

Die Grundzüge der einzelnen Verfahren (Art. 197–352 ZPO)

Dr. iur. David Rüetschi MJur, Bern

1. Einführung

In der begrenzten Zeit, die mir heute zur Verfügung steht, will ich versuchen, Ihnen eine Übersicht über die einzelnen Verfahren nach dem neuen Recht zu geben, wobei es wirklich nicht um mehr als um einen Überblick gehen kann, für alles Weitere muss ich Sie auf die bereits erschienene und noch erscheinende umfangreiche Literatur verweisen.

2. Schlichtungsverfahren und Mediation (Art. 197–218 ZPO)

2.1 Schlichtungsverfahren

Die geltenden kantonalen Prozessordnungen sehen teilweise sehr unterschiedliche Arten von Schlichtungsverfahren vor. Die ZPO wird zumindest in Bezug auf das *Verfahren* eine Vereinheitlichung bringen. Dagegen bleibt die **Organisation der Schlichtungsbehörden** auch nach neuem Recht weiterhin Sache der Kantone (Art. 3 ZPO), die dafür weiterhin juristische Laien einsetzen können, aber selbstverständlich auch einen Gerichtspräsidenten (dazu im Einzelnen § 4 EG ZPO). Eine einschränkende Ausnahme von der kantonalen Organisationshoheit ist in Art. 200 ZPO vorgesehen, der für bestimmte Verfahren (Mietrecht, Gleichstellungsgesetz) eine paritätische Schlichtungsbehörde vorschreibt.

Art. 197 ZPO hält fest, dass nach neuem Recht (entsprechend § 135 ZPO AG) grundsätzlich die **Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens** besteht. Ein Verzicht auf das Schlichtungsverfahren (entsprechend § 137 ZPO AG) ist nicht mehr möglich. Allerdings werden in Art. 198 ZPO verschiedene wichtige Ausnahmen von dieser Regel statuiert; betroffen sind (wie nach bisherigem Recht, § 136 ZPO AG) unter anderem das Summarverfahren, das Scheidungsverfahren sowie verschiedene SchkG-Klagen. Anders als nach bisherigem Recht (§ 407 ZPO AG) ist es dagegen nicht mehr möglich, vor der Klageeinreichung beim Handelsgericht ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.

Fraglich ist, wie weit die bisherige Regelung von § 139 ZPO AG, wonach der Friedensrichter seine **sachliche und örtliche Zuständigkeit** überprüfen muss, weiterhin Geltung beanspruchen kann. Die ZPO gibt hierauf keine klare Antwort. Sachgerecht erscheint mir die in der Lehre geäußerte Auffassung, wonach die Schlichtungsbehörde ungeachtet allfälliger Zweifel an ihrer Zuständigkeit das Schlichtungsverfahren durchzuführen hat. Nur dann, wenn sie einen Entscheid gemäss Art. 212 ZPO treffen will, hat sie ihre Zuständigkeit zu überprüfen (Gasser/Rickli, Art. 202 N 5; a.A. Staehelin/Staehelin/Grolimund, 322; differenzierend Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 202 N 18). Stellt dagegen die unzuständige Schlichtungsbehörde eine Klagebewilligung aus, gibt es meines Erachtens keinen Grund, diese nicht als gültig anzuerkennen: Die ZPO verpflichtet die Parteien dazu, einen Einigungsversuch im Rahmen eines formalisierten Verfahrens nachweisen, bevor sie Klage erheben können. Vor welcher Behörde ein solcher Einigungsversuch stattgefunden hat, sollte dafür keine Rolle spielen, solange es sich um eine Schlichtungsbehörde im Sinne der ZPO handelt. Entsprechendes muss dann gelten, wenn sich die Parteien vor der (sachlich oder örtlich eigentlich unzuständigen) Schlichtungsbehörde einigen.

Beim Schlichtungsverfahren handelt es sich im Wesentlichen um ein **mündliches Verfahren**. Es wird durch ein schriftliches oder mündliches Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde eingeleitet (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Die inhaltlichen Anforderungen an das Gesuch sind gering (Art. 202 Abs. 2 ZPO), es reicht aus, wenn der Streitgegenstand darin ausreichend umschrieben ist. Die Schlichtungsbehörde stellt das Gesuch der Gegenpartei zu und lädt gleichzeitig zu einer Vermittlungsverhandlung ein (Art. 130 Abs. 3 ZPO), welche innerhalb von zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs durchzuführen ist (Art. 203 Abs. 1 ZPO). Zu beachten ist, dass die Gerichtsferien für das Schlichtungsverfahren nicht gelten (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Ein eigentlicher **Schriftenwechsel** wird grundsätzlich nicht durchgeführt. Eine Ausnahme gilt im Verfahren vor den paritätischen Schlichtungsbehörden gemäss Art. 200 ZPO, soweit ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid infrage kommt.

Die Parteien trifft weiterhin die Pflicht, persönlich zur **Schlichtungsverhandlung** zu erscheinen (Art. 204 Abs. 1 ZPO; vgl. § 142 Abs. 1 ZPO AG), sie können sich aber in Erweiterung der bisherigen Regelung von § 142 Abs. 2 und 3 ZPO AG von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO). Im Falle der **Säumnis** des Klägers gilt die Klage als zurückgezogen; bei Säumnis der beklagten Partei wird dagegen (anders als nach § 144 Abs. 2 ZPO AG) sofort ein Weisungsschein ausgestellt. Alternativ kann bei gegebenen Voraussetzungen auch ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid ausgefällt werden.

Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens findet lediglich ein **vereinfachtes Beweisverfahren** statt: Die Schlichtungsbehörde kann Urkundenbeweise abnehmen sowie einen Augenschein durchführen. Soweit ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid infrage kommt, kann die Schlichtungsbehörde auch die übrigen Beweismittel abnehmen (insb. Zeugen einvernehmen), soweit dadurch das Verfahren nicht wesentlich verzögert wird.

