Zivilprozessordnung

Letzte Änderung: 21.10.2025

PDF erstellt am: 06.10.2026

OK
ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 6 ZPO 5
Art. 52 ZPO 67
Art. 86 ZPO 109
Art. 142 ZPO 135
Art. 143 ZPO 157
Art. 144 ZPO 195
Art. 145 ZPO 213
Art. 146 ZPO 231
Vorb. zu Art. 213 – 218 ZPO 239
Art. 219 ZPO 289
Art. 220 ZPO 301
Art. 239 ZPO 311
Art. 240 ZPO 341
Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO 351
Vorb. zu Art. 353 - 399 ZPO 421
Art. 407f ZPO 457

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 6 ZPO

Eine Kommentierung von Andreas Schneuwly

ZITIERVORSCHLAG

Andreas Schneuwly, Kommentierung zu Art. 6 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Schneuwly, Art. 6 ZPO N. XXX.

Art. 6 Handelsgericht

[1] Die Kantone können ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht).

[2] Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn:

a. die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist;

b. der Streitwert mehr als 30 000 Franken beträgt oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt;

c. die Parteien als Rechtseinheiten im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind; und

d. es sich nicht um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989, nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht handelt.

[3] Ist nur die beklagte Partei als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register

eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so kann die klagende Partei zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen.

[4] Die Kantone können das Handelsgericht ausserdem zuständig erklären für:

a. Streitigkeiten nach Artikel 5 Absatz 1;

b. Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften;

c. Streitigkeiten, bei denen die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei.
Der Streitwert beträgt mindestens 100 000 Franken.
Die Parteien stimmen der Zuständigkeit des Handelsgerichts zu.
Im Zeitpunkt dieser Zustimmung hat mindestens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihren Sitz im Ausland.

[5] Das Handelsgericht ist auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig.

[6] Betreffen Klagen Streitgenossen, die nicht alle als Rechtseinheiten im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, so ist das Handelsgericht nur zuständig, wenn alle Klagen in seine Zuständigkeit fallen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 9
A. Entstehungsgeschichte ... 9
B. Normzweck ... 9
C. Handelsgerichte als Fachgerichte ... 10
II. Grundlagen der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte ... 11
A. Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ... 11
1. Prüfungsgrundsatz ... 11
2. Prüfungszeitpunkt ... 12
3. Zeitpunkt, in dem die sachliche Zuständigkeit spätestens vorliegen muss ... 12
4. Perpetuatio fori ... 13
B. De- und Prorogation sowie Einlassung ... 14
C. Gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ... 15
D. Vollstreckung ... 16
1. Realvollstreckung ... 17
2. Gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ... 18
E. Materiellrechtliche Natur des Anspruchs ... 19
F. Kompetenzattraktion und Zuständigkeitskonkurrenz ... 21
III. Handelsrechtliche Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 2 ZPO) ... 23
A. Geschäftliche Tätigkeit (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO) ... 23
1. Grundlagen ... 23
2. Vorliegen einer geschäftlichen Tätigkeit ... 24
3. Bezug zur Streitigkeit ... 25
B. Streitwerterfordernis (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) ... 26
1. Grundlagen ... 26
2. Mindeststreitwert ... 27
3. Vorschlag de lege ferenda ... 28
C. Eintrag im Handelsregister (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO) ... 28
1. Grundlagen ... 28
2. Eintrag im schweizerischen Handelsregister ... 30
3. Eintrag in einem vergleichbaren ausländischen Register ... 33
D. Ausgeschlossene Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO) ... 35
IV. Wahlrecht der nicht eingetragenen klagenden Partei (Art. 6 Abs. 3 ZPO) ... 35
V. Optional handelsgerichtliche Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 4 ZPO) ... 36
A. Streitigkeiten nach Artikel 5 Absatz 1 ZPO ... 37
B. Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften ... 38
C. Internationale Streitigkeiten ... 40
VI. Weitere handelsgerichtliche Angelegenheiten ... 42
VII. Vorsorgliche Massnahmen und vorsorgliche Beweisführung ... 43

VIII. Besondere Konstellationen 44
A. Verhältnis zum vereinfachten Verfahren 44
B. Klageänderung 45
C. Klagerückzug 46
D. Rechtsnachfolge vor Rechtshängigkeit 47
E. Parteiwechsel 48
F. Prozessstandschaft 49
G. Notwendige Streitgenossenschaft 49
H. Einfache Streitgenossenschaft 50
I. Hauptintervention 52
J. Nebenintervention 53
K. Einfache Streitverkündung 54
L. Streitverkündungsklage 55
M. Objektive Klagenhäufung 55
N. Widerklage 56
Literaturverzeichnis 58
Materialienverzeichnis 64

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Die einzigen heute noch bestehenden Handelsgerichte in der Schweiz sind in den Kantonen Zürich, Aargau, Bern und St. Gallen anzutreffen. In dieser Reihenfolge wurden die Handelsgerichte in der zweiten Hälfte des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gegründet.[1] Auslöser waren stets Bedürfnisse der Wirtschaft und namentlich die Annahme, sog. Fachrichter würden den streitigen Sachverhalt besser einordnen und das Verfahren könnte flexibler, speditiver und günstiger ausgestaltet werden.[2] 1

Zwar gab es vor der Einführung der ZPO teilweise erhebliche Unterschiede in der sachlichen Zuständigkeit der kantonalen Handelsgerichte.[3] Dennoch orientierte sich der Bundesgesetzgeber bei der Schaffung der ZPO an den bisherigen kantonalen Bestimmungen.[4] 2

B. Normzweck

Die Bestimmung von Art. 6 ZPO wäre an sich überflüssig, wenn die Handelsgerichte nicht als einzige kantonale Instanzen tätig wären. Denn die Regelung der sachlichen Zuständigkeit obliegt grundsätzlich den Kantonen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Den Kantonen stünde es daher auch ohne Art. 6 ZPO frei, «Handelsgerichte» mit beschränkter sachlicher Zuständigkeit einzuführen, wie sie auch spezialisierte Arbeits-, Miet- und Familiengerichte etc. vorsehen können. Aufgrund des Prinzips des doppelten kantonalen Instanzenzugs (double instance; Art. 75 Abs. 2 BGG) dürften solche «Handelsgerichte» jedoch nicht als einzige kantonale Instanzen amten.[5] 3

1. ZH: Gesetz vom 30.10.1866 betreffend das Gerichtswesen im Allgemeinen (OS, Bd. 14, S. 7 ff.); AG: Gesetz vom 12.7.1887 zu einer Handelsgerichtsordnung für den Kanton Aargau (GS AG NF, Bd. II, S. 389 ff.); BE: Gesetz vom 31.1.1909 über die Organisation der Gerichtsbehörden (GDV BE, 1909, S. 7 ff.); SG: Gesetz vom 24.5.1918 betreffend das Handelsgericht (GS SG NF, Bd. 12, Nr. 55, S. 202 ff.).
2. Ausführlicher zu den einzelnen Kantonen m.w.N.: Schneuwly, N. 17 (ZH), N. 68 (AG), N. 94 (BE) und N. 133 (SG) sowie N. 178 f.
3. Schneuwly, N. 180 ff.
4. Botschaft ZPO, S. 7261.

4 Art. 6 ZPO bezweckt demnach, es den Kantonen auf der Stufe der oberen kantonalen Gerichte (Art. 75 Abs. 2 lit. a und b BGG) zu ermöglichen, für handelsgerichtliche Streitigkeiten ein Fachgericht als einzige kantonale Instanz vorzusehen. Durch die Kürzung des Instanzenzugs wird u.a. eine Beschleunigung des Prozesses erreicht.[6]

5 Als Fachgerichte sind die nach Art. 6 ZPO geschaffenen Handelsgerichte keine unzulässigen Ausnahmegerichte i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV, sondern generell abstrakt für Streitigkeiten nach Art. 6 ZPO zuständige und damit zulässige Sonder- bzw. Spezialgerichte.[7]

C. Handelsgerichte als Fachgerichte

6 Die Handelsgerichte zeichnen sich durch die Kombination von juristisch qualifizierten mit in der jeweiligen Branche versierten Richtern aus.[8] Um ihren Zweck als Fachgericht erfüllen zu können, haben die Handelsgerichte über genügend Fachrichterinnen mit entsprechenden Branchenkenntnissen zu verfügen.[9] Die Fachrichterpools in den Kantonen Bern und Zürich bestehen aus 60–70, jener im Kanton St. Gallen aus 25 und derjenige im Kanton Aargau zurzeit aus zwölf Fachrichtern.[10]

7 Ein Fachgericht liegt m.E. nur vor, wenn der Spruchkörper – Einzelrichterzuständigkeiten vorbehalten – *mehrheitlich* aus Fachrichtern gebildet wird. Denn gerade das Vorhandensein des Fachwissens im Spruchkörper stellt das ausschlaggebende Argument dar, weshalb für gewisse Streitigkeiten ein besonderes Handelsgericht zuständig sein soll. Dieser Idee wird umso besser Rechnung getragen, je mehr Fachrichterinnen am Entscheid beteiligt sind.[11] In der Schweiz hat sich daher mit einer seltenen Ausnahme[12]

5. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LF130045 E. 4 (ZR 2013, S. 156, aus anderen Gründen aufgehoben durch BGE 140 III 155); BK-Berger, N. 3 zu Art. 6 ZPO.
6. Botschaft ZPO, S. 7261.
7. BGE 137 I 77 E. 3.3.1, 136 I 207 E. 3.5 m.w.N.
8. BGE 140 III 550 E. 2.8; DK-Brunner/Vischer, N. 1 und 12 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 11 f. zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 1 und 3 zu Art. 6 ZPO.
9. Bundesamts für Justiz, Arbeitspapier vom 5.2.2007, S. 2.
10. AG: Beschluss der Kommission für Justiz des Grossen Rates des Kantons Aargau vom 25.5.2012; BE: Art. 3 Abs. 1 Dekret des Grossen Rats des Kantons Bern vom 8.9.2009 über die Besetzung von Richter- und Staatsanwaltsstellen (BSG 161.11); SG: Art. 4 des Beschlusses des Kantonsrats St. Gallen vom 27.11.1990; ZH: Beschluss des Kantonsrats Zürich vom 10.5.2004. Vgl. zur Kritik an der Grösse des aargauischen Fachrichterpools Meier/Rüegg, S. 59.

eine Praxis etabliert, wonach Fachrichterinnen in Fünfergremien im Verhältnis von 3:2[13] bzw. in Dreiergremien im Verhältnis von 2:1[14] die Mehrheit bilden.

II. GRUNDLAGEN DER SACHLICHEN ZUSTÄNDIGKEIT DER HANDELSGERICHTE

A. Prüfung der sachlichen Zuständigkeit

1. Prüfungsgrundsatz

Nach Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, u.a. ob die Prozessvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit erfüllt ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird damit ein eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz normiert, der sich asymmetrisch auf die Parteien auswirkt.[15] Dabei gelten folgende Grundsätze: Eines Einwands der beklagten Partei bedarf es nicht, damit das Gericht seine sachliche Zuständigkeit überprüft.[16] Das Gericht ist auch nicht an Zugeständnisse der Parteien gebunden.[17] Art. 60 ZPO enthebt insb. die klagende Partei weder der Beweis- noch der Behauptungslast.[18] Vielmehr gelten für die klagende Partei auch hinsichtlich dieser Prozessvoraussetzung die Verhandlungsmaxime und das Novenrecht.[19] Das Gericht muss also nicht von sich aus nach Tatsachen 8

11. Protokoll der Expertenkommission für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts vom 21. und 22.8.2000, S. 751 ff.; BSK-Vock/Aepli, N. 1 zu Art. 6 ZPO; Schneuwly, N. 213.
12. Die Ausnahme betrifft Streitigkeiten am Handelsgericht des Kantons Aargau, in denen der Streitwert die für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht vorgeschriebene Höhe nicht erreicht (§ 3 Abs. 5 lit. b GOG/AG [SAR 155.200]). In diesen Fällen amtet eine Dreierbesetzung mit nur einer Fachrichterin. Die Ausnahme wurde aus der kantonalen ZPO übernommen, basierte auf Kostenüberlegungen und ist heute nicht mehr zeitgemäss (vgl. hierzu Schneuwly, N. 212).
13. AG: § 3 Abs. 6 lit. b Gerichtsorganisationsgesetz vom 6.12.2011 (SAR 155.200) i.V.m. § 12b Abs. 1 Geschäftsordnung des OGer AG vom 21.11.2012; SG: Art. 13 Abs. 2 Gerichtsgesetz vom 2.4.1987 (sGS 941.1); ZH: § 39 Abs. 2 Gesetz vom 10.5.2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (LS 211.1).
14. BE: Art. 45 Abs. 2 Gesetz vom 11.6.2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (BSG 161.1).
15. Urteil 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.4.
16. Urteil 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.3.2.
17. Urteil 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.3.2 und E. 3.4.2.
18. BGE 144 III 552 E. 4.1.3, 139 III 278 E. 4.3.

forschen, die für seine sachliche Zuständigkeit sprechen.[20] Der beklagten Partei wird demgegenüber die Bestreitungslast abgenommen, und für Tatsachen, die gegen die sachliche Zuständigkeit sprechen, gilt das Novenrecht nicht.[21] Das Gericht hat nur Tatsachen zu erforschen, die gegen das Vorliegen seiner sachlichen Zuständigkeit sprechen.[22] Es ist in diesem Rahmen aber nicht zu ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet.[23] Nur wenn das Gericht Anhaltspunkte für seine fehlende sachliche Zuständigkeit hat, ist eine Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen geboten.[24]

2. Prüfungszeitpunkt

9 Den Gerichten steht es frei, wann sie ihre sachliche Zuständigkeit prüfen. Die Prüfung kann ab der Einleitung eines Verfahrens bis spätestens eine logische Sekunde vor der Fällung eines Sachentscheids erfolgen.[25] Ob im ordentlichen Verfahren vor einem Nichteintretensentscheid zwingend eine schriftliche Klageantwort einzuholen ist, ist umstritten.[26] Aus prozessökonomischen Gründen und aufgrund des Beschleunigungsgebots (Art. 124 Abs. 1 ZPO) ist eine möglichst frühzeitige Prüfung durch das Gericht erstrebenswert, um allfällige weitere Vorkehren vornehmen zu können, bspw. die Klageantwort auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken (vgl. Art. 222 Abs. 3 und Art. 125 lit. a ZPO).[27]

3. Zeitpunkt, in dem die sachliche Zuständigkeit spätestens vorliegen muss

10 Nach einer gängigen Formel müssen die Prozessvoraussetzungen – bzw. die für ihre Beurteilung relevanten Tatsachen – mit gewissen Ausnahmen im Zeitpunkt der Fällung des Sachentscheids vorliegen.[28] Es genügt jedoch nicht,

19. Urteil 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.4.
20. BGE 144 III 552 E. 4.1.3, 139 III 278 E. 4.3; Urteile 4A_297/2022 vom 19.8.2022 E. 5.2, 4A_94/2020 vom 12.6.2020 E. 4.2, 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.1 und 3.4.
21. Urteil 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.4.
22. Urteile 4A_94/2020 vom 12.6.2020 E. 4.3, 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.4 und E. 3.4.2.
23. BGE 139 III 278 E. 4.3; Urteile 4A_94/2020 vom 12.6.2020 E. 4.3, 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.4.2.
24. BGE 146 III 185 E. 4.4.2; Urteile 4A_94/2020 vom 12.6.2020 E. 4.3, 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.2 und E. 3.4.2.
25. BGE 140 III 159 E. 4.2.3; Schneuwly, N. 228.
26. Vgl. Schneuwly, N. 229 m.w.N. Ablehnend bspw. Daetwyler/Stalder, S. 165.
27. BGE 141 III 294 E. 5.2, 140 III 355 E. 2.4. i.f., 140 III 159 E. 4.2.4; Botschaft ZPO, S. 7276.

wenn die sachliche Zuständigkeit erst im Zeitpunkt der Fällung des Sachentscheids gegeben ist. Vielmehr muss die sachliche Zuständigkeit bereits dann vorliegen, wenn über sie verbindlich entschieden wird, bspw. in einem vorgezogenen Prozessentscheid. Wird die sachliche Zuständigkeit darin verneint, wird auf die Sache mit einem prozessualen Endentscheid nicht eingetreten und es kommt zu keinem Sachentscheid.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, in welchem Zeitpunkt diejenigen Tatsachen in den Prozess eingebracht worden sein müssen, die den Schluss auf die sachliche Zuständigkeit zulassen. Aufgrund des vom Bundesgericht propagierten asymmetrischen Untersuchungsgrundsatzes (vgl. N. 8) ist dabei zwischen Tatsachen die für und gegen die sachliche Zuständigkeit sprechen zu unterscheiden: Für *zuständigkeitsbegründende* Tatsachen gilt die gewöhnliche Verhandlungsmaxime mit strengem Novenrecht (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Eine noch nicht begründete sachliche Zuständigkeit kann nach dem Aktenschluss somit nur noch mit zulässigen Noven geheilt werden. Demgegenüber können Tatsachen und Beweismittel, die *gegen die sachliche Zuständigkeit sprechen*, stets bis zur massgebenden Urteilsberatung berücksichtigt werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO).[29] Massgebend ist jene Urteilsberatung, mit der das Gericht verbindlich über seine Zuständigkeit entscheidet.[30] 11

Damit die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts überhaupt vorliegen kann, müssen sämtliche von Art. 6 Abs. 2 ZPO genannten Voraussetzungen zumindest einmal gleichzeitig vorhanden sein. Ein gestaffeltes Auftreten einzelner Voraussetzungen genügt nicht.[31] 12

4. Perpetuatio fori

Der Grundsatz der perpetuatio fori, wonach das einmal zuständige Gericht für die Dauer des Prozesses zuständig bleibt,[32] gilt auch für die sachliche Zuständigkeit (dann auch perpetuatio competentiae genannt).[33] Die perpetuatio fori schliesst aber nicht aus, dass ein zunächst unzuständiges 13

28. BGE 140 III 159 E. 4.2.4.
29. Urteil 4A_229/2017 vom 7.12.2017 E. 3.4.
30. Schneuwly, N. 236.
31. Schneuwly, N. 242; SK-Vetter, N. 19 i.f. zu Art. 6 ZPO.
32. BGE 129 III 404 E. 4.3.1.
33. Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.4.2.

Gericht im Laufe des Verfahrens zuständig wird. Eine perpetuatio fori der Unzuständigkeit gibt es somit nicht.[34]

B. De- und Prorogation sowie Einlassung

14 Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ist grundsätzlich zwingender Natur,[35] so auch jene des Handelsgerichts.[36] Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte ist sodann grds. eine ausschliessliche.[37] Eine Wahl nach Art. 8 ZPO ist unzulässig.[38] Sowohl die **Derogation** als auch die **Prorogation** des Handelsgerichts sind demnach unwirksam.[39]

15 Art. 6 **Abs. 3** ZPO enthält jedoch eine alternative Zuständigkeit, die zudem zwingend ist.[40] Dass eine Prorogation des Handelsgerichts im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 ZPO damit ausgeschlossen ist, erscheint richtig, da der wahlberechtigten, zumeist marktschwächeren Partei die Besonderheiten eines handelsgerichtlichen Verfahrens (Verlust der kantonalen Rechtsmittelinstanz, eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts, Fachgericht anstelle eines ordentlichen Spruchkörpers) von der marktmächtigeren Gegenpartei nicht sollen aufgezwungen werden können.[41] Eine Derogation des Handelsgerichts ist jedoch unproblematisch. Denn in diesen Fällen gälte für die wahlberechtigte Partei – anders als bei teilzwingenden örtlichen Gerichtsständen – nicht etwa eine für sie nachteiligere Zuständigkeit, sondern bloss die ordentliche Gerichtsbarkeit.[42]

16 Die grundsätzlich zwingende und der Disposition der Parteien entzogene sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte verbietet auch eine **Einlassung** durch die Parteien.[43] Demnach können sich die Parteien weder im Rahmen

34. Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.4.3.
35. BGE 146 III 47 E. 4.2.3 i.f., Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.3.2.
36. BGE 143 III 495 E. 2.2.2.3, 138 III 471 E. 3.1.
37. SK-Vetter, N. 9 zu Art. 6 ZPO.
38. BK-Berger, N. 5 zu Art. 8 ZPO; DK-Brunner/Vischer, N. 6 zu Art. 8 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 1 zu Art. 8 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 1 zu Art. 8 ZPO. A.M. FHB ZPR-Schlumpf, N. 10.20. Vgl. zu Art. 6 Abs. 3 ZPO weiterführend: Schneuwly, N. 260 ff.
39. BGE 142 III 623 E. 2.4 i.f.; Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.3.2.
40. BGE 142 III 623 E. 2.4.
41. Schneuwly, N. 266.
42. Schneuwly, N. 267; gl.M. SK-Vetter, N. 38 zu Art. 6 ZPO.
43. BGE 143 III 495 E. 2.2.3, 142 III 515 E. 2.2.1, 140 III 355 E. 2.4; Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.3.2.

von handelsgerichtlichen Streitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten noch im Rahmen von nicht handelsgerichtlichen Streitigkeiten vor dem Handelsgericht einlassen.[44]

C. Gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Handelsgerichte sind nur für Streitigkeiten nicht aber für gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig.[45] 17

Die Handelsgerichte sind daher namentlich nicht zuständig für: 18

- die Einsetzung eines Sachverständigen zur Prüfung des Werks nach Art. 367 Abs. 2 OR,[46]
- die Abberufung von richterlich eingesetzten Liquidatoren,[47]
- die von den Handelsregisterämtern überwiesenen Organisationsmängelverfahren (ab Januar 2021),[48]
- die von den Handelsregisterämtern überwiesenen Löschungen von Amtes wegen bei Rechtseinheiten ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven nach Art. 934 Abs. 3 OR,[49]
- die Wiedereintragungen nach Art. 935 OR,[50] und

44. Schneuwly, N. 272.
45. In diesem Sinne kann BGE 140 III 550 E. 2 wohl verallgemeinert werden. Vgl. auch Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE190503 vom 20.2.2020 E. II/3, HE170134 vom 28.9.2017 E. 9.6.1 (ZR 2017, S. 257); SK-Vetter, N. 17a zu Art. 6 ZPO.
46. Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE190503 vom 20.2.2020 E. II/3, HE170134 vom 28.9.2017 E. 9.6.1 (ZR 2017, S. 257); Schneuwly, N. 357; SK-Vetter, N. 17a zu Art. 6 ZPO. A.M. (implizit) Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG. 2013.241 vom 4.3.2014 E. 3a und 3b (GVP 2014, S. 220 f.).
47. Vgl. BGE 117 II 163 E. 1; Urteil 4A_143/2013 vom 30.9.2013 E. 2.2 (betr. Ernennung eines Liquidators nach Art. 583 Abs. 2 OR); SK-Vetter, N. 17a zu Art. 6 ZPO. A.M. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE180406 vom 5.12.2018 E. 3 (betr. Ernennung eines Liquidators nach Art. 583 Abs. 2 OR); Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 7 zu Art. 741 OR; Schneuwly, N. 346 f.
48. Anstatt vieler: Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 23 293 vom 14.2.2024 E. 4.2.3; Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden ZK 2 23 20 vom 6.5.2024 E. 2; Domenig/Gür, S. 172; Schneuwly, N. 355; SK-Vetter, N. 17a zu Art. 6 ZPO; Zürcher, S. 18.
49. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE220023 vom 6.5.2022 E. 2 (ZR 2022, Nr. 50, S. 192 ff.); SK-Vetter, N. 17a zu Art. 6 ZPO.
50. BGE 140 III 550 E. 2.

- die Kraftloserklärung von Schuldbriefen, Wertpapieren und Versicherungspolicen.[51]

19 Demgegenüber können die Handelsgerichte für folgende Streitigkeiten zuständig sein:

- die Anordnung der Auskunfts- und Einsichtserteilung nach Art. 697b OR,[52]
- die Einsetzung eines Sachverständigen zur Sonderuntersuchung nach Art. 697c Abs. 2 bzw. die Anordnung einer Sonderuntersuchung nach Art. 697d Abs. 1 OR,[53]
- die richterliche Einberufung einer Generalversammlung,[54]
- die Abberufung von Liquidatoren nach Art. 741 Abs. 2 OR, deren Mandat auf Gesetz, Statuten, Gesellschaftsbeschluss oder Vertrag beruhen,[55]
- die Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG,[56] und
- die von einem Aktionär oder einer Gläubigerin eingeleiteten Organisationsmängelverfahren.[57]

D. Vollstreckung

20 Weil die Handelsgerichte nur für materiellrechtliche Streitigkeiten zuständig sind (Art. 6 ZPO)[58] und die staatliche Vollstreckung gerade nicht die Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse zum Gegenstand hat, sondern die zwangsweise Durchsetzung von gerichtlich anerkannten oder anderweitig vollstreckbaren materiellrechtlichen Ansprüchen umfasst,[59] also der Schaffung von Fakten

51. Schneuwly, N. 349; SK-Vetter, N. 17a zu Art. 6 ZPO. A.M. SHK-Härtsch, N. 33 zu Art. 6 ZPO.
52. Umstritten ob eine Zivilstreitigkeit vorliegt; vgl. Schneuwly, N. 329 f. m.w.N.
53. Umstritten ob eine Zivilstreitigkeit vorliegt; vgl. Schneuwly, N. 333 ff. m.w.N.
54. Umstritten ob eine Zivilstreitigkeit vorliegt; vgl. Schneuwly, N. 339 ff. m.w.N.
55. Schneuwly, N. 345.
56. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200205 vom 18.3.2021 E. 2.2; Baeckert, N. 239; Schneuwly, N. 350 f.
57. Anstatt vieler: Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 23 293 vom 14.2.2024 E. 4.2.3; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HSU.2019.106 vom 15.10.2015 E. 1; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE190282 vom 16.9.2019; Schneuwly, N. 352 und 354; SK-Vetter, Art. 17a zu Art. 6 ZPO. Beachte aber, dass im Kanton Bern derzeit auch noch die streitigen Organisationsmängelverfahren den Regionalgerichten zugewiesen sind (Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ/BE; vgl. auch N. 78).
58. Schneuwly, N. 319.

dient,[60] sind die Handelsgerichte hierfür sachlich grundsätzlich nicht zuständig.[61]

1. Realvollstreckung

Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 267 ZPO sehen für die **direkte** Realvollstreckung jedoch vor, dass das Erkenntnisgericht auch direkt Realvollstreckungsmassnahmen anordnet. Diese ergehen also nicht in einem separaten Summarverfahren. Die direkte Realvollstreckung kann daher als nachgelagerter Teil eines Erkenntnisverfahrens betrachtet werden und ist von diesem mitumfasst.[62] Die Handelsgerichte sind demnach für die direkte Realvollstreckung sachlich zuständig, wenn sie auch für das entsprechende Erkenntnisverfahren zuständig sind.[63] Sind die Handelsgerichte für die direkte Realvollstreckung zuständig, sind sie es auch für deren Vollzug.[64] 21

Die **indirekte** Realvollstreckung ist demgegenüber nicht mehr Teil des Erkenntnisverfahrens und ergeht in einem eigenständigen, dem Erkenntnisverfahren folgenden Summarverfahren (Art. 338 f. ZPO). Anders als bei der direkten Realvollstreckung kann ein indirektes Realvollstreckungsverfahren keinem rechtshängigen Erkenntnisverfahren mehr zugeordnet werden. Im Gegensatz zu den vorsorglichen Massnahmen vor der Rechtshängigkeit des Erkenntnisverfahrens (vgl. Art. 6 Abs. 5 ZPO), die einer ähnlichen Problematik unterliegen, besteht auch keine gesetzliche Bestimmung, wonach die Handelsgerichte für die indirekte Realvollstreckung der von ihnen gefällten Entscheide zuständig wären. Die Handelsgerichte sind für die indirekte Realvollstreckung daher sachlich nicht zuständig.[65] 22

Da sich die direkte und indirekte Realvollstreckung der Sache nach nicht unterscheiden, überzeugt diese Rechtslage nicht. De lege ferenda drängt sich 23

59. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 47; BSK-Droese, N. 8 zu Art. 335 ZPO; SK-Staehelin, N. 4 zu Art. 335 ZPO.
60. Guldener, Zwangsvollstreckung, S. 37 ff.
61. Schneuwly, N. 361 i.f.
62. Schneuwly, N. 365.
63. Vgl. auch Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210146 vom 16.5.2023 E. 4.3 ff. (ZR 2023, Nr. 45, S. 171 ff.).

für die indirekte Realvollstreckung daher eine Art. 6 Abs. 5 ZPO nachgebildete Bestimmung auf.[66]

2. Gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts

24 **Rein materiellrechtliche** Streitigkeiten mit Bezug zum SchKG stehen mit dem Betreibungsverfahren zwar in Verbindung. Den entsprechenden Entscheiden kommt jedoch volle materielle Rechtskraft zu.[67] Ihnen liegt eine eigentliche materiellrechtliche Streitigkeit zugrunde, womit die Handelsgerichte sachlich zuständig sein können, sofern im Einzelfall die Voraussetzungen von Art. 6 ZPO erfüllt sind.[68] Zu den rein materiellrechtlichen Streitigkeiten zählen etwa die An- und die Aberkennungsklage, die Klage auf Einstellung oder Aufhebung der Betreibung nach Art. 85a SchKG,[69] die Rückforderungsklage des Schuldners nach Bezahlung einer Nichtschuld, die Arrestprosequierungsklage und die Schadenersatzklagen z.B. nach Art. 273 SchKG.[70]

25 Bei **rein betreibungsrechtlichen** Streitigkeiten wird in der Hauptsache nicht über materielles Recht entschieden.[71] Sie können zwar einen Bezug zu einer materiellrechtlichen Streitigkeit haben, weisen aber einen anderen

65. Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210146 vom 16.5.2023 E. 4.4 (ZR 2023, Nr. 45, S. 172 f.); DK-Brunner/Vischer, N. 24a zu Art. 6 ZPO; Schneuwly, N. 366; SK-Vetter, N. 45 zu Art. 6 ZPO.
64. Urteil 4A_331/2022 vom 28.10.2022 E. 5.2.3; wohl auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RV220016 vom 16.3.2023 E. 2.3 i.f. A.M. wohl Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210146 vom 16.5.2023 E. 5 (ZR 2023, Nr. 45, S. 174), wonach die Aussprache einer bereits angedrohten Ordnungsbusse als indirektes Realvollstreckungsverfahren verstanden wird.
66. Schneuwly, N. 367.
67. Amonn/Walther, § 4 N. 48; Blumenstein, S. 106.
68. BK-Berger, N. 27 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 74; SK-Vetter, N. 23 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 9b zu Art. 6 ZPO.
69. Ausführlich Schneuwly, N. 374 ff.; SK-Vetter, N. 23 zu Art. 6 ZPO. A.M. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich PS140023 vom 14.4.2014 E. 2.3.2; Spühler, N. 726. Demnach wird auch die Auffassung vertreten, das Handelsgericht sei für Klagen nach Art. 85a SchKG sachlich nicht zuständig (Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG230115 vom 27.7.2023 E. 4.2, HG190086 vom 20.10.2021 E. 2.1, HG140182 vom 23.2.2015 E. 3.2.3; Daetwyler/Stalder, S. 183 f.).
70. Amonn/Walther, § 4 N. 49; BSK-Mabillard, N. 14 ff. zu Art. 23 SchKG.
71. Blumenstein, S. 107.

Verfahrensgegenstand auf. Sie fallen daher nicht in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte.[72] Zu den rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten gehören etwa das Rechtsöffnungsverfahren, die Konkurseröffnung sowie die Klage auf Feststellung des Vorhandenseins neuen Vermögens nach Art. 265a SchKG.[73] Aus denselben Überlegungen gilt dies auch für **Verfügungen auf einseitigen Antrag**, wie bspw. die Konkurseröffnung in nichtstreitigen Fällen, die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, der Widerruf des Konkurses und das Schlusserkenntnis.[74]

Ihrem Wesen nach sind auch die **betreibungsrechtlichen** Streitigkeiten **mit Reflexwirkung auf das materielle Recht** den betreibungsrechtlichen und nicht den materiellrechtlichen Streitigkeiten zuzuordnen.[75] Denn mit ihnen werden keine materiellrechtlichen Streitigkeiten einer res iudicata zugeführt, sondern über die materielle Rechtslage wird, wenn überhaupt, nur vorfrageweise entschieden.[76] Die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht fallen daher nicht in den Zuständigkeitsbereich der Handelsgerichte.[77] Hierzu gehören etwa die Widerspruchs-, Aussonderungs-, Kollokations- und Anfechtungsklagen.[78] 26

E. Materiellrechtliche Natur des Anspruchs

Gemäss Bundesgericht ist die Natur des Anspruchs kein Anknüpfungspunkt der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO.[79] Richtig daran ist, dass Art. 6 Abs. 2 ZPO grundsätzlich keinen Bezug auf die materiellrechtliche Natur des eingeklagten Anspruchs nimmt und die Handelsgerichte daher unabhängig von der materiellrechtlichen Qualifikation 27

72. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HSU.2014.60 vom 1.7.2014 E. 2.4 (betr. ein Arrestgesuch; BlSchK 2015, S. 77); Schneuwly, N. 387; SK-Vetter, N. 23 und 47 (betr. Arrest) zu Art. 6 ZPO. A.M. MietGer Dielsdorf, MB130001 vom 7.5.2013 E. III/1.3.4 (geschützt durch Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich NG130010 vom 1.7.2013, aufgehoben durch BGE 139 III 457).
73. Amonn/Walther, § 4 N. 52; BSK-Mabillard, N. 45 ff. zu Art. 23 SchKG.
74. Schneuwly, N. 398 f.
75. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150151 vom 5.8.2015 E. 2.8 (aus anderen Gründen aufgehoben durch BGE 142 III 96); Blumenstein, S. 107.
76. Droese, S: 406 ff.; Meier/Hamburger, S. 204 ff.
77. BGE 141 III 527 E. 2.3.
78. Amonn/Walther, § 4 N. 55; BSK-Mabillard, N. 61 ff. zu Art. 23 SchKG.
79. Urteil 5A_592/2013 vom 29.10.2013 E. 5.1. Vgl. aber BGE 140 III 355 E. 2.3.3 betr. vollstreckungsrechtliche Angelegenheiten.

eines Anspruchs sachlich zuständig sein können.[80] Daraus fliesst, dass die Handelsgerichte sowohl für vertragliche als auch für ausservertragliche, bspw. sachenrechtliche Ansprüche, Forderungen aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus culpa in contrahendo sowie aus einer Vertrauenshaftung etc. zuständig sein können.[81]

28 Dieser Grundsatz wurde mit der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO aufgegeben. Neu fallen Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz, nach dem Gleichstellungsgesetz sowie aus der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus der landwirtschaftlichen Pacht aufgrund ihrer materiellrechtlichen Natur nicht mehr in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte (Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO; vgl. N. 66 f.).[82]

29 Ebenso enthält Art. 6 Abs. 4 ZPO eine Liste von materiellrechtlichen Ansprüchen, die zwar optional handelsgerichtliche Streitigkeiten, aber keine handelsrechtlichen Streitigkeiten i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO sind. Wäre es anders, und würden die optional handelsgerichtlichen Streitigkeiten auch handelsrechtliche nach Art. 6 Abs. 2 ZPO darstellen, so wären die Handelsgerichte für diese Streitigkeiten zwingend zuständig und das den Kantonen in Art. 6 Abs. 4 ZPO zugestandene Wahlrecht würde in diesem Umfang ausgehebelt.[83] Weil somit insb. Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften von Art. 6 Abs. 2 ZPO ausgenommen sind, gilt dies konsequenterweise auch für Streitigkeiten aus den übrigen Gesellschaftsformen, deren Tätigkeiten typischerweise keinen oder bloss einen weniger engen Bezug zum Handelsrecht aufweisen (bspw. Vereine und einfache Gesellschaften), und für Streitigkeiten aus dem Stiftungsrecht.[84] De lege ferenda könnte es indessen durchaus sinnvoll sein,

80. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG.2021.39 vom 14.11.2023 E. 2.2.5; Schneuwly, N. 409.
81. Vgl. bspw. Urteil 5A_592/2013 vom 29.10.2013 E. 5.1; BK-Berger, N. 24 f. zu Art. 6 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 6 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 13 ff. zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 65 und 72; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 6 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 21 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 8 zu Art. 6 ZPO.
82. Kritisch hierzu Schneuwly, N. 806.
83. Schneuwly, N. 410. Im Ergebnis gl.M. betr. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO, a.M. aber betr. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG.2021.39 vom 14.11.2023 E. 2.2.5.1 ff.

den Kantonen die Möglichkeit zu gewähren, gewisse dieser Streitigkeiten den Handelsgerichten zuzuweisen. Dies gilt bspw. für Streitigkeiten im Innenverhältnis einer Bau-ARGE oder für Streitigkeiten aus einem als einfache Gesellschaft zu qualifizierenden Aktionärbindungsvertrag.[85]

F. Kompetenzattraktion und Zuständigkeitskonkurrenz

Im Falle einer materiellrechtlichen Normenkonkurrenz[86] kann eine Klage mehrfach begründet sein.[87] Richtet sich die sachliche Zuständigkeit auch oder ausschliesslich nach der relevanten Rechtsmaterie, so kann sich die Frage stellen, welches Gericht wofür zuständig ist. 30

Nach dem Grundsatz der **Kompetenzattraktion** haben die Gerichte den vorgebrachten Sachverhalt umfassend rechtlich zu würdigen und auch jene Anspruchsgrundlagen zu prüfen, für die sie, separat betrachtet, sachlich nicht zuständig wären (vgl. auch Art. 57 ZPO).[88] Handelsgerichte haben bei mehrfach begründeten Klagen daher sämtlichen Anspruchsgrundlagen nachzugehen, selbst wenn sie für einzelne, separat betrachtet, sachlich nicht zuständig wären.[89] 31

Welches Gericht zur Beurteilung einer mehrfach begründeten Klage sachlich zuständig ist, besagt der Grundsatz der Kompetenzattraktion aber nicht, sondern wird durch die **Zuständigkeitskonkurrenz** gelöst:[90] 32

- Soweit ein (sich auf Bundesrecht stützendes) Handelsgericht mit einem sich auf kantonales Recht stützenden Gericht (ordentliche Gerichte) konkurriert, geht die handelsgerichtliche Zuständigkeit vor.[91] Alternativität

84. Schneuwly, N. 412.
85. Schneuwly, N. 414.
86. Vgl. hierzu Mauchle, passim; Zemp, N. 10 ff.
87. Entscheid des Bezirksgerichts Zürich CG170019 vom 4.3.2020 E. III/1.3.4.2 (ZR 2020, S. 176); Zemp, N. 83 ff. m.w.N.
88. BGE 137 III 311 E. 5.2.1; Urteil 4A_484/2018 vom 10.12.2019 E. 5.4 m.w.N.
89. BK-Berger, N. 32 zu Art. 6 ZPO; Zürcher, S. 10.
90. Zemp, N. 555.
91. Vgl. etwa BGE 140 III 155 E. 4.3. Weitergehend Schneuwly, N. 427 f. Anders etwa Entscheid des Bezirksgerichts Meilen ET220001 vom 31.3.2022 E. III/2.2 ff. (ZR 2022, S. 226 f.), wonach im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 ZPO auf den Schwerpunkt der Begründung des Gesuchs abzustellen sei (i.c. Persönlichkeitsverletzung vs. unlauterer Wettbewerb; «jedenfalls nicht offensichtlich unzuständig»).

besteht nur im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 ZPO,[92] wobei der klagenden Partei ein Wahlrecht zukommt.

- Im Verhältnis zum Bundespatentgericht wird die Zuständigkeitskonkurrenz durch Art. 26 PatGG geregelt. Für Bestandes- und Verletzungsklagen sowie für Klagen auf Erteilung einer Lizenz betreffend Patente, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer solchen Klage und die Vollstreckung solcher Entscheide ist das Bundespatentgericht ausschliesslich zuständig (Art. 26 Abs. 1 PatGG). Werden vor einem Handelsgericht Vorfragen und Einreden betreffend Patentnichtigkeit und -verletzung relevant, so sind diese innert Frist dem Bundespatentgericht vorzulegen, andernfalls sie unberücksichtigt bleiben (Art. 26 Abs. 3 PatGG). Wird die Patentnichtigkeit oder -verletzung widerklageweise geltend gemacht, sind Wider- und Hauptklage an das Bundespatentgericht zu überweisen (Art. 26 Abs. 4 PatGG). In diesem Umfang geht die Zuständigkeit des Bundespatentgerichts jener der Handelsgerichte vor. Liegt demgegenüber eine mehrfach begründete Klage im Zusammenhang mit Art. 26 Abs. 2 PatGG vor, besteht Alternativität zwischen der Zuständigkeit des Bundespatentgerichts und den Handelsgerichten, wobei die klagende Partei die Wahl hat.[93]
- Zwischen dem Handelsgericht und einer einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 ZPO besteht Alternativität.[94]
- Die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 7 ZPO geht jener des Handelsgerichts vor.[95]
- Zwischen der Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO und der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 8 ZPO besteht Alternativität.[96]

92. Schneuwly, N. 429.
93. Entscheid des Bundespatentgerichts S2022_006 vom 12.10.2022 E. 4; Stieger, S. 11; Zemp, N. 567 m.w.N.
94. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19.2.1970 (ZR 1970, S. 63 f.); SK-Wey, N. 8 zu Art. 5 ZPO (betreffend immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten). Im Ergebnis gl.M. SK-Vetter, N. 43 zu Art. 6 ZPO.
95. Schneuwly, N. 438.
96. Gl.M. BK-Berger, N. 5 zu Art. 8 ZPO; Hug, S. 25; Niklaus, S. 53. A.M. SK-Rüetschi, N. 14 zu Art. 8 ZPO.

III. HANDELSRECHTLICHE STREITIGKEITEN (ART. 6 ABS. 2 ZPO)

Art. 6 Abs. 2 ZPO definiert, wann eine Streitigkeit handelsrechtlich ist.[97] Die einzelnen Definitionsmerkmale gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO müssen kumulativ[98] und zumindest einmal gleichzeitig vorliegen (vgl. N. 12). 33

Sowohl beim Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit als auch bei den einzelnen Voraussetzungen derselben (Art. 6 Abs. 2 lit. a–d ZPO) handelt es sich um Begriffe des Bundesrechts.[99] 34

Eine parallele bzw. konkurrierende Zuständigkeitsregelung der Kantone ist aufgrund der zwingenden Natur der handelsgerichtlichen Zuständigkeit ausgeschlossen.[100] Den Kantonen ist es auch verwehrt, die handelsrechtliche Streitigkeit enger zu umschreiben als von Bundesrechts wegen vorgegeben, indem bspw. zusätzliche Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte aufgestellt werden.[101] Unzulässig ist aber auch eine weitere Umschreibung der handelsrechtlichen Streitigkeit.[102] 35

A. Geschäftliche Tätigkeit (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO)

1. Grundlagen

Handelsrechtlich ist eine Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO nur, wenn sie die geschäftliche Tätigkeit einer Partei betrifft. Damit wird erstens die Ausübung einer geschäftlichen Tätigkeit durch mindestens eine der Parteien und zweitens die Betroffenheit mindestens einer geschäftlichen Tätigkeit von der Streitigkeit verlangt.[103] 36

Beim Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit handelt es sich um eine inhaltliche Eigenschaft der Streitigkeit. Der Zweck von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO besteht darin, den Handelsgerichten als Fachgerichten möglichst nur jene Streitigkeiten zuzuweisen, die sie aufgrund ihres spezifischen Fachwissens 37

97. BGE 140 III 550 E. 2.3, 138 III 694 E. 2.6 f.
98. BGE 142 III 96 E. 3.3, 138 III 694 E. 2.1; Urteil 4A_234/2013 vom 20.1.2014 E. 2.1.
99. BGE 140 III 550 E. 2.3, 140 III 355 E. 2.2, 139 III 457 E. 3.2.
100. BGE 140 III 155 E. 4.3.
101. BGE 140 III 355 E. 2.2.
102. BGE 138 III 471 E. 5.1.
103. Schneuwly, N. 695.

idealerweise kompetenter beurteilen können. Dabei ist eine gewisse Abstraktion zugunsten der Rechtssicherheit unerlässlich.[104]

38 Fraglich ist, in welchem Zeitpunkt die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit einer Partei betreffen muss. Die Eigenschaft des geschäftlichen Bezugs einer Streitigkeit wird aus dem der Streitigkeit zugrundeliegenden Anspruch abgeleitet. Es rechtfertigt sich, betreffend den massgebenden Zeitpunkt auf den Entstehungszeitraum des Anspruchs abzustellen. In diesem Zeitpunkt bestimmt sich somit, ob die Streitigkeit einen Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit aufweist oder nicht.[105] Spätere Geschäftsaufgaben oder -aufnahmen bleiben damit ausser Acht.[106]

39 Nicht relevant ist, wessen geschäftliche Tätigkeit alles betroffen ist, solange dies auf mindestens eine Partei zutrifft.[107]

2. Vorliegen einer geschäftlichen Tätigkeit

40 *Geschäftlich* bedeutet, dass eine auf Gewinn abzielende Unternehmung vorliegen muss. Gemeint ist eine auf Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit.[108] Die *Tätigkeit* grenzt den Sachverhalt zudem von der Wahrnehmung einmaliger Geschäfte ab. Das Geschäftetreiben ist sodann unter den weiteren Begriff des Gewerbes[109] zu subsumieren. Art. 2 lit. a HRegV definiert dieses als eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Es geht also nicht um den engeren Begriff des Gewerbes, den eigentlichen Handwerksbetrieb, sondern um die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit an sich. Eine Erwerbsabsicht genügt. Tatsächliches Erzielen eines Erwerbs oder Gewinns ist nicht notwendig.[110] Bei der Beurteilung kommt es nicht auf den Handelsregistereintrag, sondern einzig auf die tatsächliche Tätigkeit an.[111]

---

104. Schneuwly, N. 696 ff.
105. Schneuwly, N. 254 f.
106. Vgl. auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19.1.1929 (ZR 1929, S. 333), vom 24.5.1910 (ZR 1910, S. 159).
107. BGE 142 III 96 E. 3.3.2.
108. Ähnlich bereits Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern vom 13.3.1963 E. 2 (ZBJV 1964, S. 196 f.).
109. Vgl. zur Differenzierung des weiteren und des engeren Begriffs des Gewerbes SHK-Turin, N. 4 zu Art. 2 HRegV.
110. Schneuwly, N. 729 f. Vgl. ferner Siffert, Art. 931 N. 17; SHK-Turin, N. 5 zu Art. 2 HRegV; Zollinger, N. 285.

Keine geschäftliche Tätigkeit liegt somit namentlich vor, i) wenn Organisationen nur ideelle und keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben und damit nicht auf das Erzielen eines Erwerbs ausgerichtet sind,[112] ii) beim staatlichen Leistungssektor, solange dieser nicht auf das Erzielen eines Erwerbs ausgerichtet ist und zwar auch dann, wenn er privatrechtlich organisiert ist (bspw. Kantonsspitäler)[113] und iii) wenn bloss einmalige Geschäfte wahrgenommen werden, wobei im Einzelfall eine andauernde einmalige Geschäftsmöglichkeit unter Umständen den Charakter einer eigentlichen geschäftlichen Tätigkeit annehmen kann.[114] 41

Welcher Geschäftsart die Tätigkeit zuzuordnen ist, spielt nach Art. 6 Abs. 2 ZPO keine Rolle. Es kann sich um Handels-, Industrie-, Gewerbe- oder andere Betriebe handeln, um Produzenten oder Dienstleistungserbringer, um Freiberufler oder auch um Angehörige des Primärsektors.[115] Daraus fliesst, dass die Handelsgerichte heute nicht mehr spezielle Gerichte für den Handels- und Kaufmannsverkehr sind, sondern Gerichte für den allgemeinen Geschäftsverkehr.[116] 42

3. Bezug zur Streitigkeit

Mit der Betroffenheit der geschäftlichen Tätigkeit wird eine gewisse Beziehung zwischen der Streitigkeit und der geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei verlangt. Der vorausgesetzte Bezug braucht nicht stark zu sein; eine unmittelbare Betroffenheit ist nicht vorausgesetzt. Es genügt vielmehr ein mittelbarer, irgendwie gearteter geschäftlicher Bezug.[117] Die Streitigkeit kann daher auch nur Neben- oder Hilfsgeschäfte betreffen. Auf die charakteristische Leistung kommt es nicht an.[118] Der Wortlaut von Art. 43

111. Entscheid der Appellationskammer des Kantons Zürich vom 24.5.1911 (ZR 1912, S. 90); Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16.11.1961 (SJZ 1962, S. 173); Şenel, N. 245.
112. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 2.3.1998 E. II/5 (ZR 1998, S. 277); SHK-Härtsch, N. 21 zu Art. 6 ZPO; Schneuwly, N. 731 f.
113. Schneuwly, N. 733. Vgl. auch BGE 35 I 384 E. 4 betreffend die SBB. A.M. SK-Vetter, N. 21 zu Art. 6 ZPO.
114. Schneuwly, N. 731 und 734.
115. Schneuwly, N. 742 f.; SK-Vetter, N. 21 zu Art. 6 ZPO.
116. Schneuwly, N. 743 i.f.
117. Urteil 5A_71/2016 vom 23.9.2016 E. 3.1. Vgl. auch Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2017.41 vom 12.6.2018 E. 1.2.1.2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LB150068 vom 4.1.2016 E. 3b.

6 Abs. 2 lit. a ZPO bietet jedenfalls kaum Anhaltspunkte, um die handelsgerichtliche Zuständigkeit zu begrenzen, sobald eine Partei eine Handelsgesellschaft ist und ihre Aussenbeziehungen betroffen sind.[119] Diese Lösung opfert die Einzelfallgerechtigkeit zugunsten einer einfachen Zuständigkeitsregelung und damit der Rechtsicherheit. Eine Streitigkeit kann somit auch dann eine handelsrechtliche i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO sein, wenn ihr diese Eigenschaft an sich nicht zukommt.[120]

44 Kein Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit liegt demgegenüber bei sog. Privatgeschäften vor.[121] Ob ein Privatgeschäft vorliegt, ist immer aus der Sicht beider Parteien zu beantworten: Liegt für eine Partei ein Privatgeschäft vor, kann das Geschäft dennoch einen Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit der anderen Partei haben. Nur, wenn das Geschäft für beide Parteien ein Privatgeschäft darstellt, ist der Bezug zu einer geschäftlichen Tätigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO zu verneinen. Vor allem bei Inhabern eines Einzelunternehmens ist zwischen ihrer Privat- und Geschäftssphäre zu unterscheiden, da Einzelunternehmen nicht rechtsfähig sind.[122] Massgebend sind die konkreten Umstände.[123]

B. Streitwerterfordernis (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO)

1. Grundlagen

45 Vor der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO verlangte aArt. 6 Abs. 2 lit. b dem Wortlaut nach, dass gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen stehe. Diese Formulierung führte zu zahlreichen Unklarheiten, die teilweise bis zur Revision der ZPO ungeklärt blieben.[124] Mit dem neuen Wortlaut hat der Gesetzgeber Klarheit geschaffen: Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO enthält ein reines Streitwerterfordernis.

118. BGE 139 III 457 E. 3.2. A.M. BGE 138 III 471 E. 1.1; Urteile 4A_581/2022 vom 2.6.2023 E. 3.2, 5A_592/2013 vom 29.10.2013 E. 5.1; Baumgartner et al., § 17 N. 154; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 5 zu Art. 6 ZPO; FHB ZPR-Schlumpf, N. 10.25; BSK-Vock/Aepli, N. 8 zu Art. 6 ZPO.
119. BGE 140 III 355 E. 2.3.1.
120. BGE 142 III 96 E. 3.3.2.
121. BGE 142 III 96 E. 3.3.2.
122. Gl.M. wohl BGE 142 III 96 E. 3.3.5; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150151 vom 5.8.2015 E. 2.16 f. (ZR 2015, S. 230 f., aus anderen Gründen aufgehoben durch BGE 142 III 96); KUKO-Haas/Schlumpf, N. 7 zu Art. 6 ZPO.
123. Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 61; BSK-Vock/Aepli, N. 8 zu Art. 6 ZPO.
124. Ausführlich hierzu Schneuwly, N. 442 ff. und 467 ff.

Gemäss Bundesgericht bemisst sich der Streitwert für die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Klageeinreichung und muss das Streitwerterfordernis bereits bei Klageeinleitung erfüllt sein.[125] Dies vermag nicht zu überzeugen, zumal nicht erkennbar ist, weshalb Wertsteigerungen im Laufe des Verfahrens nicht zuständigkeitsbegründend wirken sollen. Sodann können sich die Parteien nach Art. 91 Abs. 2 ZPO über den Streitwert einigen, was naturgemäss erst nach der Klageeinleitung geschieht. Drittens sieht die ZPO für gewisse Fälle vor, dass sich die sachliche Zuständigkeit mit der Änderung des Streitwerts nach der Klageeinleitung verändert (bspw. Art. 85 Abs. 2, Art. 227 Abs. 2 und 3 ZPO).[126] Der Zuständigkeitsstreitwert braucht die vorausgesetzte Höhe daher erst dann zu erreichen, wenn das Handelsgericht erstmals über seine sachliche Zuständigkeit entscheidet.[127] Aufgrund der perpetuatio fori lässt eine nachträgliche Reduktion des Streitwerts die einmal begründete sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht entfallen.[128] 46

2. Mindeststreitwert

Nach Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO muss der Streitwert *mehr* als Fr. 30'000.00 betragen, damit die Streitigkeit als handelsrechtlich qualifiziert werden kann. Beträgt der Streitwert genau Fr. 30'000.00 liegt keine handelsrechtliche Streitigkeit vor. Der Streitwert berechnet sich nach den Regeln der ZPO (Art. 4 Abs. 2 ZPO). 47

Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO hält ausdrücklich fest, dass das Streitwerterfordernis nur für vermögensrechtliche Streitigkeiten gilt. **Nichtvermögensrechtliche** Streitigkeiten gelten demnach bereits dann als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Gleichzeitig darf es sich nicht um eine Streitigkeit nach Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO handeln. 48

125. BGE 141 III 137 E. 2.2, 139 III 67 E. 1.2; Urteil 4A_401/2019 vom 9.12.2019 E. 5.3.2.
126. Vgl. auch Schneuwly, N. 246 m.w.N.
127. Schneuwly, N. 243 f. m.w.N.
128. BK-Berger, N. 37 zu Art. 6 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 9a zu Art. 6 ZPO; OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 10 zu Art. 6 ZPO; Schneuwly, N. 247; SK-Vetter, N. 27 zu Art. 6 ZPO; Vetter/Brunner, S. 257. A.M. BSK-Vock/Aepli, N. 10a zu Art. 6 ZPO.

3. Vorschlag de lege ferenda

49 Bereits vor der Einführung der ZPO sahen die vier Handelsgerichtskantone für die allgemeine Zuständigkeit ihrer Handelsgerichte ein Streitwerterfordernis vor. Dieses diente vor allem der Regulierung der Geschäftslast der Handelsgerichte durch die Einschränkung ihrer sachlichen Zuständigkeit.[129] Diesem Zweck dient auch das Streitwerterfordernis von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, zumal sich der Gesetzgeber an den bisherigen kantonalen Vorschriften orientierte.[130] Die Geschäftslast der Handelsgerichte ist indessen keine bundesrechtliche Angelegenheit, sondern eine kantonale. Die Regelung durch Bundesrecht ist daher fraglich. Das eher hohe Streitwerterfordernis von mehr als Fr. 30'000.00 dürfte zudem – mangels ausreichender Geschäftslast – einer Einführung neuer Handelsgerichte in anderen Kantonen entgegenstehen,[131] obwohl es dem Bundesrat bei der Einführung der ZPO ein wichtiges Anliegen war, die Handelsgerichtsbarkeit aufzuwerten.[132] Im Übrigen ist nicht recht nachvollziehbar, weshalb nur für handelsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, nicht aber für die optional handelsgerichtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 ZPO ein bundesrechtliches Streitwerterfordernis gilt.

50 Demnach wäre es überlegenswert, Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO aufzugeben[133] und es den Kantonen zu überlassen, allenfalls ein Streitwerterfordernis zur Regulierung der Geschäftslast vorzusehen oder auf ein solches zufolge dessen Systemwidrigkeit[134] zu verzichten.

C. Eintrag im Handelsregister (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO)

1. Grundlagen

51 Der Zweck von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO liegt in der Einschränkung des Zugangs zum Handelsgericht auf Personen, die im Handelsregister eingetragen sind, wobei diese vom Nachweis ihrer Kaufmanns- oder Gewerbequalität befreit werden.[135]

---

129. Schneuwly, N. 181, 446 ff. und 467.
130. Botschaft ZPO, S. 7261.
131. Ausführlich Schneuwly, N. 560 ff.
132. Botschaft ZPO, S. 7261.
133. Vgl. bereits economiesuisse, S. 121.
134. Şenel, N. 266; Schneuwly, N. 565; Ziswiler, S. 111.

Es kommt einzig auf den tatsächlichen Eintrag an.[136] Aus welchen Gründen der Eintrag erfolgte, ist irrelevant.[137] Er kann aufgrund einer Eintragungspflicht oder freiwillig erfolgt sein, konstitutive oder bloss deklaratorische Wirkung haben, berechtigt, unberechtigt, falsch oder von Amtes wegen erfolgt sein.[138] Irrelevant ist auch, aus welchen Gründen ein allfälliger Handelsregistereintrag noch nicht erfolgt ist. Das Vorliegen einer Eintragungspflicht genügt nicht, um die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte zu begründen.[139] 52

Die Einträge im schweizerischen Handelsregister sind offenkundig und müssen daher weder behauptet noch bewiesen werden.[140] Einträge in ausländischen Registern sind demgegenüber nicht offenkundig und müssen stets behauptet und nachgewiesen werden.[141] 53

Die Parteien müssen spätestens im Zeitpunkt, in dem das Handelsgericht erstmals über seine sachliche Zuständigkeit entscheidet bzw. vor Beginn der entsprechenden Urteilsberatung,[142] im Handelsregister eingetragen sein.[143] Aufgrund der perpetuatio fori lässt eine nachträgliche Löschung aus dem Handelsregister die einmal begründete sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht entfallen.[144] Eine solche Löschung kann jedoch in einem Verfahren vor einem ordentlichen Gericht dessen Zuständigkeit 54

135. Schneuwly, N. 588 f.
136. Entscheide des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG.2021.39 vom 14.11.2023 E. 2.2.2, HG.2014.115 vom 30.6.2014 E. 2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LB120060 vom 30.8.2012 E. 3.2.1; Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 25.5.2012; SHK-Härtsch, N. 19 zu Art. 6 ZPO; Şenel, N. 221; SK-Vetter, N. 26 zu Art. 6 ZPO.
137. Entscheide des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG.2021.39 vom 14.11.2023 E. 2.2.2, HG.2014.115 vom 30.6.2014 E. 2; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 55; Şenel, N. 221; SK-Vetter, N. 26 zu Art. 6 ZPO.
138. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE230036 vom 6.6.2023 E. 3.6 (ZR 2023, Nr. 40, S. 162); Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich LB150074 vom 25.1.2016 E. 3.5.3, LB120060 vom 30.8.2012 E. 3.2.1; BK-Berger, N. 18 zu Art. 6 ZPO; DK-Brunner/Vischer, N. 20 zu Art. 6 ZPO; PC-Chabloz, N. 17 zu Art. 6 CPC; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 10 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 19 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 55; Şenel, N. 221; BSK-Vock/Aepli, N. 11 und 14 i.f. zu Art. 6 ZPO.
139. Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 25.5.2012; SHK-Härtsch, N. 19 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 50.
140. BGE 140 III 602 E. 7.3.1 (nicht publ.), 138 III 294 E. 2.2 (nicht publ.); Urteil 5A_606/2019 vom 3.12.2019 E. 3.2.
141. Urteil 4A_639/2023 vom 3.4.2024 E. 2; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 54; Vetter/Brunner, S. 258.
142. Schneuwly, N. 233 ff.; SK-Vetter, N. 27 zu Art. 6 ZPO.

begründen.[145] War ein ordentliches Gericht einmal zuständig, so bleibt es dies, selbst wenn nach einer nachträglichen Eintragung einer Partei im Handelsregister alle Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt wären (perpetuatio fori).[146]

55 Das Erfordernis des Handelsregistereintrags bezieht sich auf die Parteien. Keine Parteien sind insb. die Parteivertreter, weshalb es in Vertretungsfällen nur auf den Eintrag des Vertretenen ankommt.[147] Weiter müssen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO beide Parteien im Handelsregister eingetragen sein. Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen, hat die klagende Partei nach Art. 6 Abs. 3 ZPO die Wahl. Ist aber nur die klagende Partei eingetragen, ist die Streitigkeit von vornherein keine handelsrechtliche.[148]

2. Eintrag im schweizerischen Handelsregister

56 Der mit der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO geänderte Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO verlangt, dass die Parteien als *Rechtseinheiten* im Handelsregister eingetragen sind. Abzustellen ist demnach nicht mehr auf die Firma, sondern auf die Rechtseinheit i.S.v. Art. 927 Abs. 2 OR. Dabei muss der Handelsregistereintrag die Partei nicht als Unternehmen bzw. Subjekt ausweisen, das ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe i.S. von Art. 931 OR betreibt.[149]

---

143. Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.5.2; KUKO-Domej, N. 4 i.f. zu Art. 59 ZPO; SK-Vetter, N. 27 zu Art. 6 ZPO. A.M. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 12 127 vom 9.12.2012 E. II/3 (CAN 2013, S. 145); Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG.2011.261 vom 21.10.2013 E. II/2e/aa; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LB120060 vom 30.8.2012 E. 3.2.1; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150179 vom 23.10.2015 E. 3.21 (ZR 2016, S. 20 f.); BK-Berger, N. 17 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 19 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 57; OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 11 zu Art. 6 ZPO; Şenel, N. 220 f.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 8 i.f. zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 14 zu Art. 6 ZPO (je Eintritt der Rechtshängigkeit).
144. BK-Berger, N. 17 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 19 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 57; OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 11 zu Art. 6 ZPO; Şenel, N. 220 f.; SK-Vetter, N. 27 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 14 zu Art. 6 ZPO.
145. Schneuwly, N. 249.
146. Schneuwly, N. 250.
147. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LB150005 vom 20.3.2015 E. 3.2.2.
148. Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 15 28 vom 19.3.2015 E. 7 (CAN 2015, S. 147), HG 12 127 vom 9.12.2012 E. II/3 (CAN 2013, S. 145); BK-Berger, N. 20 i.f. zu Art. 6 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 11 i.f. zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 31 zu Art. 6 ZPO.

Es gelten daher folgende Handelsregistereinträge als ausreichend: 57

- Einzelunternehmen,
- Kollektivgesellschaften,
- Kommanditgesellschaften,
- Aktiengesellschaften,
- Kommanditaktiengesellschaften,
- Gesellschaften mit beschränkter Haftung,
- Genossenschaften,
- Vereine,
- Stiftungen,
- Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen,
- Investmentgesellschaften mit festem Kapital,
- Investmentgesellschaften mit variablem Kapital,
- Institute des öffentlichen Rechts, und
- Zweigniederlassungen.

In Bezug auf die **Einzelunternehmen** ist zu ergänzen, dass zwar nur diese – und nicht deren Inhaber – als Rechtseinheit im Handelsregister eingetragen sind, aber nicht sie, sondern deren Inhaber im Zivilverfahren Partei sind. Mit der ZPO-Revision war jedoch nicht beabsichtigt, die Inhaber von Einzelunternehmen von der handelsgerichtlichen Zuständigkeit auszunehmen,[150] sodass aus dieser Ungenauigkeit keine Rechtsfolgen betreffend die Zuständigkeit abzuleiten sind. Genügt somit der Handelsregistereintrag als Inhaber eines Einzelunternehmers den 58

149. Gl.M. Beschluss des Bezirksgerichts Horgen CG230014 vom 4.7.2024 E. 4.2.3 (ZR 2024, Nr. 44; S. 176); Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE230036 vom 6.6.2023 E. 3.5 f. (ZR 2023, Nr. 40, S. 161 f.); Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG. 2014.115 vom 30.6.2014 E. 2; SK-Vetter, N. 24 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 11a zu Art. 6 ZPO. A.M. BGE 138 III 694 E. 2.7; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LB150074 vom 25.1.2016 E. 3.5.1; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110163 vom 25.10.2011 E. 4; BK-Berger, N. 9 zu Art. 6 ZPO; Berger et al., N. 181; Daetwyler/Stalder, S. 192; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 10a zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 21 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 53; OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 11 zu Art. 6 ZPO.

150. Botschaft RE-ZPO, S. 2727.

Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO und betrifft die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit der Gegenpartei, so haben die Inhaber von Einzelunternehmen selbst für private Angelegenheiten kein Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO und müssen sich auch für solche unter Umständen vor den Handelsgerichten verantworten.[151]

59 Was die **Zweigniederlassungen** anbelangt, so verfügen diese über keine eigenständige Persönlichkeit; sie sind nicht parteifähig i.S.v. Art. 66 ZPO. Auf ihren Handelsregistereintrag kommt es daher nicht an.[152] Betrifft die Streitigkeit eine Zweigniederlassung, so ist vielmehr auf den Handelsregistereintrag jener Person abzustellen, von der die Zweigniederlassung ein Teil ist.[153]

60 Wird der Eintrag einer Rechtseinheit im Handelsregister mit dem Zusatz **«in Liquidation»** ergänzt, ist sie gleichwohl noch eingetragen i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO.[154] Fällt eine Person in Konkurs, so bleibt diese m.E. die massgebende Verfahrenspartei, die im Umfang der Konkursmasse nunmehr aber durch die Konkursverwaltung vertreten wird. Es erfolgt weder ein Parteiwechsel noch liegt eine Prozessstandschaft vor. Auch ist nicht die Konkursmasse als solche Verfahrenspartei. Demnach kommt es alleine auf den Handelsregistereintrag des Gemeinschuldners an (umstritten).[155]

61 Weil es sich bei den folgenden Handelsregistereinträgen um keine Rechtseinheiten handelt, genügen sie den Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO nicht:

- Einträge als Organpersonen (bspw. Verwaltungsratsmitglieder), Vertreter (bspw. Prokuristen, Direktoren) oder als Personen mit ähnlichen Funktionen (bspw. Sachwalter), und
- Einträge als Gesellschafter von Personengesellschaften und juristischen Personen (bspw. Kollektivgesellschafter, geschäftsführende Gesellschafter).

151. Schneuwly, N. 661; BSK-Vock/Aepli, N. 12 zu Art. 6 ZPO (kritisch).
152. A.M. SHK-Härtsch, N. 24 zu Art. 6 ZPO.
153. Schneuwly, N. 685.
154. BGE 142 III 96 E. 3.2; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150151 vom 5.8.2015 E. 2.12 (ZR 2015, S. 229; aus anderen Gründen aufgehoben durch BGE 142 III 96).
155. Vgl. ausführlich Schneuwly, N. 669 ff. m.w.N.

3. Eintrag in einem vergleichbaren ausländischen Register

Nach Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO ist dem Eintrag in das schweizerische Handelsregister der Eintrag in einem «vergleichbaren ausländischen Register» gleichgestellt. Verlangt wird aber auch in diesem Fall ein Registereintrag, weshalb bloss irgendwie geartete Beweismittel darüber, ob eine Partei im Ausland als kaufmännisches Unternehmen anerkannt ist, nicht genügen.[156] Nicht verlangt wird m.E. demgegenüber ein Eintrag im vergleichbaren ausländischen Register *als Rechtseinheit,* da mit dem Begriff der Rechtseinheit explizit auf eine Terminologie des schweizerischen Handelsregisterrechts Bezug genommen wurde.[157] 62

In der Praxis wird die Vergleichbarkeit der Register grosszügig bejaht. Bisher wurden etwa die Register folgender Länder bzw. Gebiete – teilweise nur implizit – als vergleichbar erachtet: Anguilla,[158] Bermuda,[159] Dänemark,[160] Deutschland,[161] England,[162] Französisch-Polynesien,[163] Griechenland,[164] Island,[165] Israel,[166] Italien,[167] Lettland,[168] Liechtenstein,[169] Niederlande,[170] Österreich,[171] Singapur,[172] California Secretary of State database.[173] 63

156. A.M. BK-Berger, N. 19 zu Art. 6 ZPO; Berger et al., N. 184; Schmid, S. 131; Şenel, N. 210.
157. Botschaft RE-ZPO, S. 2727.
158. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150280 vom 8.12.2017 E. 1.2.
159. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150171 vom 2.5.2016 E. A/a und E. 1.1.2.
160. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE210088 vom 21.6.2021 E. 1.1 und E. 2.1.
161. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2018.3 vom 2.5.2018 E. 1.2; Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200117 vom 11.1.2021 E. A/a und E. 1.2, HG200102 vom 10.2.2022 E. A/a und E. 1.1, HG150193 vom 9.3.2018 E. A/a und E. 1.1, HG150029 vom 21.10.2015 E. A/a und E. 1.3.2.
162. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2019.45 vom 29.5.2020 E. 1.1.3; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210075 vom 7.12.2021 E. 1.1 und E. 1.5.
163. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190010 vom 23.9.2019 E. 2.1 und E. 3.2.2.
164. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2019.34 vom 20.10.2020 E. 1.2.
165. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200102 vom 10.2.2022 E. A/a und E. 1.1.
166. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200001 vom 22.4.2021 E. A/a und E. 1.1.
167. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2013.40 vom 6.10.2015 E. 1.2.
168. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2016.23 vom 29.3.2017 E. 2.4.
169. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190129 vom 24.9.2021 E. A/a und E. 1.1.2.
170. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140235 vom 5.8.2015 E. 1.1 und E. 3.3.

64 Obwohl es sich bei der Vergleichbarkeit der Register um eine Rechtsfrage handelt, finden sich in den erhältlichen Entscheiden kaum je Ausführungen darüber, weshalb die Vergleichbarkeit bejaht wurde. Es scheint, als würde die Vergleichbarkeit der Register vermutet, sobald es sich um ein Register von Gesellschaften handelt. Die blosse Behauptung, in einem ausländischen Register eingetragen zu sein, genügt demgegenüber nicht.[174]

65 An sich gelten für den Eintrag in einem vergleichbaren ausländischen Register die gleichen Grundsätze wie für einen Eintrag im schweizerischen Handelsregister. Das ausländische Register hat also der Erfassung und Zugänglichmachung handelsrechtlicher Informationen zu dienen, um einzelne Rechtspersönlichkeiten anhand ihrer zentralen Merkmale wie Firma, Sitz, Zweck, Vertretungsberechtigungen oder ähnliches zu identifizieren und über ihre rechtliche Existenz Auskunft zu geben.[175] Da das ausländische Register jedoch nur in etwa die gleiche Funktion wie das schweizerische Handelsregister zu erfüllen hat,[176] müssen die Informationen weder gratis noch im Internet zugänglich oder so ausführlich wie jene des schweizerischen Handelsregisters sein. Es ist auch nicht notwendig, dass das ausländische Register dem Schutz Dritter dient oder Publizitätswirkung i.S.v. Art. 936b OR aufweist, weil dies nicht die Gründe sind, weshalb Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO auf den Handelsregistereintrag verweist.[177] Wer den ausländischen Registerauszug erstellt, spielt ebenfalls keine Rolle. In Betracht kommen Gerichte, ausländische Behörden, Konsulate oder auch Private (bspw. Handelskammern).[178] Irrelevant ist auch, wie der ausländische Registerauszug betitelt wird.[179] Ungenügend dürften allerdings sog. certificates of incumbency sein, da sie meist nur über die Amtsträger einer Gesellschaft Auskunft geben.

171. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2016.23 vom 29.3.2017 E. 2.4; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130110 vom 13.1.2014 E. A/a und E. 1.2.
172. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2013.17 vom 30.10.2014 E. 1.2.
173. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150171 vom 2.5.2016 E. A/a und E. 1.1.2.
174. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LF170079 vom 24.1.2018 E. 3.2 (Land in Zentralafrika).
175. Schneuwly, N. 689 m.w.N.
176. Schmid, S. 131; BSK-Vock/Aepli, N. 13 zu Art. 6 ZPO.
177. Schneuwly, N. 689.
178. BK-Berger, N. 19 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 25 zu Art. 6 ZPO; Schmid, S. 131.
179. SHK-Härtsch, N. 25 zu Art. 6 ZPO.

D. Ausgeschlossene Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO)

Mit der Einführung von Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO im Rahmen der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO wurde ein neues Kriterium – und erstmals ein Negativkriterium – zur Definition der handelsrechtlichen Streitigkeit eingeführt. 66

Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz, nach dem Gleichstellungsgesetz oder aus der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus der landwirtschaftlichen Pacht stellen fortan keine handelsrechtlichen Streitigkeiten mehr dar. Dieser Ausschluss gilt vermutlich nicht für Streitigkeiten aus dem Kollektivarbeitsrecht, zumal es sich bei diesen nicht um Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis handelt.[180] 67

IV. WAHLRECHT DER NICHT EINGETRAGENEN KLAGENDEN PARTEI (ART. 6 ABS. 3 ZPO)

Ist nur die beklagte Partei i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO eingetragen, sind aber die anderen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b erfüllt und jene von Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO nicht erfüllt, so kann die klagende Partei nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen. Die geschäftliche Tätigkeit der klagenden Partei braucht in diesem Fall nicht betroffen zu sein, solange jene der beklagten Partei betroffen ist. Die klagende Partei braucht noch nicht einmal eine geschäftliche Tätigkeit auszuüben. In Frage kommen daher namentlich Klagen von Konsumenten, Bank- und Versicherungskunden, Opfern (bspw. Unfallopfer, Opfer fehlerhafter Arzteingriffe) etc.,[181] nicht aber solche von Arbeitnehmerinnen, Mietern und Pächterinnen i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO. 68

Ist demgegenüber nur die klagende Partei, nicht aber die beklagte Partei eingetragen, ist die Streitigkeit keine handelsrechtliche und es besteht auch kein Wahlrecht i.S.v. Art. 6 Abs. 3 ZPO.[182] Dies gilt auch im Falle der Aberkennungsklage, bei der die Parteirollen vertauscht sind.[183] 69

Die Ausübung der Wahl geschieht durch die Einreichung der Klage beim ordentlichen bzw. beim Handelsgericht.[184] Über das Wahlrecht wird gesagt, es 69 a

sei einmalig und unwiderruflich.[185] Dem ist im Rahmen desselben Prozesses bzw. derselben Rechtshängigkeit (vgl. Art. 63 ZPO) zuzustimmen.[186] Ausserhalb derselben Rechtshängigkeit ist ein Wiederaufleben des klägerischen Wahlrechts indessen nicht ausgeschlossen, bspw. wenn auf eine Klage vor dem ordentlichen Gericht des einen Kantons mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eingetreten wird und die Klage in einem anderen Kanton ohne Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 63 ZPO beim Handelsgericht neu eingereicht wird.

V. OPTIONAL HANDELSGERICHTLICHE STREITIGKEITEN (ART. 6 ABS. 4 ZPO)

70 Nach Art. 6 Abs. 4 ZPO können die Kantone ihr Handelsgericht für a) Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO, b) Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften und c) gewisse internationale Streitigkeiten zuständig erklären.

71 Hier spielen die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a–d ZPO keine Rolle. Aber auch bei den im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 ZPO verwendeten Begriffe handelt es sich um solche des Bundesrechts.[187] Der zentrale Unterschied zu den handelsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 2 ZPO liegt im Umstand, dass die Kantone in ihrer Entscheidung frei sind, ihre Handelsgerichte auch für die Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 ZPO für sachlich zuständig zu erklären.

72 Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO verweist direkt auf Art. 5 Abs. 1 ZPO und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO indirekt auf Art. 552–926 OR.[188] Dabei handelt es sich m.E. um

182. Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 15 28 vom 19.3.2015 E. 7 (CAN 2015, S. 147), HG 12 127 vom 9.12.2012 E. II/3 (CAN 2013, S. 145); BK-Berger, N. 20 i.f. zu Art. 6 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 11 i.f. zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 31 zu Art. 6 ZPO. Vgl. auch N. 55.

183. Urteil 4A_581/2022 vom 2.6.2023 E. 3.4.1 (zur Publ. vorgesehen).

180. Beschluss des Bezirksgerichts Horgen CG230014 vom 4.7.2024 E. 4.2.7 ff. (ZR 2024, Nr. 44; S. 177 ff.); Schneuwly, N. 797 ff.

181. BGE 138 III 694 E. 2.3 ff.; BSK-Vock/Aepli, N. 15b zu Art. 6 ZPO.

185. Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200033 vom 25.6.2020 E. 3 (ZR 2020, Nr. 43, S. 196); OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 11 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 30 zu Art. 6 ZPO.

186. Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200033 vom 25.6.2020 E. 3 (ZR 2020, Nr. 43, S. 195 f.).

dynamische Verweise, mithin um Verweise auf die jeweils geltende Fassung dieser Bestimmungen.[189]

Noch nicht restlos geklärt ist, was das Wahlrecht der Kantone gem. Art. 6 Abs. 4 ZPO genau umfasst. Sicherlich können die Kantone wählen, ob ihr Handelsgericht nur für die Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO, nur für jene nach lit. b, nur für jene nach lit. c, für keine derselben oder für eine beliebige Kombination derselben (bspw. nur für jene nach lit. a und b) zuständig sind.[190] 73

A. Streitigkeiten nach Artikel 5 Absatz 1 ZPO

Mit Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO verweist die ZPO direkt auf die in Art. 5 Abs. 1 ZPO aufgelisteten Streitigkeiten. Es handelt sich dabei um ein Sammelsurium an speziellen Streitigkeiten, aus denen die Kantone einzelne auswählen und den Handelsgerichten zuweisen können.[191] 74

Dabei steht es den Kantonen frei, ihre Handelsgerichte nur für Streitigkeiten einzelner der aufgezählten Buchstaben (Art. 5 Abs. 1 lit. a–i ZPO) als zuständig zu bezeichnen.[192] So sind für die Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 lit. a, b, c, d, g und h ZPO alle vier Handelsgerichte zuständig,[193] für die Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 lit. e ZPO nur die Handelsgerichte der Kantone Aargau und Zürich,[194] und für die Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 lit. f[195] und i ZPO nur das Handelsgericht des Kantons Bern.[196] Wenig sinnvoll, aber aufgrund der bisherigen kantonalen Regelungen, woran sich der Gesetzgeber orientiert hat, [197] wohl zulässig wäre es, im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 lit. a und i ZPO sogar 75

187. BGE 140 III 550 E. 2.3; Schneuwly, N. 294.
189. Gl.M. Kanton Bern, der sein Handelsgericht per 1.10.2017 auch für die erst per 1.1.2017 in Kraft getretene Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 lit. i ZPO zuständig erklärt hat (Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ).
190. Schneuwly, N. 296; vgl. auch SK-Vetter, N. 34 zu Art. 6 ZPO.
191. Schneuwly, N. 299.
192. David et al., N. 513 (a.M. offenbar in N. 46); Schneuwly, N. 298 f.; Schwaller/Nägeli, N. 7; SK-Wey, N. 1 zu Art. 5 ZPO.
193. AG: § 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO/AG, BE: Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ/BE, SG: Art. 11 Abs. 1 lit. a EG-ZPO/SG (die Zuständigkeit für Art. 5 Abs. 1 lit. g folgt aus Art. 11 Abs. 2 lit. b EG-ZPO/SG), ZH: § 44 lit. a und § 45 lit. a GOG/ZH.
194. AG: § 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO/AG, ZH: § 44 lit. a GOG/ZH.
195. Die Einführung der Zuständigkeit des Handelsgerichts für Klagen gegen den Bund ist geplant (Geschäft Nr. 2022.DIJ.6508).
196. Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ/BE.

weiter nach den einzelnen Rechtsgrundlagen, bspw. den Streitigkeiten aus den einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetzen, zu differenzieren.[198] Aufgrund des Zwecks der Konzentration des rechtlichen und fachlichen Wissens erscheint eine weitere Aufteilung der sachlichen Zuständigkeit auch innerhalb der einzeln aufgeführten Gesetze aber nicht zulässig.[199]

76 Ob die Kantone die Zuständigkeit ihrer Handelsgerichte für Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO von einer Streitwertgrenze abhängig machen können, ist bisher nicht geklärt. Zwar wird in der Botschaft ZPO ausgeführt, dass die Kantone ihre Handelsgerichte für die Streitigkeiten des Art. 5 ZPO sowie ganz allgemein für Streitigkeiten aus Gesellschafts- sowie Anlagefonds- und Anleihensrecht zuständig erklären können, wobei es ihnen frei stehe, für diese Angelegenheiten Streitwertgrenzen festzusetzen.[200] Sinn und Zweck der Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz für die Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO ist aber die Konzentration des rechtlichen und fachlichen Wissens. Dieser Zweck wird besser erreicht, wenn die sachliche Zuständigkeit nicht wegen Streitwertgrenzen aufgeteilt wird. Dementsprechend sieht die ZPO – Art. 5 Abs. 1 lit. d und f ZPO ausgenommen – für die Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO auch keine Streitwertgrenzen vor, wenn eine andere einzige kantonale Instanz als ein Handelsgericht darüber entscheidet. Weshalb für die handelsgerichtliche Zuständigkeit etwas anderes gelten sollte, ist nicht erkennbar. Die Kantone können im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO m.E. daher keine Streitwertgrenzen vorsehen.[201]

B. Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften

77 Mit Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO verweist die ZPO auf Streitigkeiten, die sich aus den Art. 552–926 OR ergeben können.[202] Darunter fallen auch die fusionsrechtlichen Überprüfungsklagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG.[203] Nicht

197. Botschaft ZPO, S. 7261.
198. Schneuwly, N. 301.
199. Schneuwly, N. 300.
200. Botschaft ZPO, S. 7261.
201. Gl.M. SK-Vetter, N. 37 zu Art. 6 ZPO; Vetter/Brunner, S. 259, wohl auch BK-Berger, N. 41 zu Art. 6 ZPO. A.M. KUKO-Haas/Schlumpf, N. 12 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 27 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 16 zu Art. 6 ZPO.
202. BGE 140 III 409 E. 3.1.
203. Urteil 4A_601/2024 vom 6.2.2024 E. 2.4 (zur Publ. vorgesehen).

darunter fallen aber Streitigkeiten aus einem Kaufvertrag über Aktien,[204] einem Aktionärbindungsvertrag,[205] einer einfachen Gesellschaft, aus Vereinen und betreffend Stiftungen.[206]

Haben die Kantone ihre Handelsgerichte für Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO zuständig erklärt, dürfen sie diese Zuständigkeit gemäss dem Bundesgericht in sachlicher Hinsicht nicht einschränken. Einzig die Einführung von Streitwertgrenzen sei zulässig.[207] Dies vermag nicht zu überzeugen:[208] Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber die vor der Einführung der ZPO in den vier Handelsgerichtskantonen herrschende heterogene Zuständigkeit[209] in diesem Bereich harmonisieren wollte.[210] Sinnvoll ist eine Ausklammerung einzelner Streitigkeiten aber kaum. Aktuell noch gültiges Beispiel ist die Zuständigkeitsregelung des Kantons Bern, wonach die sog. Organisationsmängelverfahren von der Zuständigkeit des Handelsgerichts ausgenommen sind.[211] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre diese Ausnahme bundesrechtswidrig. Mittlerweile hält auch das Obergericht sowie der Regierungsrat des Kantons Bern diese Ausnahme hinsichtlich der von Aktionären oder Gläubigern eingeleiteten Verfahren für bundesrechtswidrig und weist diese in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts.[212] Eine Ausdehnung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO, bspw. auf Streitigkeiten aus der einfachen Gesellschaft, Vereinen oder Stiftungen, ist demgegenüber nicht zulässig.[213] 78

Zudem steht es den Kantonen im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO – anders als bei Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO – zu, ein Streitwerterfordernis 79

204. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE120001 vom 3.1.2012 E. 4 (ZR 2012, S. 171); SK-Vetter, N. 36 zu Art. 6 ZPO.
205. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE110745 vom 6.10.2011 E. 6 (ZR 2012, S. 23); OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 15 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 36 zu Art. 6 ZPO.
206. KUKO-Haas/Schlumpf, N. 13 zu Art. 6 ZPO; SHK-Härtsch, N. 32 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 36 i.f. zu Art. 6 ZPO.
207. BGE 140 III 550 E. 2.3; Urteil 4A_358/2020 vom 25.8.2020 E. 2.2.2.
208. Schneuwly, N. 304 f.
209. Schneuwly, N. 302.
210. Schneuwly, N. 305.
211. Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ/BE. Eine Aufhebung dieser Bestimmung ist geplant (vgl. Geschäft Nr. 2022.DIJ.6508).
212. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 23 293 vom 14.2.2024 E. 4.3.6; Vortrag vom 12.2.2025 betr. Geschäftsnr.: 2022.DIJ.6508, S. 6.

vorzusehen.[214] Aufgrund der Wissenskonzentration in diesen Fällen erscheint aber auch hier eine Streitwertgrenze fraglich. Zurzeit sehen die beiden Kantone Bern und Zürich für Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO je einen Mindeststreitwert von Fr. 30'000.00 vor.[215]

C. Internationale Streitigkeiten

80 Mit Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO wurde den Kantonen im Rahmen der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO die Möglichkeit gegeben, ihre Handelsgerichte auch für gewisse internationale Streitigkeiten zuständig zu erklären. Damit soll die Grundlage gelegt werden, spezialisierte Gerichte bzw. Gerichtskammern (bspw. die Handelsgerichte) für internationale Handelsstreitigkeiten zu schaffen.[216] Zurzeit planen sowohl der Kanton Bern als auch der Kanton Zürich die Zuständigkeit ihrer Handelsgerichte für Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO zu öffnen.[217]

81 Die Besonderheit von Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO liegt darin, dass die Parteien die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts – entgegen dem Grundsatz, wonach diese zwingend ist (vgl. N. 14) – prorogieren können (Art. 6 Abs. 4 lit. c Ziff. 3 ZPO). Auch eine Einlassung auf das Handelsgericht ist nach dem Willen des Gesetzgebers möglich.[218] Die Zulässigkeit der Prorogation setzt allerdings das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 4 lit. c Ziff. 1, 2 und 4 ZPO voraus. D.h. die Streitigkeit muss die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betreffen (Ziff. 1), vermögensrechtlich sein,[219] einen Streitwert von mind. Fr. 100'000.00 aufweisen (Ziff. 2) und mindestens eine Partei muss ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Sitz im Zeitpunkt der Prorogation des Handelsgerichts im Ausland haben (Ziff. 4).

82 Eines Handelsregistereintrags der beiden Parteien bedarf es – entgegen der Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO – demgegenüber nicht. Im

213. Schneuwly, N. 307.
214. BGE 140 III 550 E. 2.3, 139 III 67 E. 1.2; Urteil 4A_358/2020 vom 25.8.2020 E. 2.2.2; Botschaft ZPO, S. 7261.
215. Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ/BE; § 44 lit. b GOG/ZH.
216. Botschaft RE-ZPO, S. 2718.
217. BE: Vgl. Geschäft Nr. 2022.DIJ.6508 zur Änderung der EG ZSJ; ZH: Vorentwurf mit erläuterndem Bericht der Direktion der Justiz und des Innern vom 9. September 2024 betr. Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (Änderung; Zurich International Commercial Court und weitere Anpassungen).
218. Botschaft RE-ZPO, S. 2730.

Gegenteil: Sind beide Parteien im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, ist das Handelsgericht nach Art. 6 Abs. 2 ZPO – Fälle von Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO ausgenommen – ohnehin zwingend sachlich zuständig.[220] Damit dürfte Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO für den grössten Teil der internationalen Handelsstreitigkeiten ohne Belang bleiben. Auch mit der internationalen und örtlichen Zuständigkeit beschäftigt sich diese Bestimmung nicht. Wie bisher müssen also sowohl eine internationale als auch eine örtliche Zuständigkeit in einem Handelsgerichtskanton vorliegen.[221] Ist dies der Fall, so fallen die internationalen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO allerdings bereits aufgrund von Art. 6 Abs. 2 ZPO zumeist in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte.

Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO gilt hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit demnach 83
nur für Fälle, in denen entweder die beklagte Partei nicht im Handelsregister bzw. in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist[222] oder, falls sie eingetragen ist, für Streitigkeiten aus dem Arbeits-, Miet- und Pachtrecht nach Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO.[223] Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, so stellt Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO gegenüber Art. 6 Abs. 3 ZPO zudem insoweit ein Mehr dar, als auch eine *vorgängige* Prorogation des Handelsgerichts verbindlich ist. Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO ist hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit daher klein.

Die eigentliche Neuerung betreffend die internationalen Streitigkeiten liegt in 84
der Möglichkeit, bei gegebenen Voraussetzungen Englisch als Verfahrenssprache wählen zu können (Art. 129 Abs. 2 lit. b ZPO; beschränkt auch Art. 42 Abs. 1bis BGG) sowie in der Aufhebung von Art. 5 Abs. 3 IPRG. Da Art. 129 Abs. 2 lit. b ZPO unmittelbar an Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO anknüpft, bedarf es zur Frage, ob in einem handelsgerichtlichen Verfahren die englische Sprache zulässig ist, einer separaten Anknüpfung an Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO. M.E. kommt Art. 129 Abs. 2 lit. b ZPO auch in jenen Fällen zur Anwendung, in denen die sachliche Zuständigkeit bereits gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO gegeben ist, solange gleichzeitig auch die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 4

219. Botschaft RE-ZPO, S. 2730; DK-Brunner/Vischer, N. 47e zu Art. 6 ZPO.
220. Gl.M. SK-Vetter, N. 37a zu Art. 6 ZPO.
221. Vgl. auch Botschaft RE-ZPO, S. 2729.
222. Bsp.: BGE 143 III 558.
223. A.M. hinsichtlich des Arbeitsrechts DK-Brunner/Vischer, N. 47e zu Art. 6 ZPO.

ZPO erfüllt sind, bspw. bei einer Streitigkeit zwischen zwei ausländischen Aktiengesellschaften, die in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, mit einem Streitwert von über Fr. 100'000.00, wobei die Parteien das Handelsgericht prorogiert haben bzw. sich darauf einlassen. Andernfalls gäbe es für die englische Sprache kaum einen Anwendungsbereich (vgl. N. 83).

VI. WEITERE HANDELSGERICHTLICHE ANGELEGENHEITEN

85 Den Kantonen steht es frei, ihre Handelsgerichte im Rahmen des Geltungsbereichs der ZPO (vgl. Art. 1 ZPO) auch für Streitigkeiten ausserhalb von Art. 6 ZPO zuständig zu erklären. In diesen Fällen würden die Handelsgerichte aber mangels einer gesetzlichen Grundlage zur Ausnahme vom Prinzip der doppelten kantonalen Gerichtsbarkeit nicht als einzige kantonale Instanz und daher nicht als Handelsgericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 ZPO entscheiden.[224]

86 Auch ausserhalb des Geltungsbereichs der ZPO steht es den Kantonen im Rahmen ihrer Kompetenzen frei, ihre Handelsgerichte für weitere Angelegenheiten zuständig zu erklären. Bspw. ist das Handelsgericht des Kantons Aargau auch für Beschwerden gegen Verfügungen des Handelsregisteramts nach Art. 942 OR bzw. für die gemäss der HRegV einem Gericht zugewiesenen Streitigkeiten zuständig.[225] Letzteres gilt auch für das Handelsgericht des Kantons St. Gallen.[226]

87 Ebenso steht es den Kantonen nach Art. 191b Abs. 2 BV frei, gestützt auf ein Konkordat ein gemeinsames Handelsgericht einzurichten.[227]

224. Gl.M. CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 10 zu Art. 6 ZPO.

225. A.M. hinsichtlich des Arbeitsrechts DK-Brunner/Vischer, N. 47e zu Art. 6 ZPO.

226. Art. 11 Abs. 2 Ziff. 2 EG ZPO/SG; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG. 2017.168.

227. Vgl. Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 8.1.2007, S. 15; DK-Brunner, N. 13 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 7 zu Art. 6 ZPO. Vgl. bspw. zur Idee eines Handelsgerichts beider Basel: Jenny, Protokoll des Grossen Rats BS vom 3.6.2015, S. 552; Rudin, Postulat Gerichte beider Basel.

VII. VORSORGLICHE MASSNAHMEN UND VORSORGLICHE BEWEISFÜHRUNG

Nach Art. 6 Abs. 5 ZPO ist das Handelsgericht auch für die Anordnung **vorsorglicher Massnahmen** vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig. Aufgrund ihrer systematischen Stellung bezieht sich diese Zuständigkeit sowohl auf die handelsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 2 ZPO als auch auf die Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO und die optional handelsgerichtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 ZPO.[228] 88

Massgebend ist, ob das Handelsgericht in der Hauptsache sachlich zuständig wäre. Wird die Hauptsachenzuständigkeit bejaht, ist das Handelsgericht auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor der Rechtshängigkeit der Hauptsache zuständig.[229] Begründet wird diese Kompetenzattraktion mit dem Interesse an einem einheitlichen Verfahren[230] bzw. der Prozessökonomie.[231] Daraus folgt automatisch, dass die Handelsgerichte nicht nur für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor der Rechtshängigkeit der Hauptsache zuständig sind, sondern auch für jene während der Rechtshängigkeit der Hauptsache.[232] 89

Sind die Handelsgerichte für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig, so gilt dies auch für die Anordnung **superprovisorischer Massnahmen** nach Art. 265 ZPO sowie für die Entgegennahme von **Schutzschriften** nach Art. 270 ZPO.[233] 90

Ebenso sind die Handelsgerichte für die **vorsorgliche Beweisführung** vor und während der Rechtshängigkeit einer Hauptsache zuständig, für die sie sachlich zuständig sind.[234] 91

228. Gl.M. CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 10 zu Art. 6 ZPO.
229. BGE 137 III 563 E. 3.4.
230. Botschaft ZPO, S. 7261 f.
231. SHK-Härtsch, N. 37 zu Art. 6 ZPO.
232. CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 11 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 45 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 17 zu Art. 6 ZPO.
233. Gl.M. SHK-Härtsch, N. 37 zu Art. 6 ZPO.
234. BK-Berger, N. 51 zu Art. 6 ZPO; Berger et al., N. 234; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 11 zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 17b zu Art. 6 ZPO.

VIII. BESONDERE KONSTELLATIONEN

A. Verhältnis zum vereinfachten Verfahren

92 Gewisse Streitigkeiten fallen gleichzeitig in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens und in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte. Da die Handelsgerichte das vereinfachte Verfahren nicht anwenden (Art. 243 Abs. 3 ZPO), stellt sich die Frage, wie dieser Überschneidungsbereich zu handhaben ist.[235] Noch vor der Revision der ZPO entschied das Bundesgericht, die Bestimmungen über die Verfahrensart gingen jenen betreffend die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte vor, mit der Folge, dass Handelsgerichte im Überschneidungsbereich nicht zuständig sind.[236]

93 Mit der im März 2023 verabschiedeten Revision von Art. 6 Abs. 2 ZPO wurde ein Teil dieses Überschneidungsbereichs eliminiert. Neu sind zurzeit noch folgende Überschneidungen auszumachen:

- Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 2 lit. b, d und f ZPO mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.00 – oder entsprechende nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten –, sofern die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen und zumindest die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist,
- Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 2 lit. b, d und f ZPO mit einem Streitwert von über Fr. 100'000.00, sofern die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, die Parteien das Handelsgericht prorogiert haben und zumindest eine Partei im Zeitpunkt der Prorogation ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Sitz im Ausland hatte,
- Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30'000.00, soweit die Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO hierfür zuständig erklärt wurden, und
- Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30'000.00 (AG und SG) bzw. von exakt Fr. 30'000.00 (BE und ZH).

---

235. Ausführlich hierzu Schneuwly, N. 531 ff. m.w.N.

236. BGE 149 III 469 E. 2.1 i.f., 143 III 137 E. 2.2, 139 III 457 E. 4.4; BGE 148 III 415 E. 2 (nicht publ.). Kritisch Schneuwly, N. 537 ff. m.w.N.

Es ist anzunehmen, dass die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Verfahrensart der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte vorgeht, im Rahmen dieser Überschneidungen anwendbar bleibt, zumal sich an der Grundlage der bundesgerichtlichen Argumentation durch die Revision der ZPO nichts geändert hat. Zwar hatte das Bundesgericht bisher noch keinen Fall von Art. 6 Abs. 4 ZPO explizit beurteilt. Es erwog zuletzt aber, dass seine Rechtsprechung für alle Angelegenheiten gelte, auf die nach Art. 243 Abs. 1 und 2 ZPO das vereinfachte Verfahren Anwendung finde,[237] wozu auch die Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. a[238], b[239] und c ZPO gehören.[240] 94

B. Klageänderung

Nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung 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. 95

Die ZPO regelt nicht ausdrücklich, ob eine Klageänderung die gleiche sachliche Zuständigkeit der ursprünglichen Klage und der geänderten Klage voraussetzt. Art. 227 Abs. 2 ZPO legt fest, das ursprünglich angerufene Gericht habe den Prozess an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen, falls der Streitwert der geänderten Klage die sachliche Zuständigkeit des ursprünglich angerufenen Gerichts übersteigt. Eine Klageänderung setzt die gleiche sachliche Zuständigkeit der ursprünglichen und der geänderten Klage somit nicht voraus, soweit diese rein streitwertbedingt ist.[241] Präzisierend ist in diesem Fall anzufügen, dass die Streitwertänderung nicht zur Anwendung einer anderen Verfahrensart führen 96

237. BGE 143 III 137 E. 2.2.

238. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 17 418 vom 27.9.2017 E. 7 f. betr. Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LF190006 und LF190007 je vom 18.3.2019 E. III/5. Andere Praxis aber: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2022.12 vom 8.6.2022 E. 1.2; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 18 124 vom 5.2.2019 E. II/2: «unabhängig vom Streitwert»; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210202 vom 20.12.2021 E. 1.2 und wohl auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 19 190 vom 21.1.2020 E. II/3.

239. So bspw. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BE.2018.15 vom 1.10.2018 E. III/2d.

240. In diesem Sinne auch Botschaft RE-ZPO, S. 2726 i.f.; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 817.

241. Gl.M. KUKO-Sogo/Naegeli, N. 33 zu Art. 227 ZPO.

darf, andernfalls die Klageänderung bereits aufgrund von Art. 227 Abs. 1 ZPO unzulässig wäre.[242]

97 Was gilt, wenn die sachliche Zuständigkeit für die ursprüngliche und die geänderte Klage aufgrund der Natur der Streitigkeit auseinanderfallen, ist noch nicht geklärt. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass eine Klageänderung bei rein streitnaturbedingter Änderung der sachlichen Zuständigkeit ausgeschlossen ist.[243] M.E. spricht aber nichts dagegen, eine ursprünglich fehlende sachliche Zuständigkeit durch eine Klageänderung heilen zu können, selbst wenn für die ursprüngliche und die geänderte Klage eine andere sachliche Zuständigkeit gälte.[244] Denn das Institut der Klageänderung wurde insb. aus prozessökonomischen Gründen geschaffen. Es wird als nicht sinnvoll erachtet, die klagende Partei auf die ursprüngliche Klage zu beschränken und betreffend die geänderte Klage gegebenenfalls einen weiteren Prozess zu provozieren.[245] Es wäre in diesen Fällen sinnwidrig, die Klageänderung für unzulässig zu erachten, auf die ursprüngliche Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten und alsdann die «geänderte» Klage in einem neuen Prozess als neue Klage in der Sache zu beurteilen.

C. Klagerückzug

98 Ein Klagerückzug bzw. eine Beschränkung der Klage, wie es Art. 227 Abs. 3 ZPO formuliert, ist jederzeit möglich und gemäss Gesetz an keine Voraussetzungen gebunden. Wird die Klage nur teilweise zurückgezogen, so bleibt das angerufene Gericht nach Art. 227 Abs. 3 ZPO zuständig (perpetuatio fori). Es findet keine Überweisung an ein anderes Gericht statt.[246] Mithin ist es nicht notwendig, dass die Handelsgerichte auch für den nach dem Klagerückzug noch übrig gebliebenen Klageteil sachlich zuständig wären, würde dieser als eigenständige Klage erhoben.

---

242. In diesem Sinne auch Botschaft RE-ZPO, S. 2726 i.f.; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 817.
243. DK-Pahud, N. 15 zu Art. 227 ZPO; BK-Killias, N. 34 f. zu Art. 227 ZPO; BSK-Willisegger, N. 41 zu Art. 227 ZPO.
244. Siehe als Anwendungsfall den Entscheid des Handelsgerichts Zürich HG230115 vom 27.7.2023 (allerdings in der Annahme, Handelsgerichte seien für Klagen nach Art. 85a SchKG sachlich nicht zuständig).
245. Bericht zum VE-ZPO, S. 107.
246. A.M. BSK-Vock/Aepli, N. 10a zu Art. 6 ZPO.

Wird bspw. eine Klage auf Bezahlung von Fr. 100'000.00 um Fr. 80'000.00 zurückgezogen, so bleibt das Handelsgericht für die Beurteilung des restlichen Klageteils über Fr. 20'000.00 sachlich zuständig. Die Befürchtung, wonach in diesem Fall gegen den Entscheid des Handelsgerichts wegen Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG keine Beschwerde in Zivilsachen mehr, sondern nur noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde geführt werden könnte,[247] ist unbegründet.[248] Denn die Beschwerde in Zivilsachen ist gegen handelsgerichtliche Entscheide streitwertunabhängig zulässig (vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG).[249] 99

D. Rechtsnachfolge vor Rechtshängigkeit

Da eine Rechtsübertragung vor der Rechtshängigkeit (bspw. durch Zession) nichts am Inhalt der Streitigkeit und damit auch nichts an deren geschäftlichen Bezug ändert,[250] hat sie keinen Einfluss auf die Voraussetzung der Betroffenheit der geschäftlichen Tätigkeit. Die Streitigkeit muss demnach entweder die geschäftliche Tätigkeit der Gegenpartei des Rechtsnachfolgers oder jene der – bei mehreren aufeinander folgenden Rechtsübertragungen ursprünglichen – Rechtsvorgängerin betreffen.[251] Dies gilt trotz des an sich klaren, anderslautenden Wortlauts von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO, weil diese Bestimmung – anders als Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO – keine Personenzutrittskontrolle, sondern eine Inhaltskontrolle bezweckt.[252] Auch auf das Streitwerterfordernis hat die Rechtsnachfolge vor Rechtshängigkeit keinen Einfluss. Dies gilt selbst dann, wenn eine Forderung mit einem Abschlag von bspw. 10 % verkauft wird. 100

Was die Voraussetzung des Handelsregistereintrags anbelangt, so bezieht sich diese indessen auf die Rechtsnachfolgerin selber, da sie es ist, die anstelle des Rechtsvorgängers als Partei Zugang zum Handelsgericht sucht (oder gegen die vor dem Handelsgericht Zugang gesucht wird).[253] Auf den 101

247. BSK-Vock/Aepli, N. 10a zu Art. 6 ZPO.
248. BGE 139 III 67 E. 1.2.
249. Schneuwly, N. 473 ff.
250. Urteil 5A_723/2024 vom 11.4.2025 E. 3.4: "Die Abtretung als blosser Gläubigerwechsel ändert grundsätzlich nichts an der Rechtsnatur der abgetretenen Forderung."
251. Schneuwly, N. 720.
252. Schneuwly, N. 715.
253. Gl.M. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150179 vom 23.10.2015 E. 3.21 (ZR 2016, S. 20 f.); Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 58; SK-Vetter, N. 28 zu Art. 6 ZPO.

Handelsregistereintrag des Rechtsvorgängers kommt es nicht an.[254] Agiert die Rechtsnachfolgerin auf der beklagten Seite, so muss sie im Handelsregister eingetragen sein, andernfalls das Handelsgericht im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zuständig ist. Tritt die nicht im Handelsregister eingetragene Rechtsnachfolgerin demgegenüber als klagende Partei auf, kann sie sich auf ihr Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO berufen.

E. Parteiwechsel

10 2 Ein Parteiwechsel liegt vor, wenn eine bestehende Partei unter gleichzeitigem Beitritt einer bisher am Prozess nicht als Partei beteiligten Person aus dem Prozess austritt.[255] Dessen Zulässigkeit wird in Art. 83 ZPO geregelt. Es entspricht gerade dem Sinn des Parteiwechsels, dass das bisherige Verfahren nach dem Wechsel mit einer anderen Partei weitergeführt wird;[256] das Prozessrechtsverhältnis geht über. Die eintretende Partei nimmt den Prozess so auf, wie er sich gerade darbietet.[257] Die Begründung für die Zulässigkeit eines Parteiwechsels ergibt sich aus der Prozessökonomie.[258]

10 3 Daraus folgt, dass ein sachlich zuständiges Handelsgericht durch einen Parteiwechsel nicht sachlich unzuständig werden kann (perpetuatio fori). Es kommt daher weder auf den Handelsregistereintrag der eintretenden Partei[259] noch auf einen allfälligen Wegfall des Handelsregistereintrags der austretenden Partei an.[260] Genauso wenig kommt es darauf an, ob die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit der eintretenden Partei betrifft, solange jene der austretenden Partei oder der Gegenpartei betroffen ist.[261]

10 4 War das Handelsgericht vor dem Parteiwechsel demgegenüber sachlich nicht zuständig und hat es hierüber noch nicht entschieden, kann seine Zuständigkeit durch den Parteiwechsel begründet werden, indem bspw. die eintretende Partei, anders als die austretende, im Handelsregister eingetragen ist.[262]

---

254. Schneuwly, N. 631.
255. BGE 118 Ia 129 E. 2a.
256. BK-Gross/Zuber, N. 1 zu Art. 83 ZPO; BK-Berger, N. 17 zu Art. 6 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 58 i.f.
257. Urteil 4A_360/2017 vom 30.11.2017 E. 5.3; Botschaft ZPO, S. 7286.
258. SK-Stalder, N. 10 zu Art. 83 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 1 zu Art. 83 ZPO.
259. Gl.M. BK-Berger, N. 17 zu Art. 6 ZPO; Berger et al., N. 183; Vetter/Brunner, S. 258.
260. Schneuwly, N. 642.
261. Schneuwly, N. 722.

F. Prozessstandschaft

Da das Vorliegen einer Prozessstandschaft nichts am Inhalt der Streitigkeit und damit auch nichts an deren geschäftlichen Bezug ändert, hat sie keinen Einfluss auf die Voraussetzung der Betroffenheit der geschäftlichen Tätigkeit. Die Streitigkeit muss demnach entweder die geschäftliche Tätigkeit der Gegenpartei der Prozessstandschafterin oder jene der nicht am Prozess als Partei beteiligten, materiellrechtlich berechtigten Person betreffen.[263] Dies gilt wiederum (vgl. N. 100) trotz des an sich klaren, anderslautenden Wortlauts von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO, weil diese Bestimmung – anders als Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO – keine Personenzutrittskontrolle, sondern eine Inhaltskontrolle bezweckt.[264] Auch auf das Streitwerterfordernis hat die Prozessstandschaft keinen Einfluss. 10 5

Was die Voraussetzung des Handelsregistereintrags anbelangt, so bezieht sich diese indessen auf die Prozessstandschafterin selber, da sie es ist, die anstelle der materiellrechtlich berechtigten Person als Partei Zugang zum Handelsgericht sucht (oder gegen die vor dem Handelsgericht Zugang gesucht wird).[265] Auf den Handelsregistereintrag der materiellrechtlich legitimierten Person kommt es nicht an.[266] Agiert die Prozessstandschafterin auf der beklagten Seite, so muss sie im Handelsregister eingetragen sein, andernfalls das Handelsgericht im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zuständig ist. Tritt die nicht im Handelsregister eingetragene Prozessstandschafterin demgegenüber als klagende Partei auf, kann sie sich auf ihr Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO berufen.[267] 10 6

G. Notwendige Streitgenossenschaft

Eine notwendige Streitgenossenschaft ist zulässig, wenn das materielle Recht sie verlangt (Art. 70 Abs. 1 ZPO). Das Prozessrecht stellt an ihre Zulässigkeit 10 7

262. Schneuwly, N. 643.
263. So kann wohl BGE 141 III 527 implizit verstanden werden. KUKO-Haas/Schlumpf, N. 5 zu Art. 6 ZPO; Schneuwly, N. 713 und 716. Vgl. auch Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150151 vom 5.8.2015 E. 2.9 (aus anderen Gründen aufgehoben durch BGE 142 III 96).
264. Schneuwly, N. 715.
265. Gl.M. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE190229 vom 4.1.2021 E. 3.3.2; Lötscher, N. 215 und 218; Hauser/Schweri/Lieber, § 44 N. 58.
266. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Prozessstandschaft erst während eines Verfahrens eintritt. In diesen Fällen wäre zu prüfen, ob bereits perpetuatio fori eingetreten ist.

keine zusätzlichen Voraussetzungen, denn eine Auftrennung der notwendigen Streitgenossenschaft hätte die Abweisung der jeweiligen Klagen zufolge fehlender Aktiv- oder Passivlegitimation zur Folge und würde daher der Verwirklichung des materiellen Rechts entgegenstehen.[268] Daraus folgt, dass die notwendige Streitgenossenschaft gerade nicht die gleiche sachliche Zuständigkeit für jeden einzelnen notwendigen Streitgenossenschaft voraussetzt.[269] Vielmehr stellt sich bloss die Frage, welches Gericht bei Vorliegen einer aktiven oder passiven notwendigen Streitgenossenschaft sachlich zuständig ist, wenn keines einzeln betrachtet für alle notwendigen Streitgenossenschaften sachlich zuständig wäre.

10 8 Was die Betroffenheit der geschäftlichen Tätigkeit anbelangt, so genügt es, wenn entweder die geschäftliche Tätigkeit der Gegenpartei der notwendigen Streitgenossenschaft oder dann die geschäftliche Tätigkeit nur eines notwendigen Streitgenossen betroffen ist.[270] Betreffend den Handelsregistereintrag ist zwischen der aktiven und passiven notwendigen Streitgenossenschaft zu unterscheiden: Während es den nicht im Handelsregister eingetragenen aktiven notwendigen Streitgenossen offensteht, sich auf ihr Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zu berufen, sind die Handelsgerichte im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO bei einer passiven notwendigen Streitgenossenschaft nur zuständig, wenn sämtliche Streitgenossen im Handelsregister eingetragen sind.[271] Auf das Streitwerterfordernis hat die notwendige Streitgenossenschaft demgegenüber keinen Einfluss.

H. Einfache Streitgenossenschaft

10 9 Ob im Bereich der Handelsgerichtsbarkeit die gleiche sachliche Zuständigkeit für die subjektiv gehäuften Klagen eine Voraussetzung für die einfache Streitgenossenschaft darstellt, ist nicht klar geregelt: Einerseits hält Art. 71

267. So wohl BGE 141 III 527 E. 2.3.3.
268. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6.10.1943 (ZR 1944, S. 338 f.); Blattmann/Moretti, S. 590; SK-Vetter, N. 42 zu Art. 6 ZPO; Vetter/Brunner, S. 265.
269. Gl.M. von Holzen, S. 140. A.M. wohl Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 12 127 vom 9.12.2012 E. II/4 (CAN 2013, S. 145); Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6.10.1943 (ZR 1944, S. 339); BK-Berger, N. 13 zu Art. 6 ZPO; Blattmann/Moretti, S. 593; Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 3.33.
270. Schneuwly, N. 710 ff.
271. Urteil 4A_595/2019 vom 18.2.2020 E. 2.5.2.

Abs. 1 lit. c ZPO gemäss der im März 2023 verabschiedeten Revision fest, dass eine einfache Streitgenossenschaft nur zulässig ist, wenn für die einzelnen Klagen das gleiche Gericht sachlich zuständig ist. Damit wurde jene bundesgerichtliche Rechtsprechung[272] in die ZPO überführt, wonach die gleiche sachliche Zuständigkeit eine stillschweigende Voraussetzung der einfachen Streitgenossenschaft sei.[273] Anderseits wurde mit Art. 6 Abs. 6 ZPO auch jene bundesgerichtliche Rechtsprechung[274] in die ZPO übernommen, wonach die handelsgerichtliche Zuständigkeit nicht bezwecke, in ihrem Anwendungsbereich die einfache Streitgenossenschaft zu verhindern und es den Kantonen zuzugestehen sei, eine einheitliche sachliche Zuständigkeit für einfache passive Streitgenossen vorzusehen, wobei es sich dabei nicht um das Handelsgericht handeln dürfe, wenn dieses nicht für alle Streitgenossen zuständig sei.[275] Diese Rechtsprechung erging zwar nur zur einfachen passiven Streitgenossenschaft. Die neu aufgenommene Bestimmung von Art. 6 Abs. 6 ZPO soll aber auch die aktive einfache Streitgenossenschaft regeln.[276]

Gestützt auf diese Ausgangslage ist m.E. von folgender Lage auszugehen: Eine einfache Streitgenossenschaft setzt entgegen Art. 71 Abs. 1 lit. c ZPO gemäss der im März 2023 verabschiedeten Revision dann nicht dieselbe sachliche Zuständigkeit der subjektiv gehäuften Klagen voraus, wenn ein Teil derselben aufgrund fehlender *Handelsregistereinträge* in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und der andere Teil in die Zuständigkeit der Handelsgerichte fällt. In dieser Fallkonstellation ist die einfache Streitgenossenschaft trotz unterschiedlicher sachlicher Zuständigkeit eigenartigerweise zulässig. Gestützt auf Art. 6 Abs. 6 ZPO sind in diesen Fällen die ordentlichen Gerichte zuständig. Kompliziert wird es, wenn für die einzelnen Klagen nicht die gleiche *Verfahrensart* anwendbar ist. In diesen Fällen ist die passive einfache Streitgenossenschaft ausgeschlossen.[277] Die aktive einfache Streitgenossenschaft soll aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Addition der Streitwerte zur Bestimmung der Verfahrensart bei der objektiven Klagenhäufung[278] gemäss dem Willen des

110

272. BGE 138 III 471 E. 5.1.
273. Botschaft RE-ZPO, S. 2734 f.
274. BGE 138 III 471 E. 5.1.
275. Botschaft RE-ZPO, S. 2731.
276. Botschaft RE-ZPO, S. 2731; BSK-Vock/Aepli, N. 17c zu Art. 6 ZPO.
277. Botschaft RE-ZPO, S. 2733 f.; gl.M. OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 14 zu Art. 6 ZPO.
278. BGE 142 III 788 E. 4.2.3.

Gesetzgebers indes auch zulässig sein,[279] wenn die Verfahrensart bloss streitwertbedingt divergiert, was schwierig mit Art. 93 Abs. 2 ZPO, wonach die Verfahrensart bei einfacher Streitgenossenschaft trotz Zusammenrechnung des Streitwerts erhalten bleibt, zu vereinbaren ist.[280] Immerhin sind in diesen Fällen auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jene subjektiv gehäuften Klagen weiterhin im vereinfachten Verfahren zu behandeln, die einen Streitwert von maximal Fr. 30'000.00 aufweisen.[281] Da das vereinfachte Verfahren vor den Handelsgerichten nicht zur Anwendung gelangt, werden sie für solche Fälle somit sachlich nicht zuständig sein. Demnach setzt eine einfache Streitgenossenschaft vor einem Handelsgericht im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO voraus, dass alle subjektiv gehäuften Klagen einen Streitwert von mehr als Fr. 30'000.00 aufweisen,[282] alle passiven einfachen Streitgenossen im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, allfällige nicht im Handelsregister eingetragene aktive einfache Streitgenossen ihr Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO ausüben und in Bezug auf jede subjektiv gehäufte Klage zumindest die geschäftliche Tätigkeit einer Partei betroffen ist.

11 1 Die Botschaft zum Revisionsentwurf der ZPO stellt klar, dass Art. 6 Abs. 6 ZPO nur im Rahmen handelsrechtlicher und nicht auch für optional handelsgerichtliche Streitigkeiten gilt.[283] Im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 ZPO gelangt somit Art. 71 Abs. 1 lit. c ZPO zur Anwendung. In diesem Bereich sind einfache Streitgenossenschaften somit ausgeschlossen, wenn das Handelsgericht nicht für alle Streitigkeiten sachlich zuständig ist.

I. Hauptintervention

11 2 Zwar müssen für die Hauptintervention nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die allgemeinen Prozessvoraussetzungen von Art. 59 ZPO erfüllt sein.[284] Art. 73 Abs. 1 ZPO enthält jedoch insofern eine besondere

279. Botschaft RE-ZPO, S. 2734.

280. Vgl. auch Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200154 vom 9.9.2020 E. 6 m.w.N. (ZR 2020, Nr. 45, S. 204); BSK-Ruggle, N. 16 zu Art. 71 ZPO. A.M. Wintsch/Meyer, S. 279, wonach Art. 93 Abs. 2 ZPO nur gerade dann zur Anwendung gelangt, wenn alle subjektiv gehäuften Klagen in das vereinfachte Verfahren fallen.

281. Vgl. Urteile 5A_483/2020 vom 24.11.2020 E. 4.2.2, 4A_502/2019 vom 15.6.2020 E. 5.1.1.

282. Gl.M. OFK-Lampel/Jent-Sørensen, N. 14 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 41 zu Art. 6 ZPO.

283. Botschaft RE-ZPO, S. 2731. A.M. wohl BSK-Vock/Aepli, N. 17c zu Art. 6 ZPO.

284. Urteil 5A_603/2013 vom 25.10.2013 E. 4.2.

sachliche Zuständigkeitsbestimmung, als nur das Gericht, bei dem der Erstprozess rechtshängig ist, für die Behandlung der Hauptinterventionsklage sachlich zuständig ist.[285]

Ist der Erstprozess vor einem Handelsgericht rechtshängig, so kommt es in Bezug auf den Hauptinterventionsprozess demnach nicht darauf an, ob die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind,[286] bspw. weil die Klägerin im Erstprozess – passive Streitgenossin sui generis[287] im Hauptinterventionsprozess – gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht im Handelsregister eingetragen ist. Dies ist zwar aufgrund der Besonderheiten des handelsgerichtlichen Verfahrens nicht unproblematisch, aber mit der vom Bundesgericht für zulässig erachteten Situation einer konnexen Widerklage[288] zu vergleichen. Da sich die Hauptintervention auf den gleichen Streitgegenstand wie jenen des Erstprozesses zu beziehen hat, ist sie zum Erstprozess stets konnex. 11 3

J. Nebenintervention

Eine Nebenintervention liegt vor, wenn ein Dritter im Rahmen eines hängigen Zivilprozesses in eigenem Namen eine der Hauptparteien entweder aus eigenem Antrieb (vgl. Art. 74 ff. ZPO) oder auf eine einfache Streitverkündung hin (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO) unterstützt.[289] In diesem Fall gilt der Nebenintervenient als Nebenpartei.[290] Dem Nebenintervenienten als blosse Nebenpartei kommt keine Parteistellung zu, da er weder in eigenem Namen um Rechtsschutz ersucht noch gegen ihn um Rechtsschutz ersucht wird.[291] 11 4

Da Nebenintervenienten keine Parteien sind, gilt für sie im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO weder die Voraussetzung des Handelsregistereintrags[292] 11 5

285. KUKO-Domej, N. 1 und 7 zu Art. 73 ZPO; DK-Göksu, N. 16 zu Art. 73 ZPO; BK-Gross/Zuber, N. 10 zu Art. 73 ZPO; Habscheid/Berti, N. 322.
286. A.M. BK-Berger, N. 16 zu Art. 6 ZPO; Berger et al., N. 193.
287. Gl.M. Grolimund/Ammann, § 13 N. 63. Für eine notwendige Streitgenossenschaft: DK-Göksu, N. 9 zu Art. 73 ZPO; BK-Gross/Zuber, N. 11 zu Art. 73 ZPO. Für eine einfache Streitgenossenschaft: Meier, S. 189. Für eine Beurteilung je nach Fall: KUKO-Domej, N. 9 zu Art. 73 ZPO; ausführlich von Holzen, S. 62.
288. BGE 143 III 495 E. 2.2.2.
289. BGE 142 III 629 E. 2.1, 142 III 40 E. 3.2.1, 113 II 10 E. 1a/aa; KUKO-Domej, N. 1 zu Art. 74 ZPO.
290. Botschaft ZPO, S. 7282; Berti, N. 82 ff. und 85 ff.; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 306.

noch spielt es eine Rolle, ob die Streitigkeit ihre geschäftliche Tätigkeit betrifft oder nicht.[293] Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine abhängige oder unabhängige bzw. streitgenössische Nebenintervention handelt.[294] Auf das Streitwerterfordernis (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) hat die Nebenintervention ebenfalls keinen Einfluss.

K. Einfache Streitverkündung

11 6 Die einfache Streitverkündung besteht in der Aufforderung einer Partei – oder einer streitberufenen Person – gegenüber einer dritten Person, die sie im Fall eines Unterliegens belangen will, sie im Prozess zu unterstützen (Art. 78 ZPO). Von der nach Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO als Nebenintervenientin auftretenden streitberufenen Person war bereits die Rede (vgl. N. 115). Wenn sich die streitberufene Person demgegenüber nicht vernehmen lässt oder sich weigert, die streitverkündende Person im Prozess zu unterstützen (vgl. Art. 79 Abs. 2 ZPO), nimmt sie am Prozess nicht teil. Die Frage nach ihrem Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte stellt sich alsdann nicht.

11 7 Entscheidet sich die streitberufene Person demgegenüber dafür, den Prozess anstelle der Partei zu führen (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO), so ist noch nicht definitiv geklärt, ob sie dies als blosse Stellvertreterin[295] oder als Prozessstandschafterin[296] tut. Agiert sie als blosse Stellvertreterin der streitverkündenden Partei, so hat dies keinen Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte. Wird indessen von einer Prozessstandschaft mit[297] oder ohne[298] gleichzeitigem Parteiwechsel ausgegangen, so kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Prozessstandschaft und zum Parteiwechsel verwiesen werden (vgl. N. 105 f. bzw. N. 102 ff.).

---

291. Gl.M. BK-Berger, N. 14 zu Art. 6 ZPO; Berti, N. 81; KUKO-Domej, N. 1 zu Art. 74 ZPO; BSK-Graber, N. 1 zu Art. 74 ZPO; Hohl, N. 975; von Holzen, S. 21; Kummer, S. 162; Grolimund/Ammann, § 13 N. 51. A.M. DK-Göksu, N. 2 zu Art. 76 ZPO; Sutter-Somm/Seiler, S. 661.
293. Schneuwly, N. 703.
294. Schneuwly, N. 604.
295. So bspw. BPatGer O2017_025 vom 15.3.2018 E. 2.6; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich PP140001 vom 6.6.2014 E. III/3 (ZR 113/2014, Nr. 52, S. 169); Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 2015 12 vom 8.6.2015 E. II/4.
296. Botschaft ZPO, S. 7283 f. Ausführlich Lötscher, N. 766 ff. m.w.N.
297. Botschaft ZPO, S. 7283 f.
298. Ausführlich Lötscher, N. 751 ff.

L. Streitverkündungsklage

Eine Streitverkündungsklage ist nur zulässig, wenn sowohl für die Haupt- als auch für die Streitverkündungsklage dasselbe Gericht sachlich zuständig ist (Art. 81 Abs. 1 lit. b ZPO).[299] Demnach müssen die Voraussetzungen von Art. 6 ZPO auch für die vor einem Handelsgericht erhobene Streitverkündungsklage erfüllt sein.[300] 11 8

M. Objektive Klagenhäufung

Eine objektive Klagenhäufung ist zulässig, wenn das gleiche Gericht für alle gehäuften Ansprüche sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (Art. 90 Abs. 1 ZPO). Sie ist auch zulässig, wenn eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart lediglich auf dem Streitwert beruht (Art. 90 Abs. 2 ZPO). Eines sachlichen Zusammenhangs zwischen den einzelnen Ansprüchen bedarf es nicht.[301] 11 9

Für die Zulässigkeit einer objektiven Klagenhäufung vor dem Handelsgericht ist somit grundsätzlich (Art. 90 Abs. 1 ZPO) vorausgesetzt, dass die sachliche Zuständigkeit in Bezug auf jeden der gehäuften Ansprüche erfüllt und die vereinfachte Verfahrensart nicht anwendbar ist. Ausnahmsweise (Art. 90 Abs. 2 ZPO) ist die objektive Klagenhäufung vor dem Handelsgericht auch dann zulässig, wenn für die einzelnen Ansprüche – bspw. gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO – an sich streitwertbedingt eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit oder eine andere Verfahrensart gälte, ansonsten aber die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte erfüllt sind.[302] Als Beispiel sei die Kombination eines Anspruchs auf Bezahlung von Fr. 50'000.00 mit einem solchen von Fr. 3'000.00 genannt. 12 0

Fraglich bleibt, wie die Konstellation zu behandeln ist, in der keiner der Ansprüche das Streitwerterfordernis von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO für sich alleine erfüllt, die zusammengerechneten Ansprüche hingegen schon. Als Beispiel sei die Kombination eines Anspruchs auf Bezahlung von Fr. 12 1

299. Vgl. zur Rechtslage vor der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO: BGE 147 III 166 E. 3.1, 139 III 67 E. 2.4.2.
300. Berger et al., N. 191; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 4c zu Art. 6 ZPO; Huber-Lehmann, N. 256 f.; SK-Stalder, N. 27 zu Art. 81 ZPO; BSK-Vock/Nater, N. 12a zu Art. 6 ZPO.
301. Botschaft RE-ZPO, S. 2738.
302. Vgl. für die Rechtslage vor Einführung von Art. 90 Abs. 2 ZPO: BGE 142 III 788 E. 4.2.

25'000.00 mit einem solchen von Fr. 10'000.00 genannt. Die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung nach Art. 90 ZPO stellt hier kein Problem dar, da beide Ansprüche in die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens nach Art. 243 Abs. 1 ZPO fallen. Indessen erwog das Bundesgericht in BGE 142 III 788 E. 4.2.3, dass Art. 93 ZPO auch dann Anwendung findet, wenn es um die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart geht und diese Bestimmung bei einer objektiven Klagenhäufung u.a. dazu führen könne, dass sich sowohl die sachliche Zuständigkeit als auch die Verfahrensart verändern könne. Dabei werden nach Art. 93 Abs. 1 ZPO die Streitwerte der geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Dies bedeutet für das obige Beispiel, dass zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart von einem Streitwert von Fr. 35'000.00 auszugehen ist, womit das Streitwerterfordernis von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO erfüllt und der Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens nach Art. 243 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist. Das Handelsgericht ist sachlich somit für die objektiv gehäuften Ansprüche zuständig.[303]

N. Widerklage

12 Nach Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in ihrer Klageantwort
2 Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Käme auf die Widerklage nur aufgrund ihres Streitwerts die vereinfachte Verfahrensart zur Anwendung, bleibt sie dennoch zulässig und es gelangt, zusammen mit der Hauptklage, das ordentliche Verfahren zur Anwendung (Art. 224 Abs. 1^{bis} lit. a ZPO).

12 Anders als etwa bei der objektiven Klagenhäufung nach Art. 90 Abs. 1 lit. a
3 ZPO führt Art. 224 ZPO die gleiche sachliche Zuständigkeit nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage auf.[304] Übersteigt der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts, so hat dieses die Haupt- und Widerklage an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Daraus folgt, dass die gleiche sachliche Zuständigkeit dann keine Zulässigkeitsvoraussetzung einer Widerklage ist, wenn sie einzig streitwertbedingt ist. Eine Widerklage wäre

303. Gl.M. Daetwyler/Stalder, S. 190.
304. Vgl. auch BGE 143 III 495 E. 2.2.1.

daher vor dem Handelsgericht grds. dann zulässig, wenn sie nur aufgrund ihres zu tiefen Streitwerts nicht als handelsrechtliche Streitigkeit zu qualifizieren wäre.[305] Dem steht aufgrund von Art. 224 Abs. 1bis lit. a ZPO auch das vereinfachte Verfahren nicht entgegen.[306] Unzulässig ist demgegenüber eine Widerklage vor einem ordentlichen Gericht, die streitwertbedingt in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fällt. Eine Überweisung der Hauptklage, für die das ordentliche Gericht sachlich zuständig ist, an das Handelsgericht i.S.v. Art. 224 Abs. 2 ZPO lässt sich allein schon aufgrund des Entzugs einer kantonalen Rechtsmittelinstanz nicht rechtfertigen.[307]

Das Bundesgericht hat sodann entschieden, eine Widerklage sei vor dem Handelsgericht dann zulässig, wenn sie sich gegen eine nicht im Handelsregister eingetragene Partei richtet, die im Hauptklageverfahren von ihrem Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO Gebrauch macht, solange zwischen der Haupt- und der Widerklage Konnexität besteht.[308] Was gilt, wenn Haupt- und Widerklage nicht konnex zueinander sind, ist bisher nicht höchstrichterlich entschieden.[309] Die Zulässigkeit einer solchen Widerklage erscheint jedoch zweifelhaft, zumal der Hauptkläger sein Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO nur hinsichtlich einer bestimmten Streitsache ausübt und sich damit nicht generell der handelsgerichtlichen Zuständigkeit unterwirft.[310] 12 4

Eine Widerklage dürfte vor dem Handelsgericht dann unzulässig sein, wenn sie nicht die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betrifft.[311] 12 5

305. BK-Berger, N. 29 zu Art. 6 ZPO; SK-Vetter, N. 40 zu Art. 6 ZPO; Vetter/Brunner, S. 267. A.M. FHB ZPR-Herzog, N. 15.27; SK-Leuenberger, N. 16 zu Art. 224 ZPO.
306. A.M. noch zur Rechtslage vor der im März 2023 verabschiedeten Revision der ZPO: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160003 vom 21.6.2017 E. 1.2 (ZR 2018, Nr. 8, S. 19 f.); KUKO-Richers/Naegeli, N. 8 zu Art. 224 ZPO.
307. Botschaft ZPO, S. 7340; DK-Pahud, N. 21 zu Art. 224 ZPO; SK-Leuenberger, N. 16 zu Art. 224 ZPO.
308. BGE 143 III 495 E. 2.2.2 m.w.N.
309. Vgl. für eine Übersicht der Literatur BGE 143 III 495 E. 2.2.1 sowie SK-Vetter, N. 40 zu Art. 6 ZPO.
310. Gl.M. BK-Berger, N. 29 zu Art. 6 ZPO; Grieder, N. 562; SK-Vetter, N. 40 zu Art. 6 ZPO; Vetter/Brunner, S. 267. A.M. wohl KUKO-Haas/Schlumpf, N. 4a zu Art. 6 ZPO; BSK-Vock/Aepli, N. 18 zu Art. 6 ZPO.
311. Grieder, N. 563; SK-Vetter, N. 40 zu Art. 6 ZPO; Vetter/Brunner, S. 267.

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Baeckert Andreas, Die Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere gemäss Art. 137 FinfraG, Diss., Zürich 2021.

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 11. Aufl., Bern 2024 (zit. Baumgartner et al.).

Berger Bernhard, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht: Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einführungsgesetzgebung, 3. Aufl., Bern 2025 (zit. Berger et al.).

Berti Stephen V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.

Blattmann Andreas D./Moretti Enrico N., Zivilprozessuale Aspekte der Streitgenossenschaft, SJZ 108 (2012), S. 589 ff.

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Brunner Alexander/Vischer Moritz, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Dike Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. I: Art. 1–196 ZPO, 3. Aufl., Zürich 2024.

Bürgi Wolfhart F./Nordmann-Zimmermann Ursula, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 739-771), Bd. V/5b/3, Zürich 1979.

Chabloz Isabelle, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petite Commentaire, Code de procédure civile, 2020.

Daetwyler George/Stalder Christian, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner Alexander/Nobel Peter (Hrsg.),

Handelsgericht Zürich 1866–2016: Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 141 ff.

David Lucas/Frick Markus R./Kunz Oliver M./Studer Matthias U./Zimmerli Daniel, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl., Basel 2011 (zit. David et al.).

Domej Tanja, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Domenig Benjamin/Gür Claudio, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR: Prozessrechtliche Aspekte, AJP 2 (2021), S. 168 ff.

Droese Lorenz, Res iudicata ius facit: Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil., Luzern 2015.

economiesuisse, in: Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004.

Göksu Tarkan, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Dike Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. I: Art. 1–196 ZPO, 3. Aufl., Zürich 2024.

Graber Michael, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Grieder Alain, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2016.

Grolimund Pascal/Ammann Dario, in: Staehelin Daniel/Grolimund Pascal (Hrsg.), Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Zürich 2024.

Gross Balz/Zuber Roger, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012.

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. Guldener, Zivilprozessrecht).

Guldener Max, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR NF 74 I (1955), S. 19 ff. (zit. Guldener, Zwangsvollstreckung).

Haas Ulrich/Schlumpf Michael, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Habscheid Walther J./Berti Stephen V., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.

Härtsch Theodor, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010.

Hauser Robert/Schweri Erhard/Lieber Viktor, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10.5.2010 (GOG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

Herzog Nicolas, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020.

Hohl Fabienne, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2016.

Huber-Lehmann Melanie, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Zürich/St. Gallen 2018.

Hug Dario, Le consommateur en procédure civile suisse, RJN 2018, S. 15 ff.

Killias Laurent, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II: Art. 150–352 und 400–406 ZPO, Bern 2012.

Kummer Max, Grundriss des Zivilprozessrechts: Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984.

Lampel Helene A./Jent-Sørensen Ingrid, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023.

Leuenberger Christoph, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.

Lötscher Cordula, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess: Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss., Basel 2016.

Mabillard Ramon, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I: Art. 1–158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021.

Mauchle Yves, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 7 (2012), S. 933 ff.

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010.

Meier Isaak/Hamburger Carlo, Vollstreckungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht – ein exportwürdiges Institut der schweizerischen Verfahrensdogmatik?, BlSchK 78 (2014) S. 201 ff.

Meier Isaak/Rüegg Michael, Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Brunner Alexander (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, S. 33 ff.

Niklaus Jean-Luc, Quelques aspects judiciaires du droit de la protection des consommateurs, JdT 2017 II, S. 47 ff.

Pahud Eric, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Dike Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. II: Art. 197–408 ZPO, 3. Aufl., Zürich 2024.

Richers Roman/Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Rüetschi David, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Ruggle Peter, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Rüetschi David, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Schlumpf Michael, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020

Schmid Roland, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 42 (2017), S. 129 ff.

Schneuwly Andreas, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, Diss. Zürich/St. Gallen 2021.

Schwaller Julian/Nägeli Georg, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO, Jusletter vom 14.11.2011.

Şenel Toylan, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2011.

Siffert Rino, Das Handelsregister (Art. 927–943 OR), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2021.

Sogo Miguel/Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Spühler Karl, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 2016.

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Staehelin Daniel/von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 119 (2023), S. 815 ff.

Stalder Christian, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Stieger Werner, Die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Prozesse über und im Zusammenhang mit Patenten ab 2011, sic! 1 (2010)

Vetter Meinrad, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Vock Dominik/Aepli Martina, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Vock Dominik/Nater Christoph, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

von Holzen Cristina, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Basel 2006.

Wey Rainer, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Willisegger Daniel, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Wintsch Alexander/Meyer Richard, Streitwertaddition bei Klagenhäufung und einfacher Streitgenossenschaft; ZZZ 40 (2016), S. 275 ff.

Zemp Daniel, Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit: Nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, Diss., Basel 2018.

Ziswiler Hans Ulrich, Die Handelsgerichtsbarkeit im Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2006.

Zollinger Markus, Das (kaufmännische) Unternehmen: Eruierung des zivilrechtlichen Begriffs des (nach kaufmännischer Art geführten) Gewerbes unter Berücksichtigung kartell-, straf-, steuer- sowie sozialversicherungsrechtlicher Unternehmens- und Erwerbstätigkeitsbegriffe, Diss., Zürich/St. Gallen 2019.

Zürcher Johann, Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte, in: Markus Alexander R./Eichel Florian/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess: Chancen und Gefahren – national und international, Bern 2019, S. 1 ff.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Arbeitspapier des Bundesamts für Justiz vom 5.2.2007 an die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats betreffend Artikel 6 E ZPO, Handelsgericht (Anhang zum Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 15./16.2. 2007)

Bericht der Expertenkommission vom Juni 2003 zum Vorentwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (zit. Bericht VE-ZPO).

Beschluss des Kantonsrats des Kantons St. Gallen vom 27.11.1990 über die Zahl der Richter (sGS 941.10).

Beschluss des Kantonsrats des Kantons Zürich vom 10.5.2004 über die Zahl der Handelsrichterinnen und Handelsrichter (LS 212.61).

Botschaft vom 26.2.2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft RE-ZPO).

Botschaft vom 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

Postulat von Christoph Rudin vom 10.5.2007 mit dem Titel «SP: Gerichte beider Basel», Nr. 2007-114, abgelehnt durch den Beschluss des Landrats vom 18.10.2007, abrufbar unter: https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschafte/geschaftsliste

Protokolle der Expertenkommission für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

Protokolle der Kommissionen für Rechtsfragen des National- und Ständerats.

Protokoll der 17. Sitzung des Amtsjahrs 2015/2016 des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt vom 3.6.2015, S. 541 ff., Geschäftsnr. 14.0147.

Vorentwurf mit erläuterndem Bericht der Direktion der Justiz und des Innern vom 9.9.2024 betr. Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (Änderung; Zurich International Commercial Court und weitere Anpassungen), abrufbar unter: https://www.notes.zh.ch/sk/VNL/vnl.nsf/vw-alldocuments/256839C2A2044654C1258B940052D92A/$File/JI%20-%20%C3%84nderung%20GOG%20(ZICC%20und%20weiteres)%20-%20Vorentwurf%20mit%20erl%C3%A4u.pdf.

Vortrag der Direktion für Inneres und Justiz vom 12.2.2025 betr. Geschäftsnr.: 2022.DIJ.6508, abrufbar unter: https://www.gr.be.ch/de/start/geschaefte/geschaeftssuche/geschaeftsdetail.html?guid=80778b82300f4f1a9225f011744ea74f

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 52 ZPO

Eine Kommentierung von Lorenz Sieber

ZITIERVORSCHLAG

Lorenz Sieber, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Sieber, Art. 52 ZPO N. XXX.

3. Titel: Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen

1. Kapitel: Verfahrensgrundsätze

Art. 52 Handeln nach Treu und Glauben

[1] Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.

[2] Unrichtige Rechtsmittelbelehrungen sind gegenüber allen Gerichten insoweit wirksam, als sie zum Vorteil der Partei lauten, die sich darauf beruft.

GLIEDERUNG

I. Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 Abs. 1 ZPO) ... 70
A. Grundlagen ... 70
B. Treu und Glauben im Prozess ... 71
1. Anwendung auf das Zivilverfahren ... 71
2. Hinweise auf die Entstehungsgeschichte ... 71
3. Internationale Aspekte ... 72
C. Sonderverbindung bzw. rechtlich relevante Beziehung ... 73
II. Normadressaten ... 74
III. Normgehalt ... 75
A. Konkretisierung von Art. 52 Abs. 1 ZPO ... 75
1. Bildung von Fallgruppen ... 75
2. Berücksichtigung prozessualer Besonderheiten ... 76
a. Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassung ... 76
b. Treu und Glauben im streitigen Zivilprozess ... 77
3. Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot ... 77
4. Verhältnis zur gesetzlichen Regelung ... 78
a. Allgemeines ... 78
b. Bespiele gesetzlicher Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben ... 79
B. Zu den einzelnen Fallgruppen ... 81
1. Vorbemerkungen ... 81
2. Das Verhältnis der Parteien untereinander ... 81
a. Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben ... 81
b. Verbot des Rechtsmissbrauchs ... 84
3. Das Verhältnis zwischen dem Gericht und den Parteien ... 87
a. Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben ... 87
b. Verbot des Rechtsmissbrauchs ... 89
4. Weitere Beteiligte ... 91
IV. Rechtsfolgen der Verletzung des Gebots zum Handeln Treu und Glauben ... 91
A. Allgemein: Einzelfallbezogene Rechtsfolgen ... 91
B. (Zivil-)Prozessuale Sanktionen ... 91
C. Strafrechtliche Sanktionen ... 93
D. Schadenersatz ... 93
V. Normdurchsetzung ... 94
A. Allgemeine Folgen ... 94
1. Verfahren vor der ersten Instanz ... 94
2. Rechtsmittelverfahren ... 95
B. Weitere Sanktionen ... 96
VI. Eröffnungsmängel und unrichtige Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 Abs. 2 ZPO) ... 98
Literaturverzeichnis ... 102

Materialienverzeichnis 108

I. DER GRUNDSATZ VON TREU UND GLAUBEN (ART. 52 ABS. 1 ZPO)

A. Grundlagen

1 Art. 52 Abs. 1 ZPO hält alle an einem Zivilprozess beteiligten Personen an, «nach Treu und Glauben» zu handeln. Damit nimmt die Zivilprozessordnung das in Art. 2 Abs. 1 ZGB enthaltene «Grundgebot der schweizerischen Rechtsordnung» auf,[312] wonach jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten entsprechend zu handeln hat. Dieser **allgemeine Rechtsgrundsatz**[313] enthält einen «Redlichkeitsstandard»[314] und unterstellt «den zwischenmenschlichen Verkehr [den] ethischen[n] Werte[n] der Redlichkeit, Loyalität [...] und Korrektheit [...]».[315] Dergestalt greift Art. 52 Abs. 1 ZPO einen Rechtsgedanken auf, dessen Wurzeln in die Antike zurückreichen,[316] und der seine Wirkung in der gesamten Rechtsordnung entfaltet.[317] Vor diesem Hintergrund verpflichtet die Bestimmung alle Prozessakteure zu redlichem und korrektem Verhalten und gegenseitiger Rücksichtnahme.[318]

312. Botschaft ZPO, S. 7274; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 1.
313. BGE 111 II 62 E. 3; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 23; BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N. 4.
314. Huwiler, S. 74.
315. ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N. 3. In den Worten des Bundesgerichts spricht Art. 2 ZGB «ein[en] Grundsatz allgemeinster Art, ein[en] "Leitstern der Gesetzesanwendung" überhaupt [...], eine "Schranke aller Rechtsausübung" [an], also eine zu den die einzelnen Rechtsverhältnisse betreffenden Normen hinzutretende, sie ergänzende und ihre Anwendung bestimmende, aus ethischer Betrachtung geschöpfte Grundregel» (BGE 83 II 345 E. 2).
316. BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N. 7 f.; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 36 ff.
317. BGE 143 III 666 E. 4.2; BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N. 4. Die umfassende Geltung des Gebots zum Handeln nach Treu und Glauben zeigt namentlich seine Verankerung in Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (vgl. BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N. 4; SGK-Schindler/Tschumi, Art. 5 BV N. 63). In Art. 9 BV ist der Anspruch, von staatlicher Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden, sodann als eigenständiges Grundrecht verankert (BGE 148 II 233 E. 5.5.1; 146 I 105 E. 5.1.1; Müller/Schefer, S. 31 f.; SGK-Kradolfer, Art. 9 BV N. 82 ff.; vgl. dazu hinten N. 10).
318. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 11; Göksu, Art. 52 ZPO N. 5; vgl. auch CP-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 1.

B. Treu und Glauben im Prozess

1. Anwendung auf das Zivilverfahren

Das in Art. 52 Abs. 1 ZPO enthaltene Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben bezieht sich auf das Zivilverfahren, wie es nach Art. 1 ZPO zu verstehen ist.[319] Der **Bezug auf den Zivilprozess** ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Bestimmung im Prozesserlass enthalten ist. Art. 52 Abs. 1 ZPO spricht denn auch davon, die «am Verfahren beteiligten Personen» hätten sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Auch wenn die Anwendbarkeit des in Art. 52 Abs. 1 ZPO verankerten Grundsatzes dergestalt auf das Zivilverfahren beschränkt ist,[320] erfasst er dieses dennoch in seiner Gesamtheit. Dies zeigt sich an seiner Aufnahme unter die Verfahrensgrundsätze (Art. 52-58 ZPO), mithin jene «wichtigsten normativen Richtlinien des Zivilprozessrechts»[321], die den Charakter eines jeden (Zivil-)Prozesses prägen.[322] Die Bezugnahme von Art. 52 Abs. 1 ZPO auf den Zivilprozess wirkt sich in vielfältiger Weise aus[323] und es gilt, sie bei der notwendigen Konkretisierung der Bestimmung[324] im Auge zu behalten. 2

2. Hinweise auf die Entstehungsgeschichte

Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Zivilprozess war nicht immer anerkannt: Das Bundesgericht sah für eine Anwendung von Art. 2 ZGB im Prozess lange kein Bedürfnis, namentlich weil das Verfahren, anders als die materielle Rechtsverhältnisse, sich zufolge einer erschöpfenden gesetzlichen Regelung nicht anders als vorgesehen abspielen könne, die auf dem Spiel stehenden Interessen daher im Voraus erkennbar und im Einzelnen abgewogen seien und kein Raum bestehe, gesetzlich nicht anerkannte Interessen zu verfolgen.[325] Als zulässig erachtete das höchste Gericht es jedoch, die Bestimmung als subsidiären Grundsatz des kantonalen 3

319. Zum Begriff des Zivilverfahrens vgl. etwa BSK-Vock/Aepli, Art. 1 ZPO N. 1 ff.; vgl. auch BGE 148 III 172 E. 3.2.1.
320. Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 11.
321. Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, N. 671 S. 193.
322. Sutter-Somm, S. 301.
323. Vgl. KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 5, sowie hinten N. 5 und N. 41 ff.
324. Vgl. hinten N. 9 ff.
325. BGE 40 III 154 E. 4; vgl. auch BGE 42 III 81, 85; BGE 41 III 186 E. 2; beachte demgegenüber die Analyse der frühen Rechtsprechung bei Schwartz, S. 291 ff.

(Gewohnheits-)Rechts anzuwenden.[326] In einem wegweisenden Aufsatz aus dem Jahre 1943 hat Max Guldener demgegenüber aufgezeigt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilprozess eine wertvolle Rolle übernehmen kann, indem er eine missbräuchliche Ausübung prozessualer Reche verhindert, auch wenn sich das gewählte Vorgehen auf den Wortlaut des Gesetzes zu stützen vermag.[327] Dabei hat er einleuchtend ausgeführt: «Wenn schon bei der Ausübung der Privatrechte nach Treu und Glauben zu verfahren ist, so kann es nicht erlaubt sein, bei der Geltendmachung oder bei der Abwehr solcher Rechte im Prozess sich einer Taktik zu bedienen, die mit diesem Grundsatz in Widerspruch steht».[328] In der Folge bezeichnete das Bundesgericht Art. 2 ZGB als «eine Norm der allgemeinen Rechtslehre», der auch ausserhalb des Zivilrechts die Geltung nicht versagt werden könne,[329] und anerkannte den Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeinen Grundsatz, der auch für das Prozess- und Betreibungsrecht gilt.[330] Soweit der Zivilprozess indes durch die Kantone geregelt wurde,[331] ordnete das Bundesgericht auch das Gebot von Treu und Glauben dem kantonalen Recht zu.[332] Nachdem dem Bund die Gesetzgebungskompetenz nunmehr auch auf dem Gebiet des Zivilprozesses zukommt,[333] ist mit dem Erlass von Art. 52 ZPO[334] klargestellt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Bereich des Zivilprozessrechts dem Bundesrecht zuzuordnen ist.[335]

3. Internationale Aspekte

4 Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Zivilprozess ist auch international anerkannt, wie seine Aufnahme in die **Unidroit Principles of**

326. BGE 83 II 345 E. 2; BGE 56 I 443, 448.
327. Guldener, SJZ, S. 409, und dazu ausführlich Reiser, S. 441 ff.
328. Guldener, SJZ, S. 391.
329. BGE 83 II 345 E. 2.
330. BGE 132 I 249 E. 5; BGE 128 III 50 E. 2c/aa; BGE 96 II 161 E. 4b; BGE 84 I 56 E. 4c; BGE 79 III 63 E. 1; aus der jüngeren Rechtsprechung vgl. BGE 142 III 296 E. 2.4.3.1.
331. Art. 64 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, in der Fassung gemäss Bundesbeschluss vom 21. Dezember 1898 (AS 16 885, 886). Verschiedene kantonale Prozessordnungen erwähnten den Grundsatz von Treu und Glauben ausdrücklich (vgl. etwa § 50 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 54 ZPO/UR; § 77 ZPO/AG; § 57 ZPO/LU).
332. BGE 132 I 249 E. 5; BGE 111 II 62 E. 3; vgl. aber BGE 105 II 149 E. 3.
333. Art. 122 Abs. 1 BV in der Fassung gemäss Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 (AS 2002 3148).
334. In der Fassung vom 19. Dezember 2008; AS 2010 1739, 1750.
335. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 11; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 7; Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 5.

Transnational Civil Procedure[336] zeigt. Deren Art. 11.1 lautet folgendermassen: «The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties».[337] Hierdurch werden insbesondere die Parteien angehalten «not [to] make a claim, defense, motion or other initiative or response that is not reasonably arguable in law and fact».[338]

C. Sonderverbindung bzw. rechtlich relevante Beziehung

Das Gebot von Treu und Glauben regelt den Inhalt der Rechtsverhältnisse[339] und knüpft an eine zwischen den Betroffenen bestehende Sonderverbindung oder rechtlich relevante Beziehung an, innerhalb der sich die aus dem allgemeinen Grundsatz ergebenden Rechte und Pflichten entfalten.[340] Dies ist im Prozess nicht anders als in anderen Verhältnissen; Art. 52 Abs. 1 ZPO unterschiedet sich von Art. 2 Abs. 1 ZGB diesbezüglich nicht.[341] Entsprechend hält das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Zustellung gerichtlicher Akte fest: «Nach der Rechtsprechung entsteht [...] erst mit der Rechtshängigkeit ein **Prozessrechtsverhältnis**, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, [...]».[342] Angesprochen ist damit das namentlich zwischen den Parteien sowie den Parteien und dem Gericht ab Verfahrensbeginn bestehende Rechtsverhältnis dem sich die verschiedenen Rechte und Pflichten derselben zuordnen lassen.[343] Soweit die am Prozessrechtsverhältnis beteiligten Personen betreffend knüpft das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben folglich an eben dieses Verhältnis an. 5

Im Umfeld eines Zivilprozesses und funktional auf diesen bezogen bestehen neben dem Prozessrechtsverhältnis **weitere rechtlich relevante** 6

336. Allgemein zu den Unidroit Principles vgl. Stürner, S. 201 ff.
337. Text abgedruckt in: Uniform Law Review, 2004-4, S. 778. Hurni (BK, Art. 52 ZPO N. 8) zählt das Prinzip von Treu und Glauben im Zivilprozess daher zum Bestand einer transnationalen *lex mercatoria processualis*.
338. Hazard et al., S. 10.
339. Vgl. die Marginalie von Art. 2 ZGB.
340. ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N. 3 ff.; CR-Chappuis, Art. 2 ZGB N. 20 ff.; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 4 ff.; Zeller, S. 277 f.
341. Vgl. Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 11 f., die hinsichtlich des Adressatenkreises keinen grundlegenden Unterschied zwischen den beiden Bestimmungen ausmachen können.
342. BGE 138 III 225 E. 3.1; vgl. weiter BGE 130 III 396 E. 1.2.3; BGer 2F_15/2024 vom 26.11.2024 E. 2.2; BGer 5A_646/2015 vom 4.7.2016 E. 2.2.1.

Beziehungen, die als Anknüpfungspunkt für die Verpflichtung zu redlichem und korrektem Verhalten nach Art. 52 Abs. 1 ZPO zu dienen vermögen. Zu erwähnen sind etwa die dem öffentlichen Recht entspringenden Verhältnisse zwischen dem Staat und der unentgeltlichen Rechtsvertretung[344] oder einer Gutachtensperson[345] oder die sich aus dem Gesetz ergebende Zeugnispflicht.[346] Hinsichtlich dieser Personen knüpft die Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben an diese Verhältnisse an.

II. NORMADRESSATEN

7 Gemäss Art. 52 Abs. 1 ZPO haben **alle am Verfahren beteiligten Personen** nach Treu und Glauben zu handeln. Der Gesetzeswortlaut erfasst damit nicht nur die Parteien sowie das Gericht und seine Mitglieder, mithin die Richterinnen und Richter und andere Gerichtspersonen,[347] sondern auch sämtliche weiteren Verfahrensbeteiligten wie Parteivertreterinnen und Parteivertreter, Intervenientinnen und Intervenienten sowie Dritte wie Zeuginnen und Zeugen oder Sachverständige.[348] Nichts anderes ergibt sich aus der italienischen («tutte le persone che partecipano al procedimento») und der französischen Fassung («quiconque participe à la procédure») des Gesetzes. Aus dem Bezug von Art. 52 Abs. 1 ZPO auf den Zivilprozess[349] ist indes abzuleiten, dass die Anwendung der Norm einen Zusammenhang zu eben diesem Prozess voraussetzt. Folglich vermag sich das nach der Zivilprozessordnung geltende Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben nur insoweit auszuwirken, als unmittelbar auf den Prozess bezogene Handlungen in Frage stehen. Weitergehend, also etwa hinsichtlich der Entschädigung einer sachverständigen Person, sind allein die sich aus dem

343. Bohnet/Berti, S. 77; Habscheid/Berti, § 2 N. 21 f.; BK-Zingg, Art. 59 ZPO N. 4; für das öffentliche Verfahren vgl. etwa Egli, S. 227; Feller, Art. 16 VRPG/BE N. 7 f.
344. BGE 141 III 560 E. 3.3.2.
345. BGE 134 I 159 E. 3; BK-Rüetschi, Art. 183 ZPO N. 22.
346. BK-Rüetschi, Art. 169 ZPO N. 1; allgemein zu den gesetzlichen Rechtsverhältnisse als Anknüpfungspunkte für die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben vgl. BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 3.
347. BGer 5A_647/2022 vom 27.3.2023 E. 3.3.2; BGer 4A_319/2021 vom 18.7.2022 E. 2.1. Soweit im Rahmen der vorliegenden Kommentierung auf das «Gericht» als Normadressat eingegangen wird, sind damit stets auch dessen Mitglieder gemeint.
348. Göksu, Art. 52 ZPO N. 4; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 16; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 1; CP-Trezzini, Art. 52 ZPO N. 2 und 29.
349. Vgl. vorne N. 2 ff.

spezifischen Grundverhältnis[350] ergebenden Rechte und Pflichten massgebend.

Gründe für eine weitergehende Einschränkung der umfassend formulierten Bestimmung von Art. 52 Abs. 1 ZPO,[351] bestehen nicht: Zwar wird teilweise angezweifelt, dass Art. 52 Abs. 1 ZPO auch auf **Drittpersonen** Anwendung findet, namentlich Zeugen und Zeuginnen, Sachverständige sowie Übersetzer und Übersetzerinnen, die nur indirekt am Prozess teilnehmen. Da diese nicht vom Prozessrechtsverhältnis erfasst würden, fehle es an der für die Anwendung der Norm notwendigen Anknüpfung.[352] Wie dargelegt bestehen indes auch bezüglich dieser Personen rechtlich relevante Beziehungen, die die Anwendung von Art. 52 Abs. 1 ZPO erheischen.[353] Zu bedenken ist insoweit, dass diese Personen nur aufgrund dieser Beziehungen überhaupt (in welcher Form auch immer) am fraglichen Zivilprozess teilnehmen. 8

III. NORMGEHALT

A. Konkretisierung von Art. 52 Abs. 1 ZPO

1. Bildung von Fallgruppen

Das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben, mithin die Verpflichtung zu redlicher und korrekter Prozessführung und gegenseitiger Rücksichtnahme,[354] ist ausgesprochen unbestimmt und als Generalklausel zu charakterisieren.[355] Es bedarf der Konkretisierung im Einzelfall, wobei nach Art. 1 Abs. 2 ZGB vorzugehen ist und Regeln zu bilden sind, wie der Gesetzgeber sie aufstellen würde.[356] Rechtsprechung und Lehre haben dabei eine Reihe **typischer Fallgruppen** erarbeitet, mit denen das Prinzip von Treu und Glauben konkretisiert wird und die sich zur Lösung neuer Fälle verwenden lassen.[357] 9

350. Für Sachverständige vgl. die Hinweise in Fn. 34 hiervor.
351. Zur Bedeutung des Wortlauts einer Bestimmung vgl. statt vieler: BGE 149 I 91 E. 2.2; BGE 145 II 153 E. 4.3.1.
352. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 6, 12 und 14; Jeandin/Peyrot, S. 12 N. 38; vgl. auch PC-Chabloz, Art. 52 ZPO N. 4.
353. Vgl. vorne N. 6.
354. Vgl. vorne N. 1.
355. BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 66; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 14; allgemein vgl. Sieber, Ausgleich, S. 64 Fn. 344.
356. BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N. 445; Sieber, Ausgleich, S. 65 ff.

Bevor einzelne dieser Fallgruppen vorgestellt werden,[358] soll kurz auf einige grundlegende Aspekte eingegangen werden, die für die Konkretisierung von Art. 52 Abs. 1 ZPO von besonderer Bedeutung erscheinen.[359] Auch ist aufzuzeigen, in welchem Verhältnis das allgemeine Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben zu jenen gesetzlichen Bestimmungen steht, die bereits eine Konkretisierung desselben enthalten.[360]

2. Berücksichtigung prozessualer Besonderheiten

a. Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassung

10 Auf Gerichtsverfahren[361] über zivilrechtliche Ansprüche[362] sind die Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV anwendbar. Die dort enthaltenen **Verfahrensgarantien** (mithin die Garantie auf ein faires Verfahren sowie auf jene auf gleiche und gerechte Behandlung) und deren Teilgehalte, weisen verschiedene Berührungspunkte zum Grundsatz von Treu und Glauben auf.[363] So etwa das Verbot des überspitzten Formalismus[364] und das Beschleunigungsgebot[365]. Soweit das Verhältnis zwischen dem Gericht und einer am Verfahren beteiligten Person betroffen ist, sei dies eine Partei oder eine andere Verfahrensbeteiligte, gilt es daher, bei der Konkretisierung von Art. 52 Abs. 1 ZPO diesen Garantien Rechnung zu tragen.[366] Die Pflicht des Gerichts zum Handeln nach Treu und Glauben ergibt sich sodann ebenfalls aus Art. 9 BV.[367]

---

357. ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N. 16; vgl. weiter zu Art. 52 ZPO BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 17, und zu Art. 2 ZGB BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 64 ff.; SHK-Hausheer/Jaun, Art. 2 ZGB N. 15.
358. Vgl. hinten N. 27 ff.
359. Vgl. nachfolgende N. 10 ff.
360. Vgl. hinten N. 16 ff.
361. SGK-Steinmann/Schindler/Wyss, Art. 29 BV N. 15.
362. BGE 144 I 340 E. 3.3.4.
363. BGer 4A_319/2021 vom 18.7.2022 E. 2.1; BGer 4A_267/2014 vom 8.10.2014 E. 4.1; Göksu, Art. 52 ZPO N. 6; vgl. auch SGK-Steinmann/Schindler/Wyss, Art. 29 BV N. 9, zum Verhältnis zwischen den Verfahrensgarantien und dem für das Gericht ebenfalls anwendbaren Art. 9 BV.
364. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 67; zum Verbot des überspitzten Formalismus vgl. hinