keine Untersuchungen. Zweifellos würde die Verfahrenshilfe zu einer Mehrbelastung des staat-

³¹⁰ Auf die Möglichkeit, den Unterliegenden durch Richterspruch ganz oder teilweise von der Kostenerstattungspflicht zu entbinden, wird noch zurückzukommen sein, vgl. hinten S. 118 ff.

³¹¹ Z. B. § 92 ZPO ZH.

³¹² Für Frankreich, Schweden und England vgl. TROCKER, S. B 56 ff. bzw. B 48 ff. bzw. B 24 ff.

³¹³ TROCKER, S. B 81.

lichen Haushaltes führen. Die Schwierigkeiten, die notwendigen öffentlichen Mittel aufzubringen, dürfen nicht unterschätzt werden. Will man aber das Postulat des optimalen Rechtsschutzes ernst nehmen und diesen Rechtsschutz auch dem rechtsunkundigen, weniger bemittelten Bürger zukommen lassen, so wird man sich damit abfinden müssen, daß ernstzunehmende Reformen in der Regel größere Kosten verursachen. Was aber anderen europäischen Staaten wie Frankreich, England, Schweden und Deutschland möglich ist, sollte auch der Schweiz möglich sein. Dabei dürfte ein System, welches eine einkommens- und vermögensabhängige Beteiligung des Rechtsuchenden an den Verfahrenskosten und an den außergerichtlich entstehenden Kosten vorsieht, noch die beste Chance auf Realisierung haben.

b) Einführung einer allgemeinen, obligatorischen Rechtsschutzversicherung

Die Einführung einer allgemeinen, obligatorischen Rechtsschutzversicherung – als Alternative zu einer durchgreifenden Reform des Armenrechts im gerichtlichen und außergerichtlichen Bereich – scheint auf den ersten Blick der wirksamste Weg zu sein, die Kostenbarriere völlig zu beseitigen und den allgemeinen Zugang zu den Gerichten zu eröffnen³¹⁴. Dadurch könnte die außergerichtliche und gerichtliche Chancengleichheit der Parteien herbeigeführt werden. Es könnte auch verhindert werden, daß nur eine der Parteien damit rechnen muß, im Unterliegensfall die Kosten selber übernehmen zu müssen, während die Gegenpartei hinter sich eine Rechtsschutzversicherung weiß. Dieser Vorschlag von BAUR hat in Deutschland eine große Zahl von Stellungnahmen ausgelöst, welche überwiegend zu einem negativen Ergebnis gekommen sind³¹⁵. Aus der Vielfalt jener Diskussion können nur die wesentlichsten Punkte herausgegriffen werden.

Der Vorschlag von BAUR sah eine einheitliche Prämie für alle Versicherungsnehmer vor. Bald wurde erkannt, daß dies zu Ungerechtigkeiten führen würde. Da die Inanspruchnahme der Gerichte nicht für alle Bürger gleich nahe liegt, würden damit die einkommensschwachen Parteien die Prozesse der besser gestellten mitfinanzieren. So erfolgten bald Vorschläge, die

³¹⁴ Vgl. dazu FRITZ BAUR, Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, S. 75 ff.

³¹⁵ Vgl. dazu die verschiedenen Autoren bei BAUMGÄRTEL, S. 139.

Beiträge wie bei den Sozialversicherungen nach Einkommenshöhe festzulegen und direkt mit den Sozialversicherungsbeiträgen vom Lohn abzuziehen. Es wurde auch vorgeschlagen, die soziale Rechtsschutzversicherung nur bis zu einer bestimmten Einkommensgrenze obligatorisch zu erklären, wobei richtigerweise verlangt wurde, daß die Einkommensgrenze weit höher anzusetzen wäre als im Armenrecht³¹⁶.

Gegen die Einführung einer allgemeinen Rechtsschutzversicherung wurde geltend gemacht, daß dies zu einer massiven Zunahme der Prozesse führen würde; nämlich vor allem die Prozesse der Rechtsuchenden, denen es erst dank einer Rechtsschutzversicherung möglich wäre, ihre Rechte auch tatsächlich zu verfolgen. Gerade diese Befürchtungen sind der Beweis dafür, daß viele angesichts der bestehenden Kostenbarriere auf die Geltendmachung ihrer Rechte verzichten³¹⁷. Ernster zu nehmen ist der Einwand, daß dadurch die gerichtliche Geltendmachung der Rechte primär in die Hände der Versicherungsträger gerate und deshalb die Bevölkerung von den Organen der Rechtspflege noch weiter entfernt, Prozeßführende und Prozeß noch stärker entfremdet würden³¹⁸. Schon heute ist offensichtlich, daß derjenige, der eine private Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat, nur selten und nur dort, wo es ihm von der Prozeßordnung oder vom Richter vorgeschrieben wird, persönlich vor Gericht erscheint. Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht ist in solchen Fällen erst in einer zweiten, eigens dafür anzusetzenden Verhandlung möglich; die Vergleichschancen sind ebenfalls geringer, wenn nur der Rechtsvertreter vor Gericht erscheint. Schließlich ist nicht von der Hand zu weisen, daß eine allgemeine obligatorische Rechtsschutzversicherung, auch wenn die freie Anwaltswahl gewahrt bleibt, ob es sich nun um verschiedene private oder eine staatliche Rechtsschutzversicherung handelt, die Anwaltschaft in eine finanzielle Abhängigkeit bringen kann.

Der entscheidendste Einwand gegen das verwaltungsmäßig äußerst aufwendige Unternehmen einer Pflichtrechtsschutzversicherung ist aber ein anderer. Werden alle oder zumindest ein großer Teil der potentiellen Prozeßparteien in die Versicherung einbezogen, so ist nicht ganz erklärlich, was diese von einer

³¹⁶ BOKELMANN, S. 167; GRUNSKY, S. A 65.

³¹⁷ Darüber, ob die obligatorische Rechtsschutzversicherung tatsächlich den Geschäftsanfall der Gerichte massiv erhöhen würde, gehen die Meinungen auseinander, vgl. dazu ADAMS/BLANKENBURG, S. 353 ff.

³¹⁸ TROCKER, S. B 83.

über die Steuern finanzierten Rechtspflege unterscheiden würde. Der Unterschied läge einzig darin, daß die Abwicklung, insbesondere auch die Kosten der Anwälte, statt über staatliche Stellen über privatwirtschaftliche und/oder öffentlichrechtliche Versicherungsunternehmen erfolgen würde³¹⁹. Statt alle Staatsbürger in eine Pflichtversicherung einzubeziehen, wäre es somit sinnvoller, die Justiz ohne diesen ganzen Verwaltungsaufwand noch mehr mit allgemeinen Steuergeldern zu finanzieren, im Sinne der oben beschriebenen Verfahrenshilfe oder gar bis hin zum Nulltarif.

In der Schweiz ist die Diskussion um eine obligatorische Rechtsschutzversicherung nie geführt worden. Ihrer Realisierung gegenüber würden wohl die gleichen Einwände erhoben werden wie in Deutschland. Auch wenn eine solche Versicherung theoretisch in optimaler Form geeignet wäre, die Kostenbarriere aufzuheben, so kann sie mangels Realisierbarkeit nicht als geeignetes Mittel angesehen werden, den Zugang zu den Gerichten nicht an der Kostenbarriere scheitern zu lassen.

2. Mittel zur Aufhebung der gerichtlichen Kostenbarriere

Die deutsche Lehre hat eine große Vielfalt von Vorschlägen zur Änderung der Kostenregelung hervorgebracht. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit können hier nur die wichtigsten, auch für schweizerische Verhältnisse bedeutungsvollen Grundlinien aufgezeigt werden. Eine Gruppe von Vorschlägen zielt darauf ab, die Parteien von den Kosten zu entlasten und diese vollständig oder teilweise auf Dritte zu überbürden. Darunter fallen die Vorschläge des uneingeschränkten und des eingeschränkten Nulltarifs sowie die bereits erwähnte Verfahrenshilfe und die Rechtsschutzversicherungen. Ein anderer Ansatzpunkt für die Reform des Kostenrechts besteht darin, die Aufteilung der Kosten unter die Parteien nach anderen Kriterien als bisher vorzunehmen. Schließlich versuchen andere Vorschläge, die Kostenbelastung für wirtschaftlich Schwächere in erträglichen Grenzen zu halten, indem sie von anderen Faktoren der Kostenbemessung als bisher ausgehen. Als letztes ist der Vorschlag zu erwähnen, die auch in Deutschland verpönte Vereinbarung eines Erfolgshonorars zwischen Partei und Anwalt zuzulassen. Auf die wesentlichsten dieser Vorschläge ist im folgenden einzugehen.

³¹⁹ BOKELMANN, S. 167.

*a) Unentgeltlichkeit der Rechtspflege**aa) Uneingeschränkter Nulltarif*

Der radikalste Weg zur Aufhebung der gerichtlichen Kostenbarriere wäre sicher die Einführung des Nulltarifs in der Justiz, nämlich die Kostenlosigkeit sämtlicher Verfahren und für alle Rechtsuchenden. Sämtliche Kosten wären vom Staat zu tragen. Das müßte konsequenterweise nicht nur für die Gerichtskosten und notwendigen Auslagen gelten, sondern auch für die Anwaltskosten³²⁰. Die Gründe, die gegen einen solchen Vorschlag vorgebracht wurden, sind zahlreich, wenn auch nicht alle überzeugen. Im Vordergrund stehen zweifellos die finanziellen Aspekte, die den Vorschlag als utopisch erscheinen lassen. Immerhin werden schon heute die Kosten der Rechtspflege zu einem beträchtlichen Teil aus Steuermitteln finanziert. In die Berechnung der Mehraufwendungen müßten auch die Ersparnisse an Arbeitsaufwand berücksichtigt werden, die im Falle der Einführung des Nulltarifs möglich wären. So werden in den Vereinigten Staaten und in Schweden kaum noch Gerichtsgebühren erhoben³²¹. Auch die heraufbeschworene Gefahr der Überschwemmung der Gerichte mit querulatorischen Klagen darf nicht überbewertet werden. Die Gefahr, daß sich die echten «Querulantenklagen», also solche Klagen, bei denen die Prozeßfähigkeit des Klägers in Frage steht, bei Einführung des Nulltarifs vermehren könnten, ist gering. Echte Querulantenklagen lassen sich nicht verhindern³²².

Hingegen müßte mit einer ansehnlichen Zunahme von Prozessen gerechnet werden. Eine gewisse Zunahme würde mit dem Ziel, durch die Einführung des Nulltarifs dem finanziell schwächeren Rechtsuchenden den Zugang zur Justiz zu erleichtern, übereinstimmen. Sicher würden aber auch viele Prozesse leichtfertiger als heute eingeleitet, «um es einmal mit einer Klage zu versuchen, da diese ohnehin nichts kostet»³²³. Die vorgerichtlichen Bemühungen, aus Kostengründen eine Klage zu vermeiden, würden uninteressant. Ob diese Zunahme allerdings mehr als 50 % betragen würde, wie z. B. von GRUNSKY erwartet wird³²⁴, darf doch bezweifelt werden. Das Prozessieren ist mit Ärger und persönlichem Aufwand verbunden, den der große

³²⁰ REHBINDER, *Kosten der Rechtsverfolgung*, S. 399.

³²¹ REHBINDER, *Kosten der Rechtsverfolgung*, S. 400.

³²² BAUMGÄRTEL, S. 130.

³²³ BAUMGÄRTEL, S. 130.

³²⁴ GRUNSKY, S. A 42.

Teil der Rechtsuchenden nicht ohne Not auf sich nimmt. Immerhin wäre die Zunahme der Prozesse sicher so stark, daß sie nur durch einen Ausbau der Richterstellen und der Infrastruktur der Gerichte oder durch das Inkaufnehmen längerer Prozeßdauer aufgefangen werden könnte: angesichts der überall bestehenden Stellenplafonierungen wohl eher das letztere.

Das Hauptproblem eines uneingeschränkten Nulltarifs liegt aber darin, daß mit dem völligen Wegfallen des Kostenrisikos ein Motiv zur freiwilligen Erfüllung entfällt. Wer keine Kosten zu zahlen braucht, kann sich verklagen lassen, wenn er nicht zahlen will. Nach Abschluß des Instanzenzuges braucht er meist nur Verzugszinsen zu zahlen. «Die Aufhebung der konkreten Kostenpflicht für jeden Prozeß erhöht also nicht nur die Möglichkeit der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung; sie erhöht faktisch auch die Möglichkeit unrechtmäßigen Verhaltens»³²⁵. Auch die Vergleichsbereitschaft dürfte sinken. Der allgemeine Nulltarif ist aber auch von zweifelhaftem Gerechtigkeitswert. Wer für die Kostenfreiheit des Gerichtsverfahrens eintritt, hat meistens den finanziell schwach gestellten Einzelnen vor Augen, der sich einen Prozeß nicht leisten kann. In den Genuß des Nulltarifs kämen aber auch alle größeren Banken, Versicherungen, Industrieunternehmungen usw. Da der einzelne Bürger die Kostenfreiheit als Steuerzahler mitfinanzieren müßte, würde er so zur weiteren Subventionierung auch der Prozesse dieser Parteien herangezogen; dies, obwohl die große Mehrheit der Bürger zeit ihres Lebens keine Prozesse führt.

Die Einführung des allgemeinen Nulltarifs kann demnach nicht als ideales Mittel zur Aufhebung der Kostenbarriere betrachtet werden, stehen dem doch gewichtige Nachteile entgegen. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob nicht gewisse Verfahren oder Verfahrensabschnitte unentgeltlich angeboten werden sollten.

bb) Eingeschränkter Nulltarif

Im Vordergrund steht hier die Forderung nach Kostenfreiheit für besondere Prozeßarten; dies vor allem bei solchen Verfahren, in denen vom Streitgegenstand her eine Partei beteiligt ist, die typischerweise in besonderem Maße auf das umstrittene Rechtsverhältnis bzw. die geltend gemachte Leistung angewiesen ist. Zu denken ist dabei vor allem an Miet-, Unterhalts- und Scheidungsprozesse sowie an Prozesse aus dem Bereiche des

³²⁵ PAWLOWSKY, S. 198.

Arbeitsrechts³²⁶. Damit würde eine im materiellen Recht seit langem vertraute Differenzierung und sich daran anknüpfende Privilegierung der sozial schwächeren Partei ins Verfahrensrecht übertragen³²⁷.

In der Schweiz hat der Bundesgesetzgeber bisher erst eine sehr beschränkte Kostenlosigkeit für Prozesse aus dem Arbeitsvertragsrecht bis zu einem Streitwert von Fr. 5000.– sowie für das Schlichtungsverfahren im Mietwesen eingeführt (Art. 343 Abs. 3 i. V. mit Abs. 2 OR und Art. 27 BMM). Im Arbeitsvertragsrecht umfaßt die Kostenlosigkeit aber lediglich die Gebühren und Auslagen des Gerichts. Der Rechtsuchende riskiert somit, mit den beiden Hauptkostenfaktoren, den eigenen und den Anwaltskosten des Gegners belastet zu werden, wenn das Gericht z. B. die nicht leicht zu beurteilende Frage nach der Berechtigung einer fristlosen Kündigung zu seinen Ungunsten entscheidet. Die Beschränkung auf den Streitwert von Fr. 5000.– kann dazu führen, daß der Rechtsuchende, der z. B. um zwei Monatslöhne kämpft, nur Fr. 5000.– einklagt, um das Recht auf Kostenlosigkeit des Verfahrens nicht zu verlieren. Eine Anpassung dieser Grenze an die Preis- und Lohnentwicklung ist dringend erforderlich³²⁸, ebenso die Entlastung der Parteien von den Anwaltskosten. Was die Mietstreitigkeiten anbelangt, so ist es den Kantonen überlassen, für das dem Schlichtungsverfahren folgende Gerichtsverfahren die Kostenfragen zu regeln; die meisten Kantone sehen lediglich den Erlaß von Kautionspflichten vor³²⁹.

Allerdings bietet die Abgrenzung der Prozesse mit typisch sozialem Einschlag einiges an Schwierigkeiten. Aus dem gleichen Grunde – Schutz der sozial schwächeren Partei – könnte

³²⁶ Die Kostenlosigkeit im Scheidungsverfahren, wo sich oft zwei sozial schwache Parteien gegenüberstehen, wird damit begründet, daß die Verfahrensbeteiligten keine Möglichkeit haben, den angestrebten Rechtszustand von sich aus herbeizuführen bzw. sich auf die schon davor bestehende Rechtslage zu berufen. Verwehrt der Staat den Parteien die Möglichkeit, den angestrebten Erfolg ohne Inanspruchnahme der Gerichte zu erzielen, soll er sie auch nicht mit Kosten belasten; GRUNSKY, S. A 48; BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 58. Diese Argumentation kann aber nur für den nicht strittigen Scheidungsprozeß gelten.

³²⁷ Zum materiellen Recht vgl. STAEHELIN, S. 1 ff.

³²⁸ Der Vorentwurf zu Art. 343 Abs. 2 OR (im Rahmen der Vorlage zur Verstärkung des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers) sieht die Aufhebung der Streitwertgrenze vor, womit die Kostenlosigkeit für alle arbeitsrechtlichen Prozesse gelten würde. Demgegenüber legte der Bundesrat die Streitwertgrenze auf Fr. 20 000.– (BBl 1984 614 ff., 636).

³²⁹ JACOT, S. 104.

die Kostenfreiheit auch für Verfahren über Abzahlungsstreitigkeiten, Streitigkeiten über Auslegung und Verbindlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie um Schadenersatzansprüche aus Unfällen gegen die gegnerische Haftpflichtversicherung ausgeweitet werden³³⁰.

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag von PAWLOWSKY, die Gerichtskosten, einschließlich die Kosten eines eventuell notwendigen Sachverständigenbeweises, auf die Staatskasse zu nehmen und die Kosten anderer Beweismittel wie Zeugen- und Urkundenbeweis sowie die Anwaltskosten den Parteien zu belassen³³¹. Materiell begründet er diesen beschränkten Nulltarif damit, daß die Gewährleistung von Recht eine Hauptfunktion der Organisation eines Rechtsstaates ist und eine solche Hauptfunktion durch das Steueraufkommen zu finanzieren ist. Der Grund für die Übernahme der Sachverständigenkosten liegt in der von ihm getroffenen Qualifikation des Sachverständigen als Richtergehilfe³³². Der Sachverständige übt eine Funktion aus, die vom Richter selbst wahrgenommen würde, wenn er sachverständig wäre. Demgegenüber erscheint es nicht gerechtfertigt, die Kosten des Zeugenbeweises der Staatskasse aufzuerlegen, da die Pflicht zur Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhaltes Bürgerpflicht ist. Diese Lösung, die für den Staat finanziell sicher tragbar wäre, hat aber nur einen geringen Einfluß auf die Kostenbarriere, da der Wegfall dieser Kosten nur eine geringfügige Entlastung der Parteien bedeutet.

Als weitere Vorschläge sind die Kostenfreiheit bei Unklarheit der Rechtslage sowie die Kostenbefreiung nach Instanzenzengewinn zu erwähnen³³³. Der erste Vorschlag geht davon aus, daß der Staat zu Rechtsklarheit verpflichtet ist und daher die Gerichts- und Anwaltskosten bei einer echten Unklarheit der Rechtslage vom Staat zu tragen sind. Der Realisierung dieses Vorschlages steht wohl schon allein die Schwierigkeit entgegen, genaue Kriterien zu finden, in welchen Fällen eine Kostenübernahme durch den Staat eingreifen soll. Für die Kostenbefreiung nach Instanzenzengewinn spricht, daß es häufig nicht im Verantwortungsbereich der Parteien liegt, wenn verschiedene Ge-

³³⁰ REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 401.

³³¹ PAWLOWSKY, S. 201.

³³² Demgegenüber sieht BAUMGÄRTEL den Sachverständigen als Beweismittel, BAUMGÄRTEL, S. 138..

³³³ BAUMGÄRTEL, S.135 ff.; GRUNSKY, S.A 50 ff.; REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 404/5.

richte ein und denselben Fall anders entscheiden. So wird es oft als stoßend empfunden, daß die Partei, der von der unteren Instanz recht gegeben wurde, beim Unterliegen im Rechtsmittelverfahren die gesamten Verfahrenskosten übernehmen muß. Allerdings wäre es auch stoßend, wenn trotz Aufhebung des angefochtenen Urteils dessen Kostenentscheidung zu Lasten des siegreichen Rechtsmittelklägers aufrechterhalten würde. Rechtspolitisch wäre es in einem solchen Falle gerechter, alle die Kosten aus der Staatskasse zu zahlen, die über das hinausgehen, was die Parteien an Kosten aufzuwenden gehabt hätten, wenn schon das erstinstanzliche Gericht so wie die Oberinstanz entschieden hätte; dies aber nur, sofern der neue Entscheidung nicht allein aufgrund von erst im Rechtsmittelverfahren vorgebrachten Noven anders gefällt werden mußte.

Schließlich ist noch auf die Forderung nach Kostenbefreiung für Verfahren mit gesteigertem Allgemeininteresse bzw. Prozessen, die der Rechtsbildung und Rechtsfortbildung dienen, hinzuweisen. Auch hier dürfte die Schwierigkeit beim Abgrenzungskriterium liegen, besteht doch in allen solchen Fällen auch ein Individualinteresse der einzelnen Partei am Prozeß. Hingegen erscheint es richtig, die Kostenfreiheit einschließlich der Übernahme der Parteikosten dort vorzusehen, wo eine Partei den Rechtsweg im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung beschreitet, in der Folge aber unterliegt, weil das Gericht seine Rechtsprechung in eben diesem Prozeß ändert³³⁴.

b) Beteiligung der obsiegenden Partei an den Kosten

Nach dem heute geltenden Recht trägt der Verlierer alle Kosten, also auch seine eigenen sowie die Parteikosten des Siegers. Um diese mögliche extrem starke Belastung mit Kosten zu vermeiden, wurde erwogen, die Belastung mit den eigenen Parteikosten vom Prozeßsieg in dem Sinne unabhängig zu machen, als sie auch im Falle des Obsiegens erfolgen würde³³⁵. Dies entspricht der Situation in den Vereinigten Staaten, die seit jeher keine Erstattung der Kosten des gegnerischen Anwaltes kennen, und entspricht auch der heutigen Regelung in Frank-

³³⁴ JACOT, S. 105; BGE 102 Ia 195. Art. 62 Satz 2 des Vorentwurfes der Expertenkommission für ein neues Organisationsgesetz sah vor, daß der Richter auf Kostenerhebung verzichten könnte, «wenn die Umstände es rechtfertigen». Eine solche Möglichkeit wurde allerdings im Entwurf vom 29. Mai 1985 nicht mehr aufgenommen.

³³⁵ BOKELMANN, S. 170 und Zitate.

reich. Umgekehrt verlief hingegen die Entwicklung in Schweden, wo eine der letzten Kostenbarrieren in der Kostenerstattung beim Unterliegen besteht³³⁶.

Andere Vorschläge gehen dahin, statt einer schematischen Belastung mit den eigenen Parteikosten eine differenzierte Aufteilung der Kosten zwischen den Parteien vorzusehen.

aa) Belastung der obsiegenden Partei mit den eigenen Parteikosten

Für eine solche Lösung spricht der Umstand, daß der Ausgang eines Verfahrens oft in dem Sinne ungewiss ist, als zunächst jede Partei glaubt und auch oft glauben darf, den Prozeß zu gewinnen. Anlaß eines Prozesses sind in den meisten Fällen weniger ein vermeidbarer Gesetzesverstoß, sondern Unklarheiten im Sachverhalt, die sich erst im Verlaufe des Verfahrens durch Beweiserhebungen aufklären oder bestehen bleiben. Jederzeit abrufbare (und damit auch im voraus kalkulierbare) Konditionalprogramme der Entscheidungsfindung werden immer seltener. So gesehen haben oft beide Parteien das gleiche Interesse und den gleichen Nutzen an einem Prozeß, weil ohne ihre Einigung nur auf diese Weise eine durchsetzbare Lösung des Konfliktes möglich ist. So bringt das Verfahren dem Obsiegenden keinen Schaden; jedenfalls dann nicht, wenn der Prozeß vom Gegner nicht mutwillig und trotz Aussichtslosigkeit geführt wurde. In solchen Fällen erscheint es unbillig, den Unterliegenden für alle Kosten der Beseitigung der unklaren Sach- und Rechtslage allein aufkommen zu lassen³³⁷.

Die eigenen Parteikosten bei den Parteien selbst zu belassen, könnte einen Teil der Kostenbarriere abbauen, müßte der Rechtsuchende nicht mehr damit rechnen, mit den Kosten der Gegenpartei belastet zu werden. Auf der andern Seite würde ihm aber dadurch die Möglichkeit genommen, zu seinem «Nettorecht» zu kommen, was ihn verleiten könnte, trotz fehlender Rechtskenntnisse auf den Beizug eines Anwaltes zu verzichten. Einer solchen Lösung würde aber die zweifellos auch in der Schweiz tief verwurzelte Meinung entgegenstehen, daß die unterliegende Partei die siegreiche auch von deren Kosten freistellen müsse. Auch wenn die Kostenerstattungspflicht dogmatisch nicht als Strafe oder als Schadenersatzpflicht für

³³⁶ REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 405.

³³⁷ BOKELMANN, S. 169.

ein Verschulden der unterliegenden Partei gedacht ist, ist vor allem der Strafcharakter verwurzelt.

bb) Aufteilung der Kosten zwischen der obsiegenden und der unterliegenden Partei

Für eine solche Verteilung sprechen die gleichen Gründe wie für die Belastung der Partei mit den vollen eigenen Parteikosten. Vorgeschlagen wurde dabei z. B. die Einführung einer allgemeinen Billigkeitsklausel, wie sie in Deutschland im Patentgesetz vorgesehen ist, mit dem Inhalt, daß die Kosten unter die Parteien aufzuteilen sind, soweit das der Billigkeit entspricht (§ 36 dPatG). Eine solche Klausel führt aber dazu, daß die Kosten für die einzelne Partei kaum kalkulierbar sind, d. h. daß der Rechtssuchende im Falle des Unterliegens doch damit rechnen muß, mit den ganzen Kosten belastet zu werden. Unüberschaubarkeit des Kostenrisikos, Erweiterung des Streites über die Frage der Billigkeit und uneinheitliche Rechtsprechung sind Argumente, die gegen die Einführung einer Kostenverteilung nach billigem Ermessen des Gerichtes sprechen³³⁸.

Eine Aufteilung der Kosten zwischen Verlierer und Gewinner sieht auch der Vorschlag vor, wonach jede Partei die Kosten der Instanz zu tragen hat, in der sie unterliegt³³⁹. Dieser Vorschlag stellt aber keine so tiefgreifende Änderung des Kostenrechts dar, dass den Minderbemittelten grundsätzlich der Zugang zur Justiz erleichtert würde. Auch hier muß der Rechtssuchende damit rechnen, am Schluß des Prozesses mit den ganzen Kosten belastet zu werden.

Die meisten kantonalen Zivilprozeßordnungen enthalten generelle Sicherheitsventile in dem Sinne, daß die Kosten nur in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind (z. B. § 64 Abs. 2 ZPO ZH). Diese Bestimmungen werden sehr restriktiv im Sinne einer Härteklausel ausgelegt. Als Kriterium für das Abweichen von der allgemeinen Regel kann das Verschuldens- oder Verursacherprinzip angewendet werden³⁴⁰. Auch die Partei, die sich in guten Treuen zur Prozeßführung veranlaßt sah, kann von einem Teil der Kosten- und Entschädigungspflicht entbunden werden. Wiederum muß der Rechtssuchende mit der Belastung mit den ganzen Kosten rechnen und hat lediglich die Chance, von einem Teil befreit zu werden. Diese

³³⁸ BAUMGÄRTEL, S.154; GRUNSKY, S. A 69.

³³⁹ SEETZEN, Prozeßkosten, S. 35/36.

³⁴⁰ STRÄULI/MESSMER, N. 8 zu § 64 ZPO.

Möglichkeiten, den Unterliegenden von einem Teil der Kosten zu befreien (wer auch immer diesen Teil dann tragen muß), sind so weniger Maßnahmen zur Aufhebung der Kostenbarriere als zur Vermeidung eines stoßenden Urteilsbestandteils³⁴¹.

c) Herabsetzung des Streitwertes im Einzelfall

Eine weitere Möglichkeit gegen die Kostenbarriere besteht darin, die Höhe der Kosten nicht mehr wie bisher am Streitwert zu messen. Um der wirtschaftlich schwächeren Partei gegenüber einem wirtschaftlich stärkeren Gegner helfen zu können, ist in Deutschland durch Spezialvorschriften auf einzelnen Gebieten die Möglichkeit geschaffen worden, auf Antrag einer Partei den Streitwert mit Rücksicht auf deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse niedriger als dem wirklichen Streitwert entsprechend festzusetzen, oder den Streitwert vom Prozeßgericht unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles, insbesondere der Bedeutung der Sache für die Partei, nach billigem Ermessen zu bestimmen. So sieht z. B. § 247 Abs. 2 dAktG vor, daß wenn eine Partei glaubhaft macht, daß die Belastung mit den Prozeßkosten ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, die Gerichtskosten, die Rechtsanwaltsgebühren und gegebenenfalls die von der anderen Partei entrichteten Gebühren nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwertes bemessen werden können. Ähnliche Regelungen befinden sich im Patentgesetz (§ 144 dPatG), im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 23 a dUWG) und im Warenzeichengesetz (§ 31 a dWZG)³⁴².

Um diese Möglichkeit auf alle Zivilprozesse ausdehnen zu können, sah ein Regierungsentwurf zur Änderung des Gerichtskostengesetzes folgende Möglichkeit vor:

«§ 13 a Herabsetzung des Streitwertes

1. Würde die wirtschaftliche Lage eines Prozeßbeteiligten durch die Belastung mit Prozeßkosten nach dem vollen Streitwert erheblich gefährdet, so setzt das Gericht auf Antrag des Prozeßbeteiligten einen seiner wirtschaftlichen Lage angepaßten Teil des Streitwertes fest, der nicht weniger als × DM betragen darf.

³⁴¹ Zur Tendenz der vermehrten Kostenverlegung nach dem Veranlasserprinzip vgl. BUCHER, S. 293, wo aber auch am Beispiel der Kostenverteilung im Falle des richterlichen Billigkeitsentscheides gemäß Art. 205 Abs. 2 OR (Minderung statt Wandelung) die ungenügende Anwendung der Abweichungsmöglichkeit gerügt wird.

³⁴² FECHNER, S. 353.

2. Der Prozeßbeteiligte, zu dessen Gunsten ein Teilstreitwert festgesetzt ist, hat Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren nur nach dem Teilstreitwert zu entrichten und zu erstatten. Von anderen Prozeßbeteiligten zu entrichtende und zu erstattende Gebühren bestimmen sich nach dem für sie geltenden Streitwert. Soweit die außergerichtlichen Kosten den anderen Prozeßbeteiligten auferlegt oder von ihnen übernommen werden, kann der Rechtsanwalt des begünstigten Prozeßbeteiligten seine Gebühren von den anderen Prozeßbeteiligten nach den für diesen geltenden Streitwerten betreiben.
3. Der Antrag auf Festsetzung eines Teilstreitwertes kann durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich ohne Mitwirkung eines Rechtsanwaltes gestellt werden. Die zu seiner Begründung angeführten Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Besteht der Wert des Streitgegenstandes in einer bestimmten Geldsumme oder ergibt er sich aus früheren Anträgen, so ist der Antrag innerhalb eines Monats nach dem Beginn der Verhandlung zur Hauptsache zu stellen, sonst innerhalb eines Monats nach Verkündung oder Zustellung des Beschlusses über die Streitwertfestsetzung. Später ist er nur innerhalb eines Monats nach Erhöhung des angenommenen oder festgesetzten Streitwerts zulässig. Vor der Entscheidung über den Antrag sind die zum Antrag auf Wertfestsetzung Berechtigten zu hören. Die Entscheidung ergeht für jeden Rechtszug gesondert durch Beschluß.
4. Gegen den Beschluß findet die Beschwerde nach Maßgabe des § 4 Abs. 4, 5 statt.»³⁴³

Auch gegen die Herabsetzung des Streitwertes wurden verschiedene Einwendungen erhoben³⁴⁴. Eine Herabsetzung ist wohl bei sehr hohen Streitwerten gerechtfertigt. Was die normalen Zivilprozesse des Alltags anbelangt, ist die Herabsetzung bezüglich der Gerichtsgebühr auch noch zu rechtfertigen. Hingegen werden durch eine solche Regelung die Einnahmen der Anwälte unmittelbar betroffen. Für Anwälte, deren Klientenstamm sich vorwiegend aus unteren und mittleren Vermögenschichten zusammensetzt – wohl ein größerer Teil der forensisch tätigen Anwälte – führt dies im Falle des Unterliegens im Prozeß zu einer empfindlichen Einkommenseinbuße. Den Preis für eine Lastenumverteilung zugunsten sozial schwacher Parteien haben also vorwiegend die wirtschaftlich schwächeren Angehörigen der Anwaltschaft zu tragen, sofern die finanziellen Verluste nicht durch den Staat ausgeglichen werden. Der Vorschlag bedeutet aber auch einen Einbruch ins bestehende Honorargefüge. So wird z. B. der Anwalt der streitwertbegünstigten Partei bezüglich seines Honorars unterschiedlich behan-

³⁴³ REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 403.

³⁴⁴ BAUMGÄRTEL, S. 145 ff.; BOKELMANN, S. 171; REHBINDER, Kosten der Rechtsverfolgung, S. 402.

delt, je nachdem, ob er den Prozeß zum Erfolg führt oder nicht; also eine versteckte Art Erfolgshonorar.

Dem schweizerisch Recht ist die Möglichkeit der einseitigen Streitwertherabsetzung noch fremd³⁴⁵. Einer solchen Regelung würde das Bundesrecht aber nicht entgegenstehen. So hat das Bundesgericht schon im Jahre 1955 festgehalten, daß das Bundesrecht nicht verlangt, daß die Kantone die Entschädigung nach einem bundesrechtlichen Begriff des Streitwertes abstufen. Stellen sie auf den Streitwert ab, so gehört dieser Begriff dem kantonalen Prozeßrecht an, gleichgültig, ob es ihn selbst umschreibt oder durch Verweisung auf Bundesrecht dieses zu subsidiärem kantonalen Recht erhebt³⁴⁶.

3. Fazit

Die wichtigste Maßnahme gegen die Kostenbarriere und damit zur Verbesserung des Rechtsschutzes für eine breite Bevölkerungsschicht ist der Ausbau des heutigen Armenrechts zur Verfahrenshilfe im vorne beschriebenen Sinne³⁴⁷. Dabei erscheint eine an das bundesdeutsche Gesetz über die Prozeßkostenhilfe vom 13. Juni 1980 angelehnte Lösung als auch für schweizerische Verhältnisse prüfenswert; allerdings müßte auch die Prozeßentschädigung an die Gegenpartei erfaßt werden, wie dies z. B. in § 112 Abs. 2 ZPO SO der Fall ist.

³⁴⁵ Das gleiche gilt für die im Vorentwurf zum neuen Aktienrecht vorgesehene Möglichkeit, bei Abweisung der Klage die Kosten teilweise der Gesellschaft aufzuerlegen und die Parteientschädigung herabzusetzen, sofern sich der Kläger in guten Treuen zur Prozeßführung veranlaßt sah; vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, S. 165/66.

³⁴⁶ BGE 81 II 543.

³⁴⁷ Vorne S. 105 ff.

Alternativen in der Ziviljustiz

I. Allgemeines

Die Diskussion über Alternativen in der Ziviljustiz wird in der Bundesrepublik Deutschland schon längere Zeit geführt. Wesentliche Impulse hat sie aus den Vereinigten Staaten erhalten, wo von jeher außerrechtliche Formen der Streiterledigung, insbesondere Verhandlung, Vermittlung oder Schiedsspruch, nebst der Justiz ihren Platz behaupten³⁴⁸. Der schweizerischen Wissenschaft scheint dieses Thema fremd zu sein³⁴⁹. Bei einem weiteren Anstieg der Prozeßzahlen – sei es wegen des Wegfalls der Zugangs- und Erfolgsbarrieren, sei es aus anderen Gründen – wird sich aber auch die Schweiz solchen Erwägungen nicht verschließen können.

Das Thema «Alternativen» weckt unweigerlich Assoziationen zu jener politisch-unpolitischen Bewegung, die der modernen Industriegesellschaft andere Lebensformen entgegenhält. Mit dieser kulturkritischen Opposition gegen das, was die Mehrheit noch immer als zivilisatorische Errungenschaft ansieht, hat die Diskussion um Alternativen in der Justiz nichts zu tun, auch wenn sie nicht nur in der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, sondern auch von den Gesellschaftswissenschaften geführt wird. Die Teilnahme der Gesellschaftswissenschaften bringt die Erkenntnis in die Diskussion, daß nicht für jeden Streit die gerichtliche Entscheidung angemessen ist, daß es vielmehr darauf ankommt, die für den jeweiligen Konflikt adäquate, d. h. konfliktnahe Regelungsform zur Verfügung zu stellen³⁵⁰. Dies können die Gerichte und die richterliche Streit-

³⁴⁸ Zur Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland vgl. BLANKENBURG/KLAUSA/ROTTLEUTHNER, Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht und BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPPEL, Alternativen in der Ziviljustiz.

³⁴⁹ Zu den Gründen vgl. wiederum HAUSER/REHBINDER, Landesbericht Schweiz, S. 177 ff.

³⁵⁰ Zur Tendenz der Justiz, die Konflikte zu verrechtlichen, vgl. BLANKENBURG, Rechtshilfebedürfnis, S. 245, und FALKE/GESSNER, S. 289 ff.

erledigung sein, aber auch der richterliche Vergleich oder Formen der Beratung, Vermittlung und Schlichtung in außegerichtlichen Einrichtungen. Mit Alternative in der Justiz ist somit nicht an irgendeine «Barfußjustiz» gedacht³⁵¹, sondern nebst der Suche nach anderen Formen innerhalb des Gerichtsverfahrens auch an sachlich besonders geeignete Streitregelungsformen und -foren für bestimmte Konfliktstypen. Rechtspolitisch läuft die Diskussion über Alternativen auf ein Votum für einen Pluralismus in der Konfliktregelung hinaus.

Die Diskussion über Alternativen wird durch drei Hauptinteressen getragen: durch das technokratische Interesse an einer Entlastung der Gerichte, das sozialreformerische Interesse an der Verbesserung des Zugangs zum Recht und der Erfolgchance für sozial Schwache sowie das Interesse an einer qualitativen Konfliktregelung durch Entrechtlichung³⁵². Die vorliegende Arbeit muß sich im Rahmen der Diskussion um Alternativen auf das erste Interesse, das Interesse an einer Entlastung der Gerichte, beschränken und für die übrigen Interessen auf die Ausführungen zur Optimalität des gerichtlichen und außegerichtlichen Rechtsschutzes verweisen. Die Konzentration auf das Interesse an der Entlastung der Gerichte drängt sich um so mehr auf, als diese jederzeit in der Lage sein müssen, die auftretenden Konflikte als Rechtskonflikte zu lösen, wenn die anderen Arten von Konfliktregelungen versagen.

1. Gründe für den Anstieg der als Rechtsstreit ausgetragenen Konflikte

In den Jahren 1970 bis 1985 hat die Zahl der im Kanton Zürich vor den Bezirksgerichten als Kollegialgerichten und vor den Einzelrichtern geführten ordentlichen Zivilprozesse ständig zugenommen. Waren es im Jahre 1970 noch 5360 Prozesse, so gingen im Jahre 1985 7563 Prozesse ein³⁵³. Die Ursachen für die Zunahme der Anzahl der geführten Prozesse waren und sind vielfältig. Eine ungünstige Wirtschafts- und Konjunkturlage kann der Justiz nicht unerhebliche Mehrarbeit bringen. Die schwierige Beschäftigungs- und Auftragslage und die damit zusammenhängenden Liquiditätsprobleme der Betriebe und

³⁵¹ RÖHL, Hintergründe der Diskussion über Alternativen, S. 15.

³⁵² RÖHL, Hintergründe der Diskussion über Alternativen, S. 17.

³⁵³ Rechenschaftsberichte 1970 und 1985.

Unternehmen drücken auf die Zahlungsmoral. Es wird häufiger und erbitterter, d. h. mit geringer Vergleichsbereitschaft, gestritten. Auch das gestiegene Selbst- und Rechtsbewußtsein bestimmter Bevölkerungsschichten, eine sich ausweitende Anspruchsmentalität, die verstärkte Aufklärung der Konsumenten, wie die von einer Reihe von Organisationen wie Gewerkschaften, Konsumentenschutzorganisationen und Mieterverbänden geförderte Rechtsberatung, tragen zu einer größeren Konfliktsbereitschaft und damit zu einer weitergehenden Konfliktsfreudigkeit bei. Zu erwähnen sind auch die fortschreitende technische Entwicklung und die in diesem Zusammenhang entstehenden Streitfälle. Schließlich führt auch die Gesetzesflut und die Schaffung neuer subjektiver Rechte, wie z. B. das Gendarstellungsrecht im Sinne von Art. 28 g ff. ZGB, zu zusätzlichen Prozessen. Umstritten ist der Einfluß von Rechtsschutzversicherungen auf die Zunahme der Prozeßlast³⁵⁴. Mögen die ökonomischen Analysen von ADAMS sehr theoretisch sein³⁵⁵, so deckt sich seine These doch mit den Erfahrungen der Prozeßpraktiker. Begegnet einem Richter eine besonders leichtsinnige, weil besonders schwach fundierte Klage, oder wehrt sich ein Beklagter, obwohl es keine halbwegs stichhaltigen Argumente mehr gibt, so stellt sich hin und wieder heraus, daß die fragliche Partei rechtsschutzversichert ist.

Auch wenn zurzeit zumindest im Kanton Zürich ein leichter Rückgang der Verfahrenszahlen feststellbar ist³⁵⁶, so darf diese kurze Dauer nach einer längeren Phase des Anstieges der Prozeßzahlen nicht als Beginn einer rückläufigen Entwicklung gewertet werden. Die Zahl der als Rechtsstreit ausgetragenen Konflikte wird voraussichtlich weiter ansteigen; dies vor allem, wenn die Zugangsbarrieren und Defizite, die einer wirksamen Rechtsverfolgung durch die sozial schwächeren Bevölkerungskreise entgegenstehen, aus dem Weg geräumt werden. Der im 3. Teil geforderte Aufbau einer Sozial- und Rechtsberatung für sozial Schwächere und vor allem die Verbesserung des Armenrechts zur Verfahrenshilfe, aber auch die für das Gerichtsverfahren als solches aufgestellten Postulate werden zweifellos zu einer Prozeßvermehrung und damit zur Mehrbelastung der Justiz führen, werden doch damit neue Rechtsbedürfnisse

³⁵⁴ Vgl. dazu BLANKENBURG/ADAMS, S. 353 ff.

³⁵⁵ Vgl. dazu ADAMS, Ökonomische Analyse, S. 111 ff.

³⁵⁶ 1986 gingen «nur» noch 7490 Zivilprozesse bei den Zürcher Gerichten ein; vgl. Rechenschaftsbericht 1986.

geweckt und die rechtliche Handlungskompetenz des Einzelnen verstärkt. Auch die technische Entwicklung schreitet weiter und führt zu neuen Konflikten.

2. Prozeßflut und Ressourcenknappheit

Der Anstieg der Zahl der Prozesse führt zur Knappheit der für die Bewältigung des einzelnen Prozesses zur Verfügung stehenden Ressourcen, da der Ziviljustiz nicht eine beliebig vermehrbare Menge an Personal, Zeit und Mittel zur Verfügung steht. Der Zunahme der Zahl der Prozesse steht so ein im wesentlichen gleichbleibendes Angebot an Rechtsfindungsressourcen gegenüber. Ökonomisch gesprochen führt die Zunahme der Geschäftslast der Gerichte zu einer Verknappung des Gutes Rechtsverwirklichung³⁵⁷. Sind die Mittel begrenzt, muß mit ihnen sparsam gehaushaltet werden. Die vorhandenen Ressourcen sind so auf die einzelnen Rechtsgewährungsakte zu verteilen, daß ein Maximum an jeweiliger Rechtsgewährung erzielt wird bei einem Minimum an Einsatz von Mitteln, wobei jedermann den gleichen Anspruch auf ein Optimum an Rechtsgewährung hat³⁵⁸.

Obige Ausführungen zeigen, daß die Ressourcenknappheit einen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsgewährung hat. Dieser Einfluß betrifft schon die Gesetzesnormen. So ist unter einer Vorschrift über die Nichtzulassung verspäteter Noven die Ressourcenbegrenzung zu erkennen. Auch der Einfluß auf die die Rechtsmittelvoraussetzungen regelnden Normen ist offensichtlich. Weniger bedeutsam erachteten Angelegenheiten wird ein Rechtsmittel mit der Begründung versagt, daß die sozialen Kosten für die uneingeschränkte Gewähr von Rechtsmitteln als zu hoch angesehen werden. Anlaß zu dieser Behauptung ist ebenfalls der Faktor Ressourcenknappheit³⁵⁹. Evident ist die Auswirkung der Ressourcenknappheit auf das richterliche Entscheidungsverhalten. Zwar darf sie sich nicht in der Weise auf das richterliche Entscheidungsverfahren auswirken, daß dadurch das Entscheidungsergebnis beeinflusst wird. Es ist aber offensichtlich, daß die Gerichte bei großem Arbeitsanfall ihr prozessuales Verhalten an Normen orientieren, die auf eine

³⁵⁷ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 28.

³⁵⁸ HENDEL, Ressourcenknappheit, S. 378.

³⁵⁹ HENDEL, Ressourcenknappheit, S. 379.

schnelle Erledigung des Verfahrens hinzielen. Der Zeitdruck kann dazu führen, daß das Gericht weniger bereit ist als sonst, die Parteivorbringen auf ihre Schlüssigkeit und Vollständigkeit zu prüfen und von der Frage- und Aufklärungspflicht Gebrauch zu machen. Ein solcher Verzicht wirkt sich in den meisten Fällen zuungunsten der schwächeren Partei aus. Wenn die Sache schnell vom Tisch muß und der Richter deshalb davon absieht, Gelegenheit zur Vervollständigung der Sachvorbringen zu geben, dann ist es in der Regel der ungewandte, anwaltlich nicht vertretene Bürger, der davon den Nachteil hat³⁶⁰. Ressourcenknappheit bewirkt somit eine restriktive Anwendung der Normen, die auf die absolute «Richtigkeit» der Entscheidungen hinzielen und verstärkt das Verhalten, das als «den Weg des geringsten Widerstandes» bezeichnet werden kann³⁶¹. Sie steht dem Prozeßziel der Objektivität entgegen.

Trotz Ressourcenknappheit darf ein Mindestmaß an Rechtsgewährung nicht unterschritten werden. Sobald die Ressourcenknappheit das Erreichen der Prozeßziele der Objektivität, Prognostizierbarkeit und Zeitangemessenheit in Frage stellt, muß das Angebot vergrößert werden, sei es durch Vermehrung der zur Verfügung stehenden Mittel, sei es durch rationelleren Einsatz dieser Mittel. Droht trotz dieser Vermehrung der Mindestgrad unterschritten zu werden, ist nach Alternativen zu suchen. Letztlich muß aber doch die staatliche Justiz in der Lage sein, einen effektiven und umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten.

3. Schranken der Ausdehnung der Ziviljustiz

Die Rechtsgewährung ist zweifellos ein elementares und hervorragendes Gut des Rechtsstaates. Die Tätigkeit der Zivilgerichte wirkt sich auf den Lebenskreis des einzelnen Bürgers und auf den Rechtsfrieden unmittelbar aus. Der Weg zu den Zivilgerichten muß dem Bürger trotz Ressourcenknappheit offenstehen. Die Verpflichtung des Staates, einen effektiven und umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten, beinhaltet die Verpflichtung, die Gerichte auch in Zeiten einer angespannten Haushaltslage in die Lage zu versetzen, ihrer Aufgabe der Rechtsgewährung in der gebotenen Weise nachzukommen³⁶².

³⁶⁰ WASSERMANN, S. 180.

³⁶¹ HENDEL, Ressourcenknappheit, S. 381.

³⁶² KOTSCH, S. 172.

Ungeachtet des hohen Ranges, der der Rechtspflege in einem funktionierenden Rechtsstaat zugewiesen ist, sind einer eigentlichen Vermehrung der Ressourcen in einer Zeit, die durch den Wunsch nach Steuersenkungen und Personalstop gekennzeichnet ist, politisch enge Grenzen gesetzt. Eine Vergrößerung des Ressourcenvorrates bei der Justiz führt bei dieser Situation zu einer Mittelverknappung bei anderen sozialen Systemen, die sich ihrerseits gegen diese Verknappung wehren. Nachdem die Justiz in ihrer Alltagsarbeit keine Möglichkeit hat, Annehmlichkeiten zu verteilen oder Beeindruckendes vorzuzeigen, hat sie es nicht leicht, ihre Leistungen für den Bürger ebenso wirksam darzustellen, wie das andere öffentliche Bereiche für ihren Tätigkeitsbereich zu tun vermögen. Sie kann daher nicht erwarten, einer weiteren Steigerung der Nachfrage nach Leistungen ohne weiteres mit einer entsprechenden Erhöhung der Mittel, vor allem der personellen Ressourcen, entgegenzutreten zu können.

Als weitere Schranken für den Ausbau der Justiz werden etwa auch die «inneren Grenzen» der Vermehrung der Richterstellen genannt. Dieser Aspekt mag bei oberinstanzlichen Gerichten, deren Rechtsprechung auf die Wahrung der Rechtssicherheit angelegt ist, von größerer Bedeutung sein als für die erstinstanzlichen Gerichte³⁶³. Bei den erstinstanzlichen Gerichten ist es noch nicht so weit, daß von justizimmanenten Grenzen gesprochen werden könnte. Je größer die Anzahl der in den unteren Instanzen tätigen Richter und damit die Zahl der erledigten Prozesse ist, desto größer wird allerdings der Druck auf die Oberinstanzen.

4. Suche nach Alternativen in der und zur staatlichen Ziviljustiz

Die Diskrepanz zwischen der Bedeutung der Rechtsgewährung und der Tatsache der Ressourcenknappheit muß den Rechtsstaat dazu zwingen – will er, daß die Ziviljustiz ihrer Aufgabe der Rechtsschutzgewährung in der gebotenen Art nachkommen kann – Alternativen zum heutigen Justizsystem

³⁶³ Die in der Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 29. Mai 1985 vorgesehenen Maßnahmen sind denn auch darauf ausgerichtet, die Entlastung des Bundesgerichtes ohne Anhebung der Zahl der Bundesrichter zu gewährleisten.

zu prüfen. Dazu gehören einmal die Prüfung der Möglichkeiten, die bestehenden Ressourcen ökonomisch optimal einzusetzen – immer natürlich unter dem Gebot der Objektivität, Prognostizierbarkeit und Zeitangemessenheit des Zivilprozesses – sowie der Realisierung der politisch möglichen Ressourcenvermehrung. Aber auch die Frage, ob nicht andere gerichtliche Behandlungs- und Erledigungsarten als die bestehenden denkbar sind, muß gestellt werden. Sind sämtliche internen Möglichkeiten der Ziviljustiz – Effizienzsteigerung, Ressourcenverlagerung innerhalb des Justizsystems, Vergrößerung des Angebotes – ausgeschöpft, ist zu prüfen, ob die Förderung von Alternativen außerhalb der staatlichen Justiz geeignet ist, das Überlastungsproblem zu entschärfen. Dazu gehören jegliche Arten von staatlichen und privaten Schlichtungsbestrebungen sowie die Schiedsgerichte; beide Alternativen tragen schon heute wesentlich zu einer Entlastung der staatlichen Zivilrechtspflege bei.

II. Alternativen innerhalb der Ziviljustiz

Beim Auftreten von Ressourcenknappheit kann der Staat grundsätzlich auf drei Arten reagieren. Er kann das bestehende Angebot durch Vermehrung der zur Verfügung stehenden Mittel oder durch rationelleren Einsatz dieser Mittel vergrößern. Zweitens kann er das Angebot unverändert lassen und damit in Kauf nehmen, daß sich die Prozeßdauer verlängert oder die Prozesse ohne den bisher üblichen Aufwand erledigt werden. Auf diese Art zu reagieren braucht wohl nicht weiter eingegangen zu werden. Schließlich kann er versuchen, die Nachfrage zu beschränken; dies durch Erschwerung des Zuganges zu den Gerichten überhaupt oder zu deren oberen Instanzen. Diese Maßnahmen können auch kombiniert werden; die Übergänge sind fließend³⁶⁴.

1. Vergrößerung des Angebotes

a) Personelle und sachliche Mittelvermehrung

Die Vergrößerung des Angebotes an Rechtsfindungsressourcen ist unter personalen und funktionalen Gerechtigkeitsaspek-

³⁶⁴ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 29.

ten die adäquate Maßnahme zur Lösung des Überlastungsproblems. Auf die Grenzen der Vergrößerung des Angebotes wurde bereits hingewiesen. Diese Grenzen ändern allerdings nichts an der Tatsache, daß der Rechtsstaat auf eine steigende (und zum Teil staatlich geförderte) Nachfrage nach Leistungen der Gerichte mit der Erhöhung der Mittel reagieren muß³⁶⁵. Wo die Politiker dies vergessen und der Justiz die zur Erfüllung ihrer Aufgabe nötigen Mittel verweigern, ist es Sache der Oberinstanzen, diese Pflicht auf Rechtsverzögerungsbeschwerden hin in Erinnerung zu rufen³⁶⁶, und der Presse, diese Entscheidung publik zu machen.

b) Interne Effizienzsteigerung

Bei den Forderungen nach Effizienzsteigerung steht der Ruf nach einem besseren Informationsbeschaffungssystem für die Gerichte im Vordergrund. Der heutige Stand der EDV erlaubt es ohne weiteres, daß der Richter (und auch das übrige juristische Personal) die gewünschten Informationen von einer zentralen Speicherstelle auf elektronischem Weg ins Arbeitszimmer (oder auch in den Verhandlungssaal) abrufen kann, und zwar auf den Bildschirm und mit der Möglichkeit der Schnelldruckausgabe. Um effizient zu sein, muß ein solches Informationssystem Gesetzesvorschriften, Gesetzesmaterialien, Rechtsliteratur und vor allem Judikatur umfassen³⁶⁷. Allerdings darf die Datenverarbeitung nicht als eine Art Heilmittel zur Reduktion des Aufwandes der Gerichte betrachtet werden. Im Bereiche der richterlichen Verfahrenslenkung und vor allem der Entscheidungsfindung sind der Anwendung der EDV enge Grenzen gesetzt. Falsch angewendet kann sie sogar zu einer Mehrbelastung führen. Bewirkt die Fülle der Information, daß

³⁶⁵ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 43.

³⁶⁶ Dies hat das Bundesgericht in BGE 103 V 198 mit deutlichen Worten gesagt: «Es ist Aufgabe des Rechtsstaates, das Recht jedes Bürgers auf staatlichen Rechtsschutz zu gewährleisten. Wenn dieser Rechtsanspruch des Bürgers durch Überlastung und personelle Unterdotierung einer Gerichtsbehörde beeinträchtigt wird, ist es Sache des Rechtsstaates, die nötigen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Justizgarantie wieder herzustellen. Geschäftslast und Personalmangel können es nicht rechtfertigen, Verfassungsrecht zu durchbrechen.»

³⁶⁷ Zu den Auswirkungen eines effizienten Informationsbeschaffungssystems auf die drei Verfahrensziele der Objektivität, Prognostizierbarkeit und Zeitangemessenheit vgl. KININGER, S. 74/75, 97/98 und 112.

auch einfache Urteile mit Dutzenden von Zitaten versehen werden oder plötzlich doppelt so viele Seiten aufweisen, fällt der Effizienzsteigerungseffekt dahin. Verfügt die Anwaltschaft über ein besser ausgebautes Informationsbeschaffungssystem als die Gerichte, ist ebenfalls mit einer Mehrbelastung der Gerichte zu rechnen; dann nämlich, wenn der seriös arbeitende Richter die Richtigkeit der Fülle der Zitate von Hand, d. h. in der Bibliothek, nachkontrollieren muß. Gerade der Umstand, daß einem Teil der Anwaltschaft schon heute eine große juristische Datenbank zur Verfügung steht³⁶⁸, zeigt die Bedeutung der Forderung nach einem solchen Informationsbeschaffungssystem auch für die Gerichte.

Auch rationellere Arbeitsabläufe an den Gerichten könnten zur Effizienzsteigerung führen. So ist der Richter, der jede Woche seinen Sitzungstag vorzubereiten und «abzusitzen» und dazwischen Referentenaudienzen und Beweisverhandlungen durchzuführen hat, in der Bearbeitung der großen, im schriftlichen Verfahren geführten Prozesse empfindlich gehindert und muß sich immer wieder neu in das betreffende Thema vertiefen. Bei einem Referentenwechsel muß sich ein neuer Richter in den Prozeß einarbeiten. Von Effizienz kann so nicht die Rede sein³⁶⁹.

Zur Einsparung von finanziellen Ressourcen führt auch die Verschiebung bestimmter Arbeiten vom teuren juristischen zum billigeren nichtjuristischen Personal; so z. B. die Entlastung des juristischen Personals von bloßen Schreibearbeiten und unter Umständen auch von der Protokollführung. Sicher könnten die gesetzlichen Bestimmungen über die Protokollierung so gefaßt werden, daß die Ausführungen von Parteien und Zeugen direkt auf Tonträgern festgehalten werden könnten.

2. Nachfragebeschränkungen

a) Kostenerhöhung

Nachdem unter anderem die geforderte Aufhebung der bestehenden Kostenbarriere zur Vermehrung der Nachfrage nach gerichtlichen Leistungen führt, geht es nicht an, diese Barriere

³⁶⁸ Das juristische Dokumentationssystem «*SWISSLEX*» hat am 1. Januar 1988 den kommerziellen Betrieb aufgenommen.

³⁶⁹ Für mögliche Änderungen der Gerichtsorganisation vgl. WALDER, Verliedert die Zürcher Justiz?, SJZ 74 (1978), S. 368.

wegen der daraus entstehenden Ressourcenknappheit wieder zu errichten. Die Erhöhung der im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung den Parteien erwachsenden Kosten kommt daher nicht in Frage, auch wenn diese Maßnahme an sich geeignet wäre, die Nachfrage nach gerichtlichen Leistungen einzuschränken.

b) Ressourcenschonende Arbeitsteilung zwischen Staat und Parteien

Die Urteilsfindung erfordert ein Zusammenwirken von Staat und Parteien. Je nachdem, ob das Hauptgewicht der Arbeitslast auf den Parteien oder auf dem Gericht liegt, ist die Arbeitsteilung ressourcenschonend oder nicht.

Als Extrembeispiel einer ressourcenschonenden Arbeitsteilung ist das «Pre-Trial Discovery» Verfahren im amerikanischen Zivilprozeß zu erwähnen³⁷⁰. Das Discovery-Verfahren, in welchem sich die Parteien durch private Recherchen für die Hauptverhandlung zu wappnen suchen, findet zwischen der Klageeinleitung und der Hauptverhandlung statt. Dieses Erforschungsverfahren, das streng von der Hauptverhandlung getrennt ist, spielt sich grundsätzlich zwischen den Parteien und ihren Anwälten ab. Dabei ist z. B. die außergerichtliche Befragung von Zeugen durch die gegnerischen Anwälte uneingeschränkt zulässig. Der Hauptzweck dieses Verfahrens besteht darin, den am Prozeß beteiligten Parteien vor der mündlichen Verhandlung vollen Zugang zu den Tatsachen und Beweismitteln zu verschaffen und so den gesamten Prozeßstoff abzuklären und festzulegen. Dies geschieht vor der Hauptverhandlung, damit sich die Parteien sorgfältig vorbereiten können, in der Hauptverhandlung vor Überraschungen sicher sind und das Gericht nur noch über Rechtsfragen zu entscheiden hat. So dient das Pre-Trial-Discovery-Verfahren auch dazu, die Parteien durch die Aufdeckung der für den Streit bedeutsamen Fakten und Beweismittel zu einer realistischen Einschätzung ihrer prozessualen Erfolgchancen zu verhelfen und so die Möglichkeit des Abschlusses von Vergleichen zu fördern. Weiter ist das Verfahren dazu geeignet, die Parteien und Zeugen auf eine bestimmte Sachverhaltsversion zu fixieren und es ihnen so zu erschweren, in der Hauptverhandlung eine andere Darstellung zu geben sowie die Aussagen von Parteien und Zeugen

³⁷⁰ Zum «Pre-Trial Discovery» Verfahren vgl. MENTZ, S. 73 ff.

sicherzustellen. Das Pre-Trial-Discovery-Verfahren führt so zu einer besseren Vorbereitung des Prozesses durch die Parteien und durch die so besser mögliche Einschätzung der Prozeßchancen auch oft zu Vergleichen vor der Hauptverhandlung. Die Mitwirkung des Gerichtes ist auf ein Minimum beschränkt. Indem das Gericht anläßlich der Hauptverhandlung nur noch über Rechtsfragen zu entscheiden braucht, trägt es auch, was das Gerichtsverfahren als solches anbelangt, zu einer raschen Prozeßerledigung bei³⁷¹.

Das Verfahren ist aber mit sehr vielen Nachteilen verbunden. Für einen Laien ist es praktisch ausgeschlossen, es ohne Hilfe eines Anwaltes durchzuführen; mit richterlicher Verfahrenshilfe kann er ja nicht rechnen. In der amerikanischen Praxis erweist es sich auch als sehr zeitraubend und immens teuer; mit ein Grund für die hohe Vergleichsquote³⁷². Das Verfahren ist somit geeignet, die staatlichen Rechtsfindungsressourcen zu schonen, widerspricht aber vollständig den im dritten Teil des Referates aufgezeichneten Anforderungen an einen optimalen gerichtlichen Rechtsschutz.

Auch der Verhandlungsgrundsatz und die Dispositionsmaxime zeitigen ressourcenschonende Wirkungen. Auf die der optimalen Rechtsdurchsetzung dienenden Schranken dieser Maximen wurde bereits hingewiesen³⁷³. Eine Rückverlegung von Aufgaben auf die Parteien ist undenkbar. Zu Recht geht der Trend in die andere Richtung³⁷⁴. Die ressourcenschonende Arbeitsteilung zwischen den Parteien und dem Staat im Sinne einer Verlagerung der Arbeit auf die Parteien stellt somit auch keine echte Alternative zum heutigen Verfahrensrecht dar und damit auch keine Möglichkeit, Ressourcen einzusparen.

c) Einschränkung des Rechtsschutzes für Bagatellstreitigkeiten

Die Einschränkung des Rechtsschutzes in den Fällen, in denen ein voller Rechtsschutz angesichts der Geringfügigkeit der Sache als unverhältnismäßig erscheint, stellt wohl eine einschneidende Beschränkung der Nachfrage nach gerichtlichen Leistungen dar, tragen doch diese sogenannten Bagatellstreitigkeiten ebenfalls zur Ressourcenknappheit bei. Allerdings schei-

³⁷¹ Zu den Techniken dieses Verfahrens vgl. MENTZ, S. 74/75.

³⁷² MENTZ, S. 79.

³⁷³ Vgl. vorn S. 73 ff.

³⁷⁴ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 58/59.

tert ein solches Unterfangen schon an der Schwierigkeit der Definition der Bagatellstreitigkeit. So erscheint es weder sinnvoll, ein bestimmtes Rechtsgebiet als ganzes zur rechtlichen Bagatelle abzuqualifizieren, noch eine bestimmte Materie für so wichtig zu erklären, daß sie aus dem Anwendungsbereich des besonderen Verfahrens für Bagatellen herausfällt³⁷⁵. Auch der Streitwert ist als Anknüpfungspunkt nicht geeignet. Jeder den Rechtsschutz für Bagatellstreitigkeiten einschränkende Sonderregelung haftet der Geruch des Unsozialen an. Das Recht des «kleinen Mannes» droht zugunsten größerer Rechte der Wohlhabenden vernachlässigt zu werden, was erhebliche Auswirkungen auf das Staatsverständnis und die Einstellung der Bevölkerung zum Staat haben kann. Auch kleine Sachen müssen daher vor ein unabhängiges staatliches Gericht gebracht werden können. Die zum Teil in Deutschland geforderte Einschränkung des Rechtsschutzes für Bagatellstreitigkeiten stellt somit auch keine echte Alternative dar³⁷⁶.

d) Einschränkung der Rechtsmittel

Auch Beschränkungen des Zuganges zu den Rechtsmittelinstanzen bewirken eine wirksame Entlastung der Ziviljustiz. Durch eine solche Beschränkung wird aber der Rechtsschutz am spürbarsten vermindert; dies vor allem für den wirtschaftlich und sozial schwächeren Rechtsuchenden. So sind Rechtsmittelbeschränkungen, die einzig an den Streitwert anknüpfen, unsozial. Je höher diese Grenzen angesetzt sind, desto dringender stellt sich die Frage, ob nicht anstelle oder neben dem Streitwertkriterium andere Selektionskriterien herangezogen werden sollten. Als Anknüpfungskriterium bietet sich z. B. die Gewähr der Sach- und Rechtsrichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung an. Nachdem ein Kollegialgericht sowohl bei der Tatsachenfeststellung als auch bei der Subsumption objektivere Ergebnisse bringt als ein Einzelrichter³⁷⁷, wäre es denkbar,

³⁷⁵ GRUNSKY, Grenzen der Rechtsgewährung, S. 391.

³⁷⁶ Zur Forderung nach der Schaffung eines vereinfachten Verfahrens für Bagatellstreitigkeiten vgl. WASSERMANN, Überlegungen zu einem vereinfachten Verfahren für geringfügige Streitigkeiten, in: BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPPEL, Alternativen in der Ziviljustiz, S. 203 ff. und SCHUSTER, Das Güteverfahren: Eine Alternative in der Ziviljustiz, in: GOTTWALD/HUTMACHER/RÖHL/STREMPPEL, Der Prozeßvergleich, S. 110/111 und HENDEL, Der Prozeßvergleich, S. 134.

³⁷⁷ Vgl. dazu KININGER, S. 72.

bei der Gewährung des Zuganges zu den Rechtsmitteln vermehrt darnach zu differenzieren, ob in erster Instanz ein Kollegium oder ein Einzelrichter geurteilt hat. Im Lichte dieser Überlegungen erscheint die Tatsache als problematisch, daß beispielsweise im Kanton Zürich gegen alle einzelrichterlichen Zivilurteile kein ordentliches Rechtsmittel offensteht. Unter dem Aspekt der allgemeinen Verfahrenslenkung und der Rechtsfortbildung müßte der Zugang zu den Rechtsmitteln auch dann unabhängig vom Streitwert offengelassen werden, wenn eine Rechtsfrage von grundlegender Tragweite zur Beurteilung steht³⁷⁸. Unter dem Aspekt des optimalen gerichtlichen Rechtsschutzes stellt somit eine weitere Einschränkung der Möglichkeit, Rechtsmittel zu erheben, ebenfalls keine echte Alternative zur heutigen Regelung dar; vor allem dann nicht, wenn die Einschränkung weiterhin einseitig über die Erhöhung der Streitwertgrenzen erfolgt.

3. Erledigung des einzelnen Prozesses mit weniger Aufwand

a) Verkleinerung der Spruchkörper

Soweit Gerichte noch Abteilungen von mehr als drei Richtern haben, steht unter dem Aspekt des Rechtsschutzes der Verkleinerung des Spruchkörpers nichts entgegen. In einem dreiköpfigen Gremium ist ein diskursives Verfahren der Urteilsfindung noch gewährleistet. Problematischer ist demgegenüber die Übertragung von Kompetenzen vom Kollegialgericht auf Einzelrichter. «Die Gruppe wird mit einer größerer Wahrscheinlichkeit den objektiven Sachverhalt feststellen bzw. die Gruppe läuft weniger Gefahr als der einzelne, aufgrund individueller Einstellungen den objektiven Sachverhalt zu verfälschen bzw. zu verfehlen.» Auch im Bereiche der Subsumption verspricht die Gruppe objektivere Ergebnisse³⁷⁹.

Prüfungswert ist hingegen der Vorschlag, Konventionalscheidungen in die Zuständigkeit des Einzelrichters zu legen³⁸⁰. Eine solche Maßnahme würde erhebliche Ressourcen freisetzen, gingen doch z. B. im Kanton Zürich 1986 3190 Scheidungsklagen ein³⁸¹.

³⁷⁸ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 62; vgl. auch vorn., S. 96/97.

³⁷⁹ KININGER, S. 73.

³⁸⁰ BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 54.

³⁸¹ Rechenschaftsbericht 1986, S. 123.

b) Einschränkung der Begründungspflicht

Bestimmungen, welche die Pflicht zur Begründung von Zivilurteilen einschränken, setzen ebenfalls Ressourcen frei³⁸². Eine schriftliche Urteilsbegründung verursacht den Richtern und den Kanzleibeamten erheblichen Aufwand und ist für die Parteien in den meisten Fällen nur dann von Belang, wenn das Urteil an eine Oberinstanz weitergezogen wird. Dem gegenüber der Einschränkung der Begründungspflicht etwa erhobenen Einwand, daß die Parteien kaum in der Lage sind zu beurteilen, ob sie im Hinblick auf einen späteren Prozeß auf eine Begründung des Urteils verzichten können, kann entgegengehalten werden, daß die meisten dieser Personen, die tatsächlich kaum in der Lage sind, die Konsequenzen eines Begründungsverzichtes zu beurteilen, selten mehr als einmal in ihrem Leben mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung konfrontiert werden³⁸³, während die Vielfachprozessierer durchaus in der Lage sind, die Wirkungen eines solchens Verzichtes abzuschätzen. Dazu kommt, die Wirkungen eines solchen Verzichtes abzuschätzen. Dazu kommt, daß sich die Parteien dort, wo wesentliche rechtliche und tatsächliche Kontroversen bestehen, recht selten mit einem erstinstanzlichen Urteil zufriedengeben und im Hinblick auf die Einreichung von Rechtsmitteln eine schriftliche Urteilsbegründung verlangen. Aus diesem Grund wird in solchen Fällen den Parteien im Kanton Zürich oft zum vornherein ein schriftlich begründetes Urteil zugestellt. Für den Richter, der die Beweisaufgabe einem ausführlichen Exposé zugrunde gelegt hat, bedeutet die schriftliche Urteilsbegründung keinen großen Aufwand mehr. Auch von einem Verzicht auf die Steuerung des Verhaltens Dritter oder auf Rechtsfortbildung kann – abgesehen von den Fällen, wo kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist – nicht gesprochen werden³⁸⁴.

c) Förderung der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites

Den Bestrebungen zur gütlichen Regelung des Rechtsstreites, sei es durch Prozeßvergleich, durch Klagerückzug oder Klage-

³⁸² Z. B. § 158 GVG ZH; § 135 der Gerichtsordnung des Kantons Schwyz.

³⁸³ REIFNER, Erfolgs- und Zugangsbarrieren, S. 42.

³⁸⁴ Zu weit geht allerdings die Regelung des Kantons Appenzell, wonach den Parteien erst nach Eingang der Appellationsanmeldung ein vollständiges Urteil zugestellt wird (Art. 121 Abs. 2 und 3 ZPO AI). Eine Partei muß die Möglichkeit haben, eine Urteilsbegründung zu erhalten, ohne eine Appellation einzureichen.

anerkennung, kommt unter dem Aspekt der Begrenztheit der Rechtsfindungsressourcen eine hervorragende Bedeutung zu³⁸⁵. Müßte jeder Prozeß bis zum Urteil durchgestritten werden, würde dies eine Mehrbelastung der Justiz bedeuten. Angesichts der Bedeutung des Prozeßvergleiches als ökonomischer Faktor, aber auch allgemein unter dem Aspekt des Rechtsschutzes, ist in einem besonderen Abschnitt darauf einzugehen.

4. Rechtsschutz und Prozeßvergleich

Der Vergleich ist im gerichtlichen Alltag von größter Bedeutung. Ein großer Prozentsatz der Zivilprozesse wird durch Vergleich erledigt. Dabei erschöpft sich der Vergleich nicht darin, dem Gericht die Bewältigung der Prozeßflut zu ermöglichen. Die effektive Zeitersparnis, welche der Abschluß eines Vergleiches für den Richter bedeutet, ist nicht immer gleich groß, da Vergleichsvorschläge sorgfältig erarbeitet werden müssen und Vergleichsverhandlungen oft sehr zeitraubend sind. Vergleiche werden auch in einem späten Prozeßstadium oder sogar noch in der Berufungsinstanz abgeschlossen; letzteres vor allem dann, wenn beide Parteien in erster Instanz teilweise unterlegen sind. Die Bedeutung des Vergleiches liegt auch darin, daß er oft die Ziele des Zivilprozesses besser zu erreichen vermag als die urteilsmäßige Prozeßerledigung. Eine friedliche Beilegung des Rechtsstreites ist meist sinnvoller als ein Prozessieren bis zum bitteren Ende.

a) Vergleich und Prozeßzwecke

Auf den Umstand, daß der Zivilprozeß im Zieldreieck zwischen der Durchsetzung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte, der Bewahrung der Rechtsordnung und der Befriedigung der Parteien steht, wurde bereits hingewiesen³⁸⁶. Den beiden ersten Betrachtungsweisen ist gemeinsam, daß sie den Verfahrenszweck ausschließlich auf den Schutz und die Durch-

³⁸⁵ So wurden im Kanton Zürich im Jahre 1986 von den 7358 durch die Zivilgerichte (inkl. Einzelrichter) erledigten Zivilprozesse 2947 nicht durch Urteil erledigt. Zusätzlich sind die Konventionalscheidungen, die einen großen Teil der 2809 im gleichen Jahre erledigten Scheidungsprozesse ausmachen, zu berücksichtigen.

³⁸⁶ Vgl. z.B. vorn S. 22.

setzung des Rechtes ausrichten und demgemäß dem Verfahrensrecht eine dienende Funktion im Verhältnis zum materiellen Recht zuerkennen. Eine solche ausschließlich an der Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung orientierte Betrachtung läßt für den Vergleich, der nicht unbedingt der Rechtslage folgen muß, keinen Platz. Deshalb wird die Rechtfertigung des Vergleiches im dritten Prozeßzweck, in der Befriedigungsfunktion gesehen, d. h. in der Wiederherstellung der gestörten Ordnung gerade unter den Parteien³⁸⁷.

Auch wenn darauf verzichtet wird, eine Rangordnung der Verfahrenszwecke aufzustellen, so ist doch deutlich, daß die beiden erstgenannten Zwecke, die Durchsetzung der subjektiven Rechte und die Bewahrung der Rechtsordnung, im Vordergrund stehen, muß doch der Rechtsfriede auch dann wieder hergestellt werden können, wenn aus irgendeinem Grunde die friedliche Wiederherstellung der Ordnung unter den Parteien nicht möglich ist. Diese beiden Zwecke widersprechen sich auch kaum, sondern können sich im Gegenteil wirksam ergänzen. Die Befriedigung der Parteien kommt beim Urteil hingegen zu kurz, während sie beim Vergleich die anderen Prozeßzwecke verdrängt. Beide Komponenten sind aber geeignet, Rechtsfrieden zu ermöglichen und zu gewährleisten, sei es durch autoritative Rechtsanwendung im Urteil ohne Rücksicht auf eine freiwillige Anerkennung³⁸⁸ oder durch gütliche Einigung mit dem Ziel positiver Befriedigung des Streitverhältnisses³⁸⁹.

b) Möglichkeiten und Grenzen der Streitbeilegung durch Vergleich

Trotz der großen Bedeutung des Prozeßvergleiches im gerichtlichen Alltag sind die Meinungen über Wert und Unwert des Vergleiches geteilt. Es gibt Richter und Gerichte, welche die Ansicht vertreten, es sei mit der Stellung des Richters grundsätzlich unvereinbar und seinem Ansehen abträglich, mit den Parteien über einen Vergleichsabschluß zu verhandeln. Aufgabe des Richters sei die autoritative, urteilsmäßige Erledigung von Prozessen; die Frage einer allfälligen Verständigung sei den Parteien zu überlassen. Gelegentlich ist auch das Argument anzutreffen, bei Vergleichen sei immer Zurückhaltung geboten,

³⁸⁷ WOLF, Normative Aspekte, S. 269.

³⁸⁸ SCHMIDT, Zweck des Zivilprozesses, S. 38.

³⁸⁹ WOLF, Normative Aspekte, S. 269.

da ja nur eine von beiden Streitparteien Recht haben könne und jeder Vergleich ein Nachgeben des Rechtes vor dem Unrecht bedeute. Auf der andern Seite gibt es Richter, bei denen so viele Vergleiche abgeschlossen werden, daß sie unter Kollegen und in Anwaltskreisen als «Vergleichskünstler» gelten. Die Legitimation für die oft beachtliche Überzeugungs- und Überredungsleistung und den gelegentlich wohl auch nicht unerheblichen Druck auf die Parteien suchen diese Richter darin, daß ohne den Vergleich die Arbeit der Gerichte nicht mehr zu schaffen wäre und der Vergleich besser als das Urteil geeignet sei, Frieden zwischen den Parteien zu schließen³⁹⁰. Zwischen diesen grundsätzlichen Positionen pro und contra Vergleich gibt es die ungezählten Fälle, in denen sich der Richter im Hinblick auf die Besonderheiten des konkreten Falles für eine gütliche Einigung einsetzt.

Jede der hier andeutungsweise wiedergegebenen Ansichten für oder gegen den Vergleich hat ihre Plausibilität und Grenzen. Praktische Handlungsanweisungen werden sich auch aus einer Theorie des Vergleiches keine entwickeln lassen. Es ist vielmehr im konkreten Einzelfall zu fragen, ob ein Urteil oder ein Vergleich die angemessenere Lösung ermöglicht bzw. ob ein Vergleich eher den Forderungen nach einem optimalen Rechtsschutz gerecht wird als ein Urteil. In der Praxis lassen sich die unzähligen Motive, die für die vergleichsweise Beendigung eines Rechtsstreites sprechen, einigen wenigen Fallkonstellationen zuordnen.

Oft steht der prozessuale Aufwand in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zum Streitwert, und selten kann eine Partei mit Sicherheit davon ausgehen, vollumfänglich zu obsiegen. Auch im Falle des vollständigen Obsiegens kann die Durchsetzung der zugesprochenen Prozeßentschädigung oder sogar der erstrittenen Summe an der Zahlungsunfähigkeit des Gegners scheitern. So riskiert auch die teilweise oder ganz obsiegende Partei, keinen finanziellen Nutzen aus einem für sie teuren Prozeß zu haben. Wo dieses Risiko besteht und wo die zu erwartenden Kosten im Verhältnis zum Streitwert nicht mehr gerechtfertigt sind, gehört es zur Aufgabe eines verantwortungsvollen Richters, den Parteien diese Risiken rechtzeitig vor Augen zu führen und ihnen einen Vergleichsvorschlag auf der Grundlage der Abwägung der beidseitigen Prozeßrisiken zu

³⁹⁰ STRECKER, S. 98; VOGEL, Der Vergleich, S. 99/100.

unterbreiten³⁹¹. Der Vergleichsabschluß kann auch bloß dazu dienen, für den Schuldner tragbare Zahlungsmodalitäten zu schaffen. Die Streitbeilegung durch Vergleich wird auch dort zu erwägen sein, wo bei urteilsmäßiger Erledigung eines Rechtsstreites nur ein «Alles-oder-Nichts» möglich ist, obwohl der zu beurteilende Lebensvorgang differenzierter beschaffen ist und eine Zwischenlösung den Verhältnissen besser gerecht würde. Zu denken ist etwa an den Fall des Streites über die Gültigkeit eines Testamentes, über einen unteilbaren Gegenstand oder über die Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge. Hier kann eine vergleichsweise Streiterledigung den Interessen der Parteien besser gerecht werden als die gesetzlichen Rechtsfolgen³⁹². Schließlich sind noch die Fälle zu nennen, in denen der Gegenstand des Rechtsstreites nicht dem Konflikt zwischen den Parteien entspricht. In solchen Prozessen kann es angezeigt sein, den Parteien die Frage zu stellen, ob und wieweit das beantragte Urteil ihnen in ihrer eigentlichen Auseinandersetzung helfen kann. Hierdurch kann möglicherweise die Erörterung auf die Hintergründe des Streites ausgedehnt und durch eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites zur Lösung des eigentlichen Konfliktes beigetragen werden. Das Bewußtmachen der Hintergründe des Rechtsstreites kann – gelegentlich wenigstens – dazu beitragen, dessen Bedeutung für die Parteien zu relativieren und sie auch für ökonomische Aspekte des Streites empfänglich zu machen, was dann ebenfalls zur Beilegung des Streites durch Vergleich führen kann³⁹³.

Es bleibt die Frage nach den Grenzen des Zulässigen beim Vergleich. Solche Grenzen ergeben sich einmal aus dem materiellen Recht, indem gewisse Gebiete der Parteidisposition und damit auch der vergleichswisen Streiterledigung entzogen sind. Aber auch aus dem Umstand, daß der Prozeßvergleich Bestandteil des Gerichtsverfahrens ist, ergeben sich Grenzen für die richterliche Vergleichstätigkeit. Zwar ist die Zustimmung der Parteien zum Vergleich der letztlich legitimierende Faktor. Doch könnte der Konsens der Parteien in manchen Fällen Fiktion sein, wenn nicht auch das gerichtliche Vergleichsverfahren normativen Schranken unterliegen würde³⁹⁴.

³⁹¹ LEVI, S. 256.

³⁹² STRECKER, S. 100/101.

³⁹³ STRECKER, S. 102.

³⁹⁴ FREUND, S. 136.

c) Die Legitimität des gerichtlichen Vergleiches und seines Verfahrens

Bei seinen Vergleichsbemühungen wird der Richter als Organ der Rechtspflege im Rahmen eines staatlichen Verfahrens tätig. Dabei nimmt er in Ausübung seines Richteramtes und der damit verbundenen Autorität auf das Zustandekommen und den Inhalt des Vergleiches Einfluß. Die Führung von Vergleichsverhandlungen ist deshalb dem rechtsprechenden Tätigkeitsbereich im weiteren Sinne zuzurechnen und genießt ebenfalls den Schutz richterlicher Unabhängigkeit³⁹⁵. In Anlehnung an die Unterscheidung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung kann die richterliche Vergleichstätigkeit der leistenden Rechtspflege zugerechnet werden, die immer noch Ausübung staatlicher Rechtspflege, eingebettet in das staatliche Gerichtsverfahren, bleibt. «Daraus ergibt sich aber die Frage, ob der Richter angesichts seines Einflusses auf das Zustandekommen des Vergleiches nicht einer rechtlichen Bindung im Hinblick auf dessen inhaltliche Ausgestaltung unterworfen ist. Kann er bei seiner aktiven Mitwirkung am Prozeßvergleich die Palette der privatautonen Gestaltungsmöglichkeiten in der gleichen Weise ausschöpfen wie die Parteien? Ist die Bindung an Gesetz und Recht bei der richterlichen Vergleichstätigkeit insoweit aufgehoben, als die Privatautonomie der Parteien reicht, und kann er in diesem Rahmen Zweckmäßigkeitserwägungen vor Billigkeitserwägungen beliebig den Vorzug geben, oder ist er an Rechtsprinzipien gebunden, die seinen Gestaltungsspielraum einengen?»³⁹⁶

aa) Verhältnis von materieller Rechtslage und Vergleichsvorschlag

Die deutsche Doktrin ist sich darüber einig, daß der Richter bei seinen Vergleichsbemühungen auch an Rechtsgrundsätze gebunden ist, wobei über das Ausmaß der Bindung unterschiedliche Auffassungen bestehen³⁹⁷. Grund für die Annahme einer rechtlichen Bindung ist zunächst der Umstand, daß der Richter, wie bereits erwähnt, seine Vergleichsbemühungen nicht als privater Schlichter, sondern in Ausübung seines Amtes im Rahmen eines staatlichen Gerichtsverfahrens übernimmt. Hin-

³⁹⁵ BGHZ 47, 275, 287.

³⁹⁶ WOLF, Normative Aspekte, S. 270/71.

³⁹⁷ FREUND, S. 137.

ter der richterlichen Vergleichsinitiative steht nebst dem Schlichter, der auf die Zustimmung der Parteien angewiesen ist, auch der Richter mit dem Gewicht und der Möglichkeit seines Amtes, die ihm eine Lösung des Konfliktes nach rein rechtlichen Gesichtspunkten, ohne Rücksicht auf die von einer Partei für gewichtig gehaltenen Interessen, erlauben. Diese Autorität bestimmt die Parteien häufig bei ihrer Entscheidung über Ablehnung oder Annahme eines Vergleiches. Dieser Einfluß der Machtausübung macht es erforderlich, die richterliche Vergleichstätigkeit der Bindung von Recht und Gesetz zu unterstellen. Die Bindung an rechtliche Prinzipien bei seiner Vergleichstätigkeit ergibt sich ferner aus der richterlichen Verpflichtung zur Unparteilichkeit³⁹⁸.

Die Einbettung des Prozeßvergleiches in die jeweilige Rechts- und Verfahrenslage wirkt sich in erster Linie auf den Inhalt des Vorschlages aus, den der Richter den Parteien unterbreitet. Dieser Vorschlag muß an der jeweiligen Sach- und Rechtslage ausgerichtet sein. Diese Rechtsbindung bedeutet aber nicht, daß der Richter an die im materiellen Recht vorgezeichneten Rechtsfolgen und an das das Urteil beherrschende Alles-oder-Nichts-Prinzip gebunden wäre. Es bleibt ihm ein gewichtiger Gestaltungsspielraum, der ihm erlaubt, Argumente materieller, prozessualer und kostenrechtlicher Natur, die den Verfahrensablauf und dessen voraussichtliche Ergebnisse geprägt haben oder noch prägen werden, wenn kein Vergleich abgeschlossen wird, in die Vergleichsdiskussion zu bringen. Im Rahmen dieser Erwägungen kommt der Prüfung der Beweislastverteilung und damit des Beweisrisikos eine große Bedeutung zu. Die so verstandene Rechtsbindung bedeutet nichts anderes als die Prognose des Prozeßausganges. Der an dieser Prognose orientierte Vergleich wird zu Recht allgemein als legitim betrachtet³⁹⁹.

Aber auch ein Vergleich, der inhaltlich von der Rechtslage, also vom wahrscheinlichen Urteil abweicht, ist nicht zum vornherein illegitim, sofern beim Abschluß gewisse vor allem im Vergleichsverfahren liegende Rahmenbedingungen erfüllt sind. Ein solches Abweichen von der Rechtsbindung bedeutet inhaltlich nichts weiteres als der Vorschlag des Gerichtes, «eine mehr oder weniger verfestigte Prozeßchance kompensatorisch aufzugeben und neben rein rechtlichen Überlegungen weitere Ebenen mit einzubeziehen und dadurch Lösungen zu finden,

³⁹⁸ WOLF, Normative Aspekte, S. 272.

³⁹⁹ FREUND, S. 137.

die rechtlich zumindest so nicht durchsetzbar wären, deren Einbezug aber insgesamt beiden Parteien einen Vorteil bringt»⁴⁰⁰. Soweit der Inhalt eines Vergleiches weder rechtswidrig noch unsittlich ist, er die Interessen Dritter nicht unzulässig tangiert, das dem Vergleich zugrundeliegende Rechtsverhältnis der Verfügungsbefugnis der Parteien unterliegt und die Parteien die Abweichung von der Rechtslage akzeptieren, bestehen keine Einschränkungen bezüglich der Zulässigkeit des Vergleichsinhaltes⁴⁰¹. Eine Pflicht des Richters, den Parteien auch von der Rechtslage abweichende Vergleichsvorschläge zu unterbreiten, besteht allerdings nicht.

bb) Verfahrensrechtliche Rechtsbindung

Die Einbettung des Prozeßvergleiches in das gerichtliche Urteilsverfahren erfordert die Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Vorschriften. Die Bindung des Richters an diese Vorschriften ist enger als die Bindung an das materielle Recht. Durch Zustimmung der Parteien kann der Richter von der Einhaltung verfahrensrechtlicher Vorschriften nur insoweit befreit werden, als diese auf deren Befolgung rechtswirksam verzichten können. Gerade die Notwendigkeit, beim Scheitern der Vergleichsbemühungen zur Entscheidung durch Urteil in der Lage zu sein, bedingt eine weitgehende Parallelität des zum Vergleich einerseits und zum Urteil andererseits führenden Verfahrens und läßt dem Richter wenig Ermessen bei der Verhandlungsführung für den Prozeßvergleich⁴⁰². So gilt der Anspruch der Parteien auf richterliche Befragung, auf richterliche Aufklärung und auf rechtliches Gehör selbstverständlich auch für das Vergleichsverfahren. Der Richter kann nur auf der Grundlage des vollständig vorgebrachten Sachverhaltes einen der Rechtslage möglichst entsprechenden Vergleichsvorschlag machen und alle im Rechtsstreit relevanten Konfliktpunkte regeln. Jede richterliche Vergleichsüberlegung muß den Parteien zur Kenntnis gebracht werden, um damit nachvollziehbar zu sein; andernfalls ist die Zustimmung der Parteien reine Fiktion. Um diese Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten, muß der Richter in der Vergleichsverhandlung die Faktoren ansprechen, erörtern und bewerten, die für den Abschluß eines Vergleiches relevant

⁴⁰⁰ FREUND, S. 138.

⁴⁰¹ Vgl. die wesentlich weitergehenden Einschränkungen bei WOLF, Normative Aspekte, S. 292/93 und WOLF, Rechts- und Verfahrensgarantien, S. 153ff.

⁴⁰² WOLF, Rechts- und Verfahrensgarantien, S. 157.

sein können. Selbstverständlich darf der Richter bei Vergleichsgesprächen nicht täuschen oder drohen oder die Parteien mit anderen Mitteln «vergleichsreif» machen. Die Grenzen des Erlaubten sind allerdings nicht immer leicht zu bestimmen; vieles ist mehr eine Frage des guten richterlichen Stils. Zieht der Richter außerrechtliche Faktoren bei, hat er die Parteien mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, daß seine Überlegungen außerrechtlicher Art sind, die zwar zu einer Konfliktsbereinigung tauglich sind, im Falle eines Urteils aber keine Rolle spielen können. Notwendig ist dabei auch der Hinweis, daß die Nichtübernahme dieser gerichtlichen Empfehlung keine rechtlichen Nachteile mit sich bringen kann⁴⁰³. Die Vergleichsverhandlung ist somit in zwei Teile zu gliedern, indem der erste Teil des Vergleichsgesprächs auf der Rechtsebene zu führen ist und, soweit erforderlich, in einem zweiten Teil die außerrechtlichen Argumente einzubringen sind. Ob sich die Parteien den außerrechtlichen Überlegungen anschließen wollen, ist deren Entscheid. Ein Druck des Richters in diesem Bereich ist nicht legitimierbar, die Parteien dürfen zu ihrem oft vermeintlichen Glück nicht gezwungen werden.

d) Fazit

Richtig angewendet stellt der Prozeßvergleich ein wichtiges Instrument des Rechtsschutzes dar. Bei allen Vorteilen, welche der Abschluß eines Vergleiches für alle Beteiligten haben kann, darf aber nicht vergessen werden, daß er nur eine Alternative zum Urteil ist. Scheitert ein Vergleich, so ist dies nicht immer von Nachteil. Auch die Konfliktlösung durch Urteil ist ein wertvoller Beitrag zur Befriedigung von Streitverhältnissen. Es beseitigt zwar nicht die Ursachen des Streites und kann in den wenigsten Fällen die Parteien versöhnen; es sichert aber die Autorität des Rechtes und verwirklicht damit ein Stück Rechtssicherheit⁴⁰⁴. Mit diesem Wissen um die Stärke des Urteils hat der Richter die erforderliche Gelassenheit, den Prozeßvergleich so einzusetzen, daß er nicht nur den Parteien, sondern auch der staatlichen Ordnung dient⁴⁰⁵.

⁴⁰³ FREUND, S. 139.

⁴⁰⁴ Zum Problem der Aushöhlung der sozialen Schutzrechte durch den Vergleich vgl. WOLF, Normative Aspekte, S. 279.

⁴⁰⁵ WOLF, Rechts- und Verfahrensgarantien, S. 161.

III. Alternativen außerhalb der Ziviljustiz

Es würde den Rahmen des Referates sprengen, auf alle möglichen, mehr oder weniger realistischen Alternativen einzugehen. In der Schweiz kommt denn auch bis heute einzig der Vielfalt der privaten Schiedsstellen sowie den Schiedsgerichten eine größere Bedeutung zu. Für andere Formen, wie z. B. die Verbraucherbeschwerde in Dänemark, die vielfältigen Formen der «Neighborhood Justice» in den Vereinigten Staaten und die wegen der Komplexität der Materie geforderte teilweise Ersetzung des Zivilprozesses durch das Verwaltungsverfahren im Wirtschaftsrecht, muß der Hinweis auf die umfangreiche deutsche Literatur genügen⁴⁰⁶. Den meisten dieser Alternativen sind zwei Ziele gemeinsam: der Versuch, die ordentliche Ziviljustiz von bestimmten Verfahren zu entlasten und der Versuch, dem Bürger andere Möglichkeiten als das teure, langwierige und unter Umständen nicht problemadäquate Gerichtsverfahren zur Verfügung zu stellen.

1. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Schlichtungsstellen

a) Allgemeines

Damit sind diejenigen außergerichtlichen Verfahren gemeint, die eine Beendigung des Streites zwar anstreben, aber über keinerlei verbindliche Entscheidungsbefugnisse verfügen⁴⁰⁷. Schlichtung bedeutet in erster Linie Vermittlung der gegnerischen Positionen, Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Streitfalles und schließlich den Versuch, den Streit durch Herbeiführung einer Einigung zwischen den Par-

⁴⁰⁶ Vgl. die verschiedenen Aufsätze und Abhandlungen in BLANKENBURG/KRAUSA/ROTTLEUTHNER, Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht und BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPPEL, Alternativen in der Ziviljustiz sowie RÖHL/RÖHL, Alternativen, S. 33 ff.; RÖHL/RÖHL, Neighborhood Justice Centers, S. 421 ff.; SEETZEN, Schiedsmann, S. 177 ff. und BAUDENBACHER, Der Zivilprozeß, S. 185.

⁴⁰⁷ Nicht darunter fallen vorgerichtliche Institutionen wie die Friedensrichter und die Schlichtungsstellen für Mietverhältnisse gemäß Art. 25 ff. des Bundesbeschlusses über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (BMM), obwohl beiden Institutionen eine eminent wichtige Bedeutung bei der Streitbeilegung zukommt. Ebenfalls nicht zur Streitbeilegung im hier verstandenen Sinne gehören diejenigen Verfahren, die ohne Hinzuziehung einer dritten Institution ausschließlich zwischen den Betroffenen ablaufen, wie z. B. betriebsinterne Reklamationsstellen.

teien beizulegen⁴⁰⁸. Solche Schlichtungsstellen finden sich vor allem bei Verbrauchergeschäften, also gerade dort, wo wegen der Geringfügigkeit des Streitwertes der Konsument oft davor zurückschreckt, eine Klage gegen den Anbieter anzuheben. Allerdings ist nicht jede Schlichtungsstelle wirklich neutral und unabhängig⁴⁰⁹.

b) Unabhängigkeit der Schlichtungsstellen

Sollen solche Konfliktsschlichtungsstellen als Alternative zur Ziviljustiz propagiert werden, müssen die Möglichkeiten, solche Stellen anzurufen, aufgewertet werden. Grundvoraussetzung für eine erfolgversprechende außergerichtliche Streitbeilegung bildet aber die persönliche und sachliche Unabhängigkeit des Schlichters oder des Spruchkörpers sowie das Vertrauen in die rechtliche Zuverlässigkeit der erhaltenen Stellungnahmen. Nur wenn die zuständigen Personen nicht von einer Seite abhängig sind, sei es von der einen Partei selber oder von deren Interessenverband und nur, wenn die Stelle wirklich paritätisch zusammengesetzt ist, werden die Parteien darauf verzichten, den Streit vor den Gerichten fortzusetzen, weil sie dann dort kein anderes Ergebnis erwarten als das, zu welchem die Schlichtungsstelle gelangt ist⁴¹⁰. Diese Voraussetzungen sind, wie die oben erwähnte Darstellung von STAUDER/FELDGES zeigt, bei den wenigsten Schlichtungsstellen erfüllt.

c) Gesetzliche Regelungen über die Schlichtungsstellen?

Gesetzliche Bestimmungen über die Zusammensetzung und das Verfahren solcher Schlichtungsstellen wären zweifellos geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung für diese Art von Streiterledigung zu gewinnen und würde auch den Behörden erlauben, diese Stellen als Alternative zur Ziviljustiz «anzupreisen». Dem steht aber entgegen, daß diese Stellen bis heute von den Verbänden freiwillig und auf eigene Kosten betrieben

⁴⁰⁸ STAUDER/FELDGES, S. 38.

⁴⁰⁹ Vgl. dazu die unterschiedliche Organisation der «Stiftung Ombudsmann der Privatversicherung», der «Paritätischen Schadenerledigungsstelle der chemischen Reinigung und Konsumentenorganisation», der «Schweizerischen Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung», der «Paritätischen Beschwerdestelle des Verbandes der Direktverkaufsfirmen» und des «Ehrenkodex für den Versandhandel vom 13. Mai 1977» des «Verbandes des Schweizerischen Versandhandels» bei STAUDER/FELDGES, S. 42 ff.

⁴¹⁰ STAUDER/FELDGES, S. 86.

werden; dies vor allem aus Gründen der Imagepflege oder als «Nebenprodukt» der Verbandsjustiz. Es ist nicht anzunehmen, daß einschränkende gesetzliche Regelungen der Entwicklung solcher Stellen förderlich wären. Denkbar wäre hingegen eine Reglementierung der Organisation solcher Schlichtungsstellen als Voraussetzung für die Gewährung von staatlicher Unterstützung, wie z. B. im Kanton Zürich mit den «Richtlinien betreffend die Ausrichtung von Staatsbeiträgen an unentgeltlich erteilte Rechtsauskünfte» gewisse Anforderungen an die in den Genuß der Staatsbeiträge kommenden Rechtsauskunftsstellen gestellt werden. Eine solche finanzielle Unterstützung könnte auch für andere Verbände Anreiz sein, Schlichtungsstellen zwischen ihren Mitgliedern und den Konsumenten zu errichten. Schließlich wäre es auch für die Schweiz denkbar, staatliche außergerichtliche Schlichtungsstellen zu schaffen, sei es als selbständige Schlichtungsstellen, sei es als weitere Aufgabe der im dritten Teil geforderten öffentlichen Rechtsberatungsstellen⁴¹¹, wie dies z. B. bei den öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstellen (öRA) in Hamburg und bei den Rechtsberatungsstellen der Bezirksämter in West-Berlin der Fall ist⁴¹².

2. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Schiedsgerichte

a) Allgemeines

Schiedsgerichte sind Privatgerichte, welche gestützt auf private Abreden anstelle der dadurch ausgeschlossenen staatlichen Gerichte über privatrechtliche Ansprüche entscheiden⁴¹³. Sie beruhen entweder auf einer Schiedsklausel, die in einem schriftlichen Vertrag oder Statuten enthalten ist und vorsieht, daß Streitigkeiten, die zwischen den Beteiligten entstehen können, durch Schiedsgerichte beurteilt werden sollen, oder auf einem schriftlichen Schiedsvertrag, durch welchen ein zwischen den

⁴¹¹ Vgl. vorn, S. 60/61 und 68.

⁴¹² HENNINGS, S. 51 ff.; REIFNER, Unentgeltliche Rechtsberatung, S. 63 ff.

⁴¹³ RÜEDE/HADENFELDT, S. 3; JOLIDON, S. 28. Keine eigentlichen Schiedsgerichte sind die auf Rechtssätzen beruhenden staatlichen Sondergerichte, auch wenn sie den Namen «Schiedsgericht» tragen; vgl. dazu STRÄULI/MESSMER, N. 5 vor § 238 ZPO. Auch der Schiedsgutachter, der rechtserhebliche Tatsachen verbindlich festzustellen hat, übt nicht die Funktion eines Schiedsrichters aus; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 597.

Parteien bestehender und allenfalls schon rechtshängiger Streitfall einem Schiedsgericht zum Schiedsspruch übertragen wird⁴¹⁴. Schiedsgerichte sind befugt, über Ansprüche zu entscheiden, über welche die Parteien frei verfügen können. Schiedsabreden, welche in das Gebiet übergreifen, welches der staatlichen Gerichtshoheit vorbehalten ist, sind nichtig, und Schiedssprüche, die in nicht schiedsfähigen Sachen ergangen sind, sind nicht nur anfechtbar, sondern jederzeit und überall unbeachtlich.

Nach heute wohl nicht mehr umstrittener Auffassung sind Schiedsabreden Einrichtungen des Prozeßrechtes und nicht des Privatrechtes⁴¹⁵. Sie begründen die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes; ihre Wirkungen liegen daher auf dem Gebiete des Prozeßrechtes. Das Verfahren vor den Schiedsgerichten entspricht in den Grundzügen demjenigen vor staatlichen Gerichten. Die Schiedsgerichte sind echte Gerichte und bilden Bestandteil der kantonalen Gerichtsorganisation. Auch wenn sie (mit gesetzlicher Ermächtigung) durch Private eingesetzt sind, üben sie doch obrigkeitliche Funktionen aus⁴¹⁶. Es ist somit Sache der Kantone, die Schiedsgerichtsbarkeit zu ordnen, wobei die meisten Kantone dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 beigetreten sind⁴¹⁷.

b) Bedeutung der Schiedsgerichte

Mit der Zulassung der Schiedsgerichte trägt der Staat den Bedürfnissen jener Rechtsuchenden Rechnung, welche – aus welchen Gründen auch immer – für die Rechtsverfolgung die private Gerichtsbarkeit der staatlichen Rechtsprechung vorziehen. Die private Schiedsgerichtsbarkeit wird den staatlichen Gerichten aus sehr verschiedenen Motiven vorgezogen. So gilt die Atmosphäre vor den Schiedsrichtern als freundlicher als vor den staatlichen Richtern. Es kann sich eine ungezwungenere Aussprache ergeben, wenn der Richter den Parteien nicht mit staatlicher Autorität entgegentritt, was den Abschluß von Vergleichen erleichtern kann. Auch der Wegfall einer Berufungsmöglichkeit kann sich im gleichen Sinne auswirken und außerdem zu einer Beschleunigung des Prozesses beitragen. Die

⁴¹⁴ RÜEDE/HADENFELDT, S. 29; STAUDER/FELDGES, S. 36.

⁴¹⁵ Zur Kontroverse vgl. BAUMGARTNER, S. 35/36.

⁴¹⁶ GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 9/10.

⁴¹⁷ Text AS 1969 1093. Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vgl. auch Art. 176 ff. IPRG in BBl. 1988 50 ff.

Parteien können bestimmte Personen als Schiedsrichter ernennen, denen sie gesteigertes Vertrauen entgegenbringen. Von Schiedsrichtern werden oft größere Fähigkeiten und Spezialkenntnisse und deshalb bessere Urteile erwartet. Schließlich wählen die Parteien den Weg des privaten Schiedsgerichtes, die Wert auf Diskretion legen und so den weitgehenden Ausschluß der Öffentlichkeit von den Verhandlungen schätzen. Zu diesen Gründen tritt in internationalen Streitfällen der Vorteil, sich, durch entsprechende Sitzwahl in einem außerhalb der Wohnsitzländer der Parteien gelegenen Land, ein unabhängiges, unbefangenes Gericht zu sichern⁴¹⁸.

Diesen Vorteilen stehen aber auch Nachteile gegenüber, deren gewichtigster wohl in den hohen Kosten zu sehen ist. Infolge der erheblichen Honorare der Schiedsrichter lohnen sich Schiedsgerichte für geringfügige Sachen kaum⁴¹⁹. So ist für kleinere Streitigkeiten wie z. B. aus Miet- und Arbeitsvertrag und dergleichen, für die gerade eine freundschaftliche Streiterledigung vor Schiedsgericht wünschenswert wäre, die Anrufung von Schiedsgerichten aus Kostengründen kaum zu empfehlen⁴²⁰.

c) *Rechtsschutz durch Schiedsgerichte*

Solange das Schiedsgerichtswesen nicht zu einem Abbau rechts-erheblicher Verfahrensprinzipien führt, steht der Konkurrenzierung der staatlichen Gerichte im Bereiche der frei verfügbaren Ansprüche nichts im Wege. Angesichts der großen Verfahrensautonomie der Parteien besteht zwar die Gefahr, daß etliche vor allem zugunsten der sozial schwächeren und unerfahrenen Rechtsuchenden bestehende oder im vorliegenden Referat geforderte Vorschriften ausgeschaltet werden; solche Parteien werden sich aber kaum je an einem Schiedsgerichtsverfahren beteiligen⁴²¹. Wesentlich ist, daß den staatlichen Gerichten eine

⁴¹⁸ RÜEDE/HADENFELDT, S. 20 ff.; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 603.

⁴¹⁹ Die Schiedsgebühr wird meist in analoger Anwendung der Verordnung über die Anwaltsgebühr pro Mitglied und den Sekretär berechnet, zuzüglich einem Zuschlag für den Obmann und den Kanzleikosten; RÜEDE/HADENFELDT, S. 25; NOBEL, S. 278 N. 78.

⁴²⁰ Zu den Kosten vgl. BAUMGARTNER, S. 74 ff.

⁴²¹ Damit eine Schiedsabrede gültig zustande kommt, kann es erforderlich sein, einen (geschäftsunerfahrenen) Vertragspartner ausdrücklich auf sie und auf ihre Bedeutung aufmerksam zu machen. Schiedsklauseln sind wie Gerichtsstandsklauseln zu behandeln; NOBEL, S. 251.

genügende Rechtskontrolle auf ihrem Territorium verbleibt. Letzten Endes ist es der Staat bzw. die staatliche Justiz, welche auch für den Rechtsschutz vor Schiedsgerichten die Verantwortung trägt. Die Möglichkeit des dem Sachurteil vorangehenden Rechtsmittelverzichtes, wie sie gemäß Art. 192 IPRG vorgesehen ist, wenn keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz hat, ist aus diesem Grunde abzulehnen; auch Schiedsrichter sind Menschen mit Fehlern, Interessen und Bedürfnissen⁴²². Die staatliche Kontrolle muß der Durchsetzung der wesentlichsten Verfahrensvorschriften wie Unabhängigkeit der Schiedsrichter, Gleichbehandlung der Parteien und Wahrung des rechtlichen Gehörs dienen. Diese Voraussetzungen sind in der Schweiz mit dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 im wesentlichen erfüllt, auch wenn z. B. bei einer Konstituierung des Gerichtes nach Art. 11 Abs. 3 des Konkordates meistens nur der Obmann dem Erfordernis völliger Unparteilichkeit entspricht⁴²³.

Nachdem ein Schiedsgericht als Privatgericht keinen Zwang ausüben darf, sind sie diesbezüglich auf die Hilfe der staatlichen Richter angewiesen. Dadurch werden die Schiedsgerichtsurteile – nationale und ausländische – im Zwangsvollstreckungsverfahren darauf überprüft, ob sie unter ausreichender, minimaler Verfahrensgarantie zustandegekommen sind⁴²⁴. «Wenn der Staat seine Rechtshilfe für die Vollstreckung von Schiedssprüchen zur Verfügung stellen soll, so gebietet... die öffentliche Ordnung, daß gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen, welche die Gleichstellung dieser Entscheidungen mit staatlichen Urteilen rechtfertigen, nämlich völlige Unbefangenheit des Schiedsgerichts und völlige Gleichbehandlung der Parteien bei dessen Bestellung.»⁴²⁵

d) Schiedsgericht als Alternative zu den ordentlichen Zivilgerichten?

Auf die einzelnen Gründe, die den Rechtsuchenden bewegen können, seinen Rechtsstreit durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen, wurde bereits hingewiesen. Soweit die Schiedsge-

⁴²² NOBEL, S. 262 und 264; anderer Meinung VOGEL, Grundriß, S. 307.

⁴²³ Zum Konkordat vgl. WALDER, Konkordat; JOLIDON, S. 46 ff.

⁴²⁴ NOBEL, S. 257; Zur Vollstreckung allgemein vgl. RÜEDE/HADENFELDT, S. 310 ff.

⁴²⁵ BGE 80 I 342.

richte bestimmte Bedürfnisse besser abdecken können als staatliche Gerichte – neutrales Gericht in internationalen Verhältnissen, Diskretion – besteht kein Grund, sie zu bekämpfen. Skepsis ist allerdings dort geboten, wo Prozesse, die von ihrem Inhalt her ebenso gut vor den staatlichen Gerichten geführt werden könnten, vor Schiedsgerichten ausgetragen werden. Der Staat kann kein Interesse daran haben, eine solche Entwicklung zu unterstützen. Die Gründe sind einmal finanzieller Natur, indem eher die Prozesse mit hohem Streitwert, also die Prozesse, die von der Höhe der Gerichtsgebühren her auch für die staatlichen Finanzen interessant sein könnten, an die Schiedsgerichte gehen. Ein Übergewicht der Schiedsgerichte läßt auch die Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung verkümmern, indem die Urteile der Schiedsgerichte selten an die Öffentlichkeit dringen⁴²⁶. Diese fehlende Publizität ist auch der Rechtssicherheit abträglich. Die Skepsis hat sich aber nicht gegen die Schiedsgerichte zu richten, sondern gegen die staatliche Justiz. Die Öffentlichkeit muß sich bei einer Vergrößerung der Schiedsgerichtstätigkeit die Frage stellen, warum die Parteien auch in sogenannten normalen Fällen die Schiedsgerichte den staatlichen Gerichten vorziehen. Liegt es an der Prozeßdauer? Liegt es an der Qualität der Urteile und damit auch der Richter? Es ist eine altbekannte Tatsache, daß der Grad der Bedeutung der Schiedsgerichte stark von der Qualität der staatlichen Gerichte abhängt.

Zu einer gut funktionierenden staatlichen Justiz stellen die Schiedsgerichte eine echte und wichtige Alternative dar. Einem Ausweichen auf die Schiedsgerichte aus Gründen, die in der Qualität der staatlichen Justiz liegen, müßte hingegen durch Verbesserung der staatlichen Justiz ein Riegel geschoben werden; dies vor allem im Interesse der finanziell und sozial schwächeren Gruppen von Rechtsuchenden, denen der Weg zur Schiedsgerichtsbarkeit nicht offen steht.

⁴²⁶ Immerhin werden im Publikationsorgan der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) Erwägungen aus Schiedssprüchen auszugsweise publiziert.