Gemäss Art. 113 ZPO werden im Schlichtungsverfahren **keine Parteientschädigungen** zugesprochen. Nach Gasser/Rickli, Art. 113 N 2, soll dies (entgegen dem Wortlaut der ZPO) allerdings dann nicht gelten, wenn die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag gemäss Art. 210 f. ZPO unterbreitet oder gemäss Art. 212 ZPO selbständig entscheidet. Ob sich diese Meinung durchsetzen kann, wird sich zeigen. Dagegen werden Gerichtskosten grundsätzlich gesprochen es findet sich in Art. 113 Abs. 2 allerdings ein Katalog von Fällen, wo darauf zu verzichten ist.

Das Schlichtungsverfahren kann auf vier unterschiedliche Arten zu einem Ende kommen:

- Die Schlichtungsbehörde *kann* auf Antrag einer Partei und bis zu einem Streitwert von 2'000 Franken ein **Urteil in der Sache** treffen (Art. 212 ZPO). Es besteht damit anders als nach § 145 ZPO AG *keine Pflicht* mehr, einen Entscheid zu treffen. Dem Urteil kommen grundsätzlich die Wirkungen eines erstinstanzlichen Entscheids zu, sodass es insbesondere nicht mehr ausreicht, gegen diesen (wie nach dem bisherigen § 148 ZPO AG) lediglich Einsprache zu erheben. Vielmehr muss eine eigentliche Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO beim Obergericht erhoben werden; aus diesem Grund hat die Schlichtungsbehörde die Vorgaben von Art. 238 und 239 bezüglich Inhalt und Eröffnung des Entscheids einzuhalten.

- Ziel des Schlichtungsverfahrens ist es, einen **Vergleich** zwischen den Parteien herbeizuführen (Art. 208 ZPO). Dieser hat die gleichen Wirkungen wie ein gerichtlicher Vergleich.
- Zudem besteht für die Schlichtungsbehörde in gewissen Verfahren die (aus dem Mietrecht bekannte) Möglichkeit eines sog. **Urteilsvorschlags** (Art. 210 f. ZPO). Dies betrifft insbesondere Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz, Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- und Pachtverhältnisses betroffen ist. Ein Urteilsvorschlag ist zudem möglich in sämtlichen übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten **bis zu einem Streitwert von 5'000 Franken**. Auch hier wird verlangt, dass der Urteilsvorschlag eine kurze Begründung enthält (Art. 210 Abs. 2 ZPO). Ob den Parteien ein Urteilsvorschlag unterbreitet werden soll, liegt allerdings im Ermessen der Schlichtungsbehörde. Der Urteilsvorschlag wird den Parteien zugestellt; diese haben anschliessend 20 Tage Zeit, diesen abzulehnen; ansonsten gilt er als rechtskräftiger Entscheid. Eine Anfechtung mit einem Rechtsmittel ist nicht mehr möglich. Wird der Urteilsvorschlag dagegen innert Frist durch entsprechende Parteierklärung abgelehnt, wird die Klagebewilligung ausgestellt.
- Können sich die Parteien nicht einigen, stellt ihnen die Schlichtungsbehörde die **Klagebewilligung** (bisher: Weisungsschein, § 149 ZPO AG) aus, welche Voraussetzung für die Klage bildet. Der Kläger muss wie bisher innert dreier Monate eine Klage beim Gericht einleiten, da sonst die Klagebewilligung verfällt und erneut eingeholt werden muss. Sofern das Gesetz im Einzelfall eine kürzere Klagefrist vorsieht (Aberkennungsklage, Arrestprosequierung etc.), gilt diese kürzere Frist.

2.2 Mediation

Wie weit die Mediation in der ZPO berücksichtigt werden sollte, bildete Gegenstand **heftiger politischer Diskussionen**. Die ZPO regelt nun nur die Schnittstellen zu einer von den Parteien initiierten freiwilligen Mediation.

Entsprechend dem Grundsatz der **Freiwilligkeit der Mediation** können die Parteien gemeinsam mit dem Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung beantragen, dass **anstelle des Schlichtungsverfahrens** eine Mediation durchzuführen sei (Art. 213 ZPO). Auch im Entscheidungsverfahren können die Parteien jederzeit einen entsprechenden Antrag stellen, wobei das Verfahren bis zur Beendigung der Mediation sistiert wird (Art. 214 ZPO). Organisation und Durchführung der Mediation bleibt allerdings Sache der Parteien (Art. 215 ZPO), und – was politisch von grösserer Tragweite ist – die Parteien tragen die **Kosten der Mediation** selbst (Art. 218 Abs. 1 ZPO). Eine eng umschriebene Ausnahme gilt gemäss Art. 218 Abs. 2 ZPO nur bei kindesrechtlichen Angelegenheiten (vgl. auch § 23 Abs. 1 EG ZPO). § 23 Abs. 2 EG ZPO macht zudem von der in Art. 218 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, wonach die Kantone weitere Kostenerleichterungen vorsehen können. Für die Entschädigung der Mediatoren wird der Regierungsrat eine Verordnung erlassen (§ 23 Abs. 4 EG ZPO).

Letztlich eröffnet die ZPO den Parteien im Unterschied zum geltenden Recht vor allem die Möglichkeit, das obligatorische Schlichtungsverfahren durch eine Mediation zu ersetzen. Zudem kön-

nen die Parteien eine im Rahmen der Mediation erzielte Einigung vom Gericht **homologieren** und ihr damit die gleichen Wirkungen wie einem gerichtlichen Entscheid zukommen lassen (Art. 217 ZPO). Die weiteren Wirkungen der Mediation beschränken sich auf ein **Beweisverwertungsverbot** (Art. 216 Abs. 2 ZPO), ein **Aussageverweigerungsrecht** (Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO) und einen **Ausstandsgrund** (Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO).

3. Die einzelnen Verfahrensarten

3.1 Übersicht

Die ZPO unterscheidet zwischen dem ordentlichen, dem vereinfachten und dem summarischen Verfahren (sog. **Verfahrensarten**). Abgeschafft werden dagegen das bislang vom Bundesrecht vorgesehene beschleunigte Verfahren sowie das sog. rasche und einfache Verfahren.

3.2 Das ordentliche Verfahren (Art. 219–242 ZPO)

3.2.1 Allgemeines

Das ordentliche Verfahren ist das **Grundverfahren** der ZPO. Seine Regeln gelten daher nicht nur für die Streitigkeiten, die tatsächlich in diesem Verfahren zu behandeln sind, sondern sinngemäss auch für alle anderen Verfahrensarten (Art. 219 ZPO). Es kommt zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen keiner der übrigen Verfahrensarten erfüllt sind, d.h.

- in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als 30'000 Franken (vgl. Art. 243 ZPO);
- in Streitigkeiten, welche in die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Gerichte fallen (Art. 5, 6, und 8 ZPO), insbesondere im Verfahren vor Handelsgericht;
- in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, die nicht dem vereinfachten Verfahren zugewiesen sind.

Das ordentliche Verfahren entspricht dem klassischen Bild eines Zivilprozesses: Es herrscht die **Verhandlungsmaxime** (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und das Gericht beschränkt sich im Wesentlichen auf die formelle Prozessleitung.

3.2.2 Ablauf des ordentlichen Verfahrens

In Bezug auf den Verfahrensablauf lässt die ZPO den Kantonen einen erheblichen **Gestaltungsspielraum**. Vorgeschrieben sind die Einleitung durch die Klage (Art. 221 ZPO) und die Erstattung einer Klageantwort (Art. 222 ZPO). Dabei handelt es sich um eigentliche **Rechtsschriften** (Gasser/Rickli, Art. 22 N 1); eine mündliche Eingabe ist nicht vorgesehen. Die Anforderungen an die Eingabe ergeben sich aus Art. 221 ZPO. Eine **Widerklage** ist möglich, sofern der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Ein **zweiter Schriftenwechsel** ist nicht vorgeschrieben, kann vom Gericht aber angeordnet werden, wenn die Verhältnisse dies erfordern (Art. 225 ZPO). Mangelhafte Eingaben können innerhalb einer gerichtlich anzusetzenden Frist verbessert werden (Art. 132 ZPO; vgl. § 174 ZPO AG).

Gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO kann das Gericht die Prozessleitung an eines der Gerichtsmitglieder delegieren, welches als **Instruktionsrichter** amtiert. Wem diese Funktion im Einzelnen zukommt und welche Aufgaben diese Person wahrnehmen kann, ergibt sich aus § 16 EG ZPO.

Gemäss Art. 226 Abs. 1 ZPO kann das Gericht jederzeit die Durchführung einer sog. **Instruktionsverhandlung** anordnen. Beim Entscheid, ob und wann eine solche Instruktionsverhandlung durchzuführen ist, lässt die ZPO dem Gericht einen erheblichen Ermessensspielraum. Die Instruktionsverhandlung dient der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhalts, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung. Insbesondere können an der Instruktionsverhandlung auch Beweise abgenommen werden.

Vorgesehen ist im Weiteren eine **Hauptverhandlung** (Art. 228–234 ZPO), deren Durchführung obligatorisch ist, sofern die Parteien nicht gemeinsam darauf verzichten (Art. 233 ZPO).

Die Hauptverhandlung folgt dabei einem vorgegebenen **Ablauf**:

- Die Parteien stellen zuerst ihre Anträge und begründen sie (Art. 228 Abs. 1 ZPO). Sie erhalten anschliessend Gelegenheit zu Replik und Duplik (Art. 228 Abs. 2 ZPO);
- Sofern erforderlich, werden anschliessend die Beweise abgenommen (Art. 231 ZPO);
- Die Parteien nehmen zuletzt zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung. Das Gesetz gibt ihnen auch hier Gelegenheit zu Replik und Duplik (Art. 232 Abs. 1 ZPO).

Jede Partei hat somit Gelegenheit zu gesamthaft **vier Vorträgen**. Ob dies, insbesondere nach der Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels, tatsächlich erforderlich und sinnvoll ist, sei hier offen gelassen.

3.2.3 Säumnis

Reagiert der Beklagte nicht auf die Klage, hat ihm das Gericht eine **kurze Nachfrist** anzusetzen, deren Dauer (anders als gemäss § 189 Abs. 1 ZPO) nicht mehr vom Gesetz vorgegeben ist. Erfolgt auch darauf keine Antwort, trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Andernfalls lädt es zur Hauptverhandlung (Art. 223 ZPO).

Ist eine Partei an der Hauptverhandlung **säumig**, berücksichtigt das Gericht die eingereichten Eingaben. Sofern das Gericht den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abzuklären hat, kann es aufgrund der Akten sowie den Vorbringen der anwesenden Partei entscheiden (Art. 234 Abs. 1 ZPO). Sind beide Parteien säumig, wird das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit abgeschlossen (Art. 234 Abs. 2 ZPO).

3.2.4 Eventualmaxime und Novenrecht

Im Rahmen der Ausarbeitung der ZPO gaben der Anwendungsbereich der **Eventualmaxime** sowie das **Novenrecht** Anlass zu weitreichenden Kontroversen, die in den Räten erst im Differenzbereinungsverfahren beigelegt werden konnten. Im Ergebnis liegt nun eine Lösung vor, die im Wesentlichen derjenigen der geltenden aargauischen ZPO entspricht.

Die Parteien sind (entsprechend der bisherigen Regelung gemäss § 189 ZPO) verpflichtet, bereits mit der Klage die notwendigen Tatsachenbehauptungen zu nennen und die dazugehörigen Beweismittel zu bezeichnen. Die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind mit der Klage einzureichen (Art. 221 ZPO). Entsprechendes gilt für die Klageantwort sowie eine allfällige Replik bzw. Duplik. Gemäss Art. 229 ZPO können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie spätestens in der Hauptverhandlung und ohne Verzug vorgebracht

werden. Erforderlich ist zudem, dass es sich dabei um **echte bzw. um zulässige unechte Noven** handelt, d.h. dass die neuen Tatsachen erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (bei der Wendung "gefunden worden" handelt es sich um einen Redaktionsfehler, vgl. Gasser/Rickli, Art. 229 N 5; vgl. auch Meier, S. 344) bzw. zwar vorher vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten.

Für Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche nicht die Voraussetzungen echter oder zulässiger unechter Noven erfüllen, gilt somit, dass sie entweder in der schriftlichen Replik bzw. Duplik bzw. an der letzten Instruktionsverhandlung vorgebracht werden müssen. Sofern weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat, können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung, d.h. in ihrem ersten Vortrag gemäss Art. 228 ZPO, unbeschränkt vorgebracht werden, d.h. ohne die Voraussetzungen echter oder zulässiger unechter Noven erfüllen zu müssen (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Diese Beschränkungen gelten selbstverständlich dort nicht, wo das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 229 Abs. 1 ZPO; vgl. § 184 Abs. 2 ZPO AG).

Eine **Klageänderung** vor der Hauptverhandlung ist nur zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 ZPO). Darunter ist wohl etwas anderes zu verstehen als die bisherige Voraussetzung von § 185 ZPO AG, wonach die neuen Begehren nur zulässig sind, wenn sie auf den gleichen Sachverhalt abgestützt werden können. In der Hauptverhandlung ist die Klageänderung dagegen nur noch erlaubt, wenn sie ausserdem auf zulässigen neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 230 Abs. 1 ZPO).

3.2.5 Eröffnung und Begründung des Entscheids

Das Gericht kann seinen Entscheid **ohne schriftliche Begründung** und nur mit einem schriftlichen Dispositiv eröffnen. Eine Begründung ist allerdings nachzureichen, wenn eine Partei dies innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt. Dies gilt allerdings nicht, wenn der Entscheid ans Bundesgericht weitergezogen werden kann, d.h. für das Obergericht und das Handelsgericht. Hier ergibt sich eine Begründungspflicht unmittelbar aus Art. 112 BGG.

3.3 Das vereinfachte Verfahren (Art. 243–247 ZPO)

3.3.1 Allgemeines

Die ZPO sieht als zweite Verfahrensart das sog. **vereinfachte Verfahren** vor, durch das insbesondere das sog. einfache und rasche Verfahren bzw. das beschleunigte Verfahren ersetzt werden soll. Dabei wollte der Gesetzgeber das Zivilverfahren auch für Fälle mit geringerem Streitwert sowie Fälle mit Parteien mit einem verstärkten Sozialschutzbedürfnis zugänglich machen. Beim vereinfachten Verfahren handelt es sich um ein **vollwertiges Verfahren**, das weder Beweis- noch Kognitionsbeschränkungen kennt. Es zeichnet sich durch verschiedene **Vereinfachungen** aus, so durch vereinfachte Formen (Art. 244) und eine verstärkte Mitwirkung des Gerichts (Art. 247 ZPO). Seine weiteren Merkmale sind die beschleunigte Abwicklung (Art. 246 ZPO) sowie ein offenes Novenrecht (Art. 247 i.V.m. 229 Abs. 3 ZPO).

3.3.2 Anwendungsbereich

Das vereinfachte Verfahren kommt einerseits immer dann zur Anwendung, wenn es um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem **Streitwert bis zu 30'000 Franken** geht (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Andererseits nennt das Gesetz auch eine Reihe von Streitigkeiten, in welchen unabhängig vom Streitwert immer das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt. Dies betrifft Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz, wegen Gewalt, Drohung oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB, solche aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist, sowie solche zur Durchsetzung des Auskunftsrechts nach dem Datenschutzgesetz und schliesslich Streitigkeiten nach dem Mitwirkungsgesetz und aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Krankenversicherungsgesetz (Art. 243 Abs. 2).

3.3.3 Die vorgesehenen Vereinfachungen im Einzelnen

Die erste Vereinfachung gilt im Hinblick auf die Klageeinleitung (Art. 244 ZPO). So kann die Klage **mündlich zu Protokoll und ohne jegliche Begründung** eingereicht werden, d.h. es müssen weder Ausführungen zum Sachverhalt noch rechtliche Darlegungen vorgebracht werden (Botschaft, 7347). Dies soll es auch Laien ermöglichen, ohne anwaltliche Vertretung und ohne die Gefahr eines Rechtsverlusts Klage zu erheben. Ausserdem wird der Bundesrat ein laientaugliches Formular zur Verfügung stellen (Art. 400 Abs. 2 ZPO). Dies alles schliesst selbstverständlich nicht aus, dass die Klage auch in diesem Verfahren durch eine anwaltlich ausformulierte Rechtschrift eingeleitet werden kann.

Als zweite wesentliche Vereinfachung sieht Art. 247 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hinwirkt, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen können. Es gilt damit eine **gemilderte Verhandlungsmaxime**. Es sind aber nach wie vor die Parteien, welche den Prozessstoff zusammentragen – wenn auch unter Anleitung des Gerichts. Dieses selbst stellt keine eigenen Ermittlungen an.

Die **beschränkte Untersuchungsmaxime** (das Gesetz spricht hier von der "Feststellung" des Sachverhalts, bei der unbeschränkten Untersuchungsmaxime dagegen von der Erforschung des Sachverhalts) kommt dagegen zur Anwendung in den soeben genannten Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 2 sowie – bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken – in den übrigen Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht und in den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Das Gericht darf dem Urteil auch unbehauptete Tatsachen zugrunde legen, es ist an die Beweisanträge der Parteien nicht gebunden und darf auch über Unbestrittenes Beweis führen. Die Parteien sind jedoch nach wie vor mitwirkungspflichtig. Die Geltung der Untersuchungsmaxime hat ausserdem zur Folge, dass ein offenes Novenrecht zur Anwendung gelangt (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

Hinzu kommt die Pflicht des Gerichts, für eine **rasche Abwicklung des Verfahrens** zu sorgen, indem die Streitsache möglichst anlässlich des ersten Termins erledigt wird (Art. 246 ZPO).

Im Übrigen kommen die **Bestimmungen über das ordentliche Verfahren** zur Anwendung (Art. 219 ZPO).

3.4 Das summarische Verfahren (Art. 248–270 ZPO)

3.4.1 Allgemeines

Als dritte Verfahrensart nennt die ZPO das summarische Verfahren. Dieses zeichnet sich durch seine **Flexibilität und Schnelligkeit** aus. Flexibel ist es in der Form, denn es kann mündlich oder schriftlich durchgeführt werden. Schnell ist es dank seiner Beweismittelbeschränkung (zuge-lassen sind grundsätzlich nur liquide Beweismittel) sowie der Beschränkung der gerichtlichen Kognition auf Evidenz (z.B. beim Rechtsschutz in klaren Fällen) oder auf ein blosses Glaubhaftmachen (z.B. beim vorsorglichen Rechtsschutz). Anders als die ZPO AG (vgl. beispielsweise § 292 Abs. 1 ZPO AG) enthält die neue ZPO jedoch keine ausdrückliche Anweisung an das Gericht zur Verfahrensbeschleunigung.

3.4.2 Anwendungsbereich

Das summarische Verfahren kommt gemäss Art. 248 ZPO zur Anwendung für den Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO), für das gerichtliche Verbot (Art. 258 ff. ZPO), für die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO), für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie überall dort, wo das Gesetz, d.h. die ZPO oder andere Bundesgesetze, dies ausdrücklich vorsieht. Dies betrifft insbesondere das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 119 Abs. 3 ZPO), die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 271 ZPO), diverse Streitigkeiten aus dem Partnerschaftsgesetz (Art. 205 ZPO), die Vollstreckung von Entscheidungen (Art. 339 Abs. 2 ZPO) sowie sämtliche in Art. 249–251 ZPO aufgezählten weiteren Streitsachen.

3.4.3 Verfahren und Entscheid

Das summarische Verfahren wird durch **Gesuch** eingeleitet. Ein Schlichtungsverfahren wird nicht durchgeführt (Art. 198 lit. a ZPO; entsprechend § 290 ZPO AG). In einfachen oder dringenden Fällen kann es auch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 Abs. 2 ZPO). Das Gericht prüft als Erstes, ob das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Ist dies nicht der Fall, wird das Gesuch der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt (Art. 253 ZPO). Alternativ kann das Gericht eine Verhandlung ansetzen und den Gesuchsgegner seine Antwort mündlich erstatten lassen. Anschliessend kommt es (wiederum mündlich oder schriftlich) zu Replik und Duplik. Die ZPO räumt den Gerichten also auch hier einen grossen Gestaltungsspielraum ein.

Der wesentliche Unterschied gegenüber dem ordentlichen Verfahren besteht in der **Beweismittelbeschränkung**: Gemäss Art. 254 ZPO sind Beweise grundsätzlich nur durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, wenn es der Verfahrenszweck erfordert oder wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Zumindest die Parteibefragung wird die erste dieser Voraussetzungen regelmässig erfüllen.

4. Besondere Summarverfahren (Art. 257–270 ZPO)

4.1 Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO)

Anders als der Kanton Aargau kannten bereits nach bisherigem Recht viele Deutschschweizer Kantone das sog. **Befehlsverfahren**, das nun unter dem Titel "Rechtsschutz in klaren Fällen" in die ZPO übernommen wurde. Auch wenn dieses Verfahren summarischer Natur ist, kann es zu einem **Entscheid mit voller materieller Rechtskraft** führen. Dem Kläger wird hier eine Alter-

native zum ordentlichen bzw. zum vereinfachten Verfahren geboten. Das Gericht tritt allerdings auf das Gesuch nur ein, wenn (1) der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und (2) die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Ist dies der Fall, heisst es die Klage gut und erlässt ein Urteil mit voller materieller Rechtskraft. Sind die betreffenden Voraussetzungen dagegen nicht erfüllt, tritt das Gericht auf das Gesuch gar nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO); der Gesuchsteller hat dann die Möglichkeit, den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten. Selbstverständlich steht es dem Kläger offen, bereits von Anfang an das ordentliche bzw. das vereinfachte Verfahren einzuleiten. Beim Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen handelt es sich mit anderen Worten um eine **Option**.

In denjenigen Kantonen, die bereits heute ein solches Verfahren kennen, kommt diesem Verfahren erhebliche Bedeutung zu: Ca. 10 % der Zivilstreitigkeiten werden auf diesem Weg abgewickelt (Leupold, 66). Insbesondere bei der **Ausweisung von Mietern** sowie für die **Herausgabe beweglicher Sachen** kommt das Befehlsverfahren regelmässig zum Einsatz. Nach der ZPO kann das Verfahren neu auch für Klagen zur Durchsetzung von **Geldforderungen** eingeleitet werden. Da das Gericht auf das Gesuch nur eintritt, wenn der Sachverhalt mittels Urkunde nachgewiesen werden kann, steht dieses Verfahren insbesondere in **Konkurrenz zum provisorischen Rechtsöffnungsverfahren** bzw. zur Anerkennungsklage: Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, kann der Gläubiger – abhängig von der Qualität der ihm zur Verfügung stehenden Beweisurkunde – entscheiden, welches dieser drei Verfahren er einleiten will. Anders als beim provisorischen Rechtsöffnungsverfahren kommt es hier allerdings zu einer definitiven Rechtsöffnung.

4.2 Gerichtliches Verbot (Art. 258–260)

Entsprechend dem bisherigen Recht (§ 309–316 ZPO AG) sieht auch die ZPO die Möglichkeit eines sog. **gerichtlichen Verbots** vor: Wer an einem Grundstück dinglich berechtigt ist, kann beim Gericht beantragen, dass jede Besitzesstörung zu unterlassen ist und eine Widerhandlung auf Antrag mit einer Busse bis zu 2'000 Franken bestraft wird (Art. 258 ZPO). Das betreffende Verfahren findet nach den Regeln des summarischen Verfahrens statt. Eine Anhörung einer Gegenpartei ist hier aus offensichtlichen Gründen nicht möglich.

Das ausgesprochene Verbot ist öffentlich bekannt zu machen und auf dem Grundstück an gut sichtbarer Stelle anzubringen (Art. 259 ZPO). Wer mit dem Verbot nicht einverstanden ist, muss innert 30 Tagen seit dessen Bekanntmachung *und* (anders als nach § 312 ZPO AG) Anbringung auf dem Grundstück bei Gericht **Einsprache** erheben, wobei die Einsprache nicht zu begründen ist. Die Einsprache bewirkt (anders als nach bisherigem Recht) den automatischen Hinfall des Verbots im Hinblick auf die einsprechende Person. Die Einsprache ist damit mit dem betriebsrechtlichen Rechtsvorschlag verwandt (Gasser/Rickli, Art. 261 N 3). Will der ursprüngliche Gesuchsteller gegen diese Einsprache vorgehen, muss er eine ordentliche Klage gegen den Einsprecher erheben.

4.3 Vorsorgliche Massnahmen

Wie das geltende Recht sieht auch die ZPO die Möglichkeit vor, dass das Gericht auf Antrag einer Partei sog. **vorsorgliche Massnahmen** anordnet, und zwar vor oder während der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens. Die betreffenden Bestimmungen ersetzen sowohl die geltenden kantonalen Bestimmungen als auch diejenigen des Bundesrechts, namentlich die Art. 28 c–f ZGB.

Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO muss die gesuchstellende Partei glaubhaft machen, (1) dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (sog. **Hauptsache-prognose**) sowie (2) dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (sog. **Nachteilsprognose**). In dringlichen Fällen können Massnahmen auch **superprovisorisch** angeordnet werden. Die Voraussetzungen dürften in allen Fällen jenen des bisherigen Rechts entsprechen. Hinzuweisen ist freilich auf die **Änderung in der Terminologie**: Die bisherigen vorsorglichen Verfügungen gemäss § 302 ff. ZPO AG werden in der ZPO nun als vorsorgliche Massnahmen bezeichnet, die vorläufigen Massnahmen gemäss § 294 ZPO AG als superprovisorische Massnahmen.

Auch in Bezug auf die möglichen Inhalte ändert sich nichts (Art. 262 ZPO): Insbesondere gilt auch gemäss der ZPO weiterhin der **Vorbehalt des SchKG**, sodass vorläufige Geldleistungen nur in den wenigen vom Gesetz vorgesehenen Fällen angeordnet, und Geldforderungen nach wie vor ausschliesslich nach den Regeln des SchKG gesichert werden können. Vorbehalten werden im Weiteren auch die erbrechtlichen Sicherungsmassregeln (Art. 269 ZPO).

Für das Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten die **Bestimmungen über das Summarverfahren** (Art. 252–256 ZPO). Für das superprovisorische Verfahren werden diese Regeln ergänzt durch Art. 265 Abs. 2 ZPO.

Der Gesuchsteller haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme **erwachsenen Schaden**. Beweist er jedoch, dass er sein Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 264 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann zur Sicherung dieses Schadenersatzanspruchs die **Leistung einer Sicherheit** durch den Gesuchsteller anordnen (entsprechend § 306 ZPO AG).

Wie bereits nach geltendem Recht erwächst die vorsorgliche Massnahme **nicht in materielle Rechtskraft**, d.h. sie kann jederzeit abgeändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände geändert haben oder sich die vorsorgliche Massnahme nachträglich als ungerechtfertigt erweist (Art. 268 Abs. 1 ZPO; vgl. § 307 ZPO AG).

4.4 Schutzschrift

In den vergangenen Jahren hat sich ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage die sog. **Schutzschrift** als neues Institut der Praxis entwickelt. Eine Schutzschrift reicht ein, wer befürchtet, dass gegen ihn bei einem bestimmten Gericht eine superprovisorische Massnahme erlassen wird. Darin werden die Gründe dargelegt, die gegen die Massnahme oder zumindest gegen deren superprovisorische Anordnung sprechen. Die Schutzschrift kann eingesetzt werden gegen sämtliche Massnahmen, die ohne vorgängige Anhörung verfügt werden können, auch gegen solche ausserhalb der ZPO (Arrest, einseitiges Exequaturverfahren nach dem Lugano-Übereinkommen). Art. 271 Abs. 1 ZPO anerkennt nun ausdrücklich dieses präventive Verteidigungsmittel und verpflichtet damit die Gerichte zu dessen Entgegennahme.

Von der Praxis bisher uneinheitlich beantwortet wurde die Frage, ob die Schutzschrift der potenziell gesuchstellenden Partei sofort zur Kenntnis gebracht werden muss (vgl. Tuschmid, Rz. 6). Art. 270 Abs. 2 ZPO schreibt nun vor, dass die Schutzschrift (anders als nach der bisherigen Praxis des Handelsgerichts) der Gegenseite erst zur Kenntnis gebracht werden darf, wenn das entsprechende Verfahren eingeleitet wird, d.h. ein Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme beim Gericht eingeht. Die ZPO kennt mit anderen Worten **keine vorgängige Zu-**

stellung der Schutzschrift an die Gegenseite. Schliesslich sieht Art. 271 Abs. 3 ZPO vor, dass die Schutzschrift nach sechs Monaten unbeachtlich wird und der betreffenden Partei zurückgeschickt werden kann. Für die Entgegennahme der Schutzschrift kann eine Gebühr erhoben werden.

5. Besondere familienrechtliche Verfahren (Art. 271–307 ZPO)

Für verschiedene familienrechtliche Verfahren sieht die ZPO Sonderbestimmungen vor:

- Art. 271–273 ZPO hält fest, dass für Massnahmen zum **Schutz der ehelichen Gemeinschaft** das summarische Verfahren zur Anwendung kommt, wobei das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Zudem soll grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden (Art. 273 Abs. 1 ZPO).
- **Die prozessualen Bestimmungen des Scheidungsrechts** (Art. 135–149 ZGB) werden en bloc aufgehoben und in die ZPO integriert. Inhaltlich entsprechen die neuen Bestimmungen weitgehend dem bisherigen Recht, wobei verschiedentlich Neuformulierungen vorgenommen wurden, vor allem um die Bestimmungen klarer zu fassen oder besser zu strukturieren.
- Die ZPO enthält ausserdem klarstellende Bestimmungen zur **Scheidung auf gemeinsames Begehren** (Art. 285–289 ZPO) sowie zur **Scheidungsklage** (Art. 290–293 ZPO).

6. Rechtsmittel

6.1 Allgemeines

Erlauben Sie mir schliesslich, noch einige Ausführungen zu den **Rechtsmitteln** nach der ZPO zu machen.

Ausser dort, wo das Gericht als erste und einzige kantonale Instanz entscheidet (Art. 5–8 ZPO), sieht die ZPO für jedes Urteil einen **zweistufigen Rechtsmittelweg** vor: ein Rechtsmittel an eine obere kantonale Instanz und von dort ein zusätzliches Rechtsmittel ans Bundesgericht (Grundsatz der *double instance*, ergibt sich aus Art. 75 Abs. 2 BGG).

Zur Anfechtung erstinstanzlicher Entscheidungen sieht die ZPO **zwei Rechtsmittel** vor: einerseits die Berufung (Art. 308–318 ZPO), andererseits die Beschwerde (Art. 319–327 ZPO). Zweitinstanzliche Urteile, d.h. Urteile der kantonalen Obergerichte, können ausschliesslich ans Bundesgericht weitergezogen werden. Die bisherigen, in einzelnen Kantonen bekannten Kassations- oder Nichtigkeitsbeschwerden gibt es nicht mehr; der Rechtsmittelkatalog der ZPO ist mit anderen Worten abschliessend. Die **Rechtsmittel ans Bundesgericht** finden sich nicht in der ZPO, sondern bleiben wie bis anhin im BGG geregelt und erfahren durch die ZPO keine Änderung.

Zu den zwei genannten Rechtsmitteln auf kantonaler Stufe im Einzelnen:

6.2 Berufung

Die **Berufung** ist das prinzipale, vollkommene und ordentliche Rechtsmittel. Grundsätzlich ist **jeder erstinstanzliche Entscheid** berufungsfähig. Insbesondere spielt es keine Rolle, ob der Entscheid im ordentlichen, vereinfachten, summarischen oder in einem familienrechtlichen Ver-

fahren ergangen ist. Gleichgültig ist auch, ob es sich dabei um einen End- oder Zwischenentscheid handelt. Ausdrücklich für berufungsfähig erklärt werden ausserdem die vorsorglichen Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 ZPO). Dagegen kann sie gegen prozessleitende Verfügungen nicht ergriffen werden. Zudem findet sich in Art. 309 ZPO eine Liste weiterer Entscheide, gegen die keine Berufung erhoben werden kann.

Eine weitere Einschränkung besteht darin, dass die Berufung in vermögensrechtlichen Streitigkeiten nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren **mindestens 10'000 Franken** betrug (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten sind dagegen immer berufungsfähig.

Als vollkommenes Rechtsmittel erlaubt die Berufung sowohl eine **volle Rechtskontrolle** als auch (unter den Voraussetzungen des Novenrechts) eine **Kontrolle der Feststellung des Sachverhalts** (Art. 310 ZPO). Als Rechtsverletzung gilt selbstverständlich auch eine Verletzung der Bestimmungen der ZPO.

Die Berufung ist **innert 30 Tagen** (im summarischen Verfahren innert 10 Tagen) seit der Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Erweist sich die Berufung als "offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet", kann die Rechtsmittelinstanz sofort auf Nichteintreten entscheiden. Ansonsten wird der Gegenpartei eine Frist von 30 Tagen (im summarischen Verfahren 10 Tage) zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt. Beide Fristen sind nicht erstreckbar. Bei Bedarf kann die Rechtsmittelinstanz einen zweiten Schriftenwechsel oder eine Verhandlung durchführen und weitere Beweise abnehmen (Art. 316 ZPO).

Das obere Gericht kann den erstinstanzlichen Entscheid **bestätigen**, diesen **aufheben** und die Angelegenheit an die erste Instanz zurückweisen oder einen **neuen Entscheid in der Sache** treffen. Nach dem Wortlaut der ZPO hat eine Rückweisung allerdings die Ausnahme zu bleiben (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Anders als im erstinstanzlichen Verfahren hat die Rechtsmittelinstanz ihren Entscheid immer mit einer schriftlichen Begründung zu eröffnen (Art. 318 Abs. 2 ZPO), dies im Hinblick auf eine mögliche Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 112 BGG).

6.3 Beschwerde

Im Gegensatz zur Berufung handelt es sich bei der **Beschwerde** um ein subsidiäres, beschränktes und ausserordentliches Rechtsmittel. Mit Beschwerde anfechtbar sind alle nicht berufungsfähigen erstinstanzlichen Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen. Es geht hier um Entscheide, bei welchen die Streitwertgrenze von 10'000 Franken nicht erreicht wird (Art. 308 Abs. 2 ZPO), sowie um die gemäss Art. 309 ZPO ausdrücklich nicht berufungsfähigen Entscheide. Zusätzlich mit Beschwerde anfechtbar sind ausserdem andere Entscheide und prozessleitende Verfügungen, vorausgesetzt das Gesetz sieht eine solche Anfechtung ausdrücklich vor, es droht der Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil oder es wird eine Rechtsverzögerung geltend gemacht (Art. 319 ZPO).

Anders als bei der Berufung kann der Beschwerdeführung im Rahmen der Beschwerde nur die **unrichtige Rechtsanwendung** sowie die **offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts** geltend machen (Art. 320 ZPO). Diese Beschwerdegründe entsprechen damit denjenigen im Rahmen der zivilrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht (Art. 95 ff. BGG).

Die Beschwerde ist wie die Berufung innert 30 bzw. 10 Tagen ab Zustellung schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Auch hier kann die Rechtsmittelinstanz eine Vorprüfung vornehmen und offensichtlich unzulässige oder unbegründete Beschwerden sofort durch Nichteintreten erledigen. Ansonsten hat die Gegenpartei innert 30 bzw. 10 Tagen die Beschwerdeantwort zu erstatten (Art. 322 ZPO). Eine Anschlussbeschwerde ist nicht zulässig (Art. 323 ZPO). Anders als bei der Berufung sind **neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel** vollständig ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), und zwar auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen (Gasser/Rickli, Art. 326 N 2).

Die Beschwerde ist grundsätzlich **kassatorischer Natur**, d.h. bei Gutheissung wird das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen. Ist die Sache spruchreif, kann die Beschwerdeinstanz allerdings auch neu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 ZPO).

6.4 Revision, Erläuterung und Berichtigung

Der Vollständigkeit halber zu erwähnen sind ausserdem die ausserordentlichen Rechtsmittel der **Revision** eines Urteils (Art. 328–333 ZPO) sowie der **Erläuterung und Berichtigung** von Urteilen (Art. 334 ZPO).

6.5 Rechtsmittel ans Bundesgericht

Wie bereits festgehalten, findet sich die Regelung der Rechtsmittel ans Bundesgericht nach wie vor im **Bundesgerichtsgesetz**, wobei die **Beschwerde in Zivilsachen** im Mittelpunkt steht (Art. 72 ff. BGG). Eine Änderung ergibt sich allerdings in Bezug auf die zulässigen Rügen: Mit dem Inkrafttreten der ZPO kann neu auch deren Verletzung als Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG gerügt werden. Das Bundesgericht überprüft damit die Einhaltung der zivilprozessualen Bestimmungen nicht wie bisher nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür, vielmehr wird es eine umfassende Rechtskontrolle ausüben. Nur wenn die Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen (insbesondere das Streitwerterfordernis) nicht erfüllt sind und eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben wird, bleibt es bei der Willkürprüfung.

7. Übergangsrecht (Art. 404–407 ZPO)

Interessante Fragen wirft zuletzt das **Übergangsrecht** auf. Bei der Einführung eines neuen Verfahrensrechts stellt sich insbesondere das Problem der Behandlung laufender Verfahren. Hier gibt es für den Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten: Entweder lässt er das neue Recht mit sofortiger Wirkung für sämtliche Verfahren zur Anwendung kommen, d.h. auch für die bereits rechtshängigen Prozesse. Dem neuen Recht käme auf diese Weise ab dem 1. Januar 2011 ein umfassender und ausschliesslicher Anwendungsbereich zu. Dies würde allerdings zu einem Verfahrenswechsel während des Prozesses vor der gleichen Instanz führen, was wohl mit einer erheblichen Unsicherheit bei der Rechtsanwendung verbunden wäre. Die andere Extremlösung würde darin bestehen, das neue Recht nur auf Verfahren anzuwenden, die nach dem 1. Januar 2011 rechtshängig gemacht werden. Hier wäre das Abgrenzungsproblem gelöst, gleichzeitig müssten sich die Gerichte aber noch während Jahrzehnten mit den alten Prozessordnungen befassen. Die Mittellösung, für welche sich der Gesetzgeber schliesslich entschieden hat, sieht vor, das bisherige kantonale Verfahrensrecht **bis zum Abschluss der Instanz** weiterhin für anwendbar zu erklären, mit dem Wechsel zur nächsten Instanz dann aber das neue Recht zur Anwendung zu bringen (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmittel gilt gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist.

So einfach diese Lösung auf den ersten Blick erscheinen mag, so schwierig wird sie in der Praxis anzuwenden sein: In keiner Weise geregelt ist insbesondere die Frage, welches Recht anzuwenden ist, wenn ein Prozess, der am 1. Januar 2011 bei der ersten Instanz rechtshängig ist und gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO bis zum Abschluss dieser Instanz nach dem bisherigen Prozessrecht zu entscheiden ist, anschliessend jedoch in der zweiten Instanz gemäss Art. 404 Abs. 1 und 405 Abs. 1 ZPO nach der neuen ZPO behandelt werden muss, wieder an die erste Instanz zurückgewiesen wird. Vieles spricht hier für eine **Anwendbarkeit des neuen Rechts** auch für das erneute Verfahren vor der ersten Instanz, wobei aber viele Fragen offenbleiben. Ohne Weiteres unter Art. 404 Abs. 1 ZPO subsumieren lässt sich dagegen der Fall, in dem ein Verfahren in der zweiten Instanz hängig ist und dann nach dem 1. Januar 2011 an die erste Instanz zurückgewiesen wird, d.h. es gilt auch für die Neuverhandlung vor der ersten Instanz das neue Recht.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Zitierte Literatur und Materialien:

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff.

Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010

Leupold, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FS Alfred Bühler, Zürich 2008, 65–76

Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010

Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010

Tuchschnid, Zur aktuellen Gerichtspraxis betreffend Schutzschriften, Jusletter vom 28. Januar 2008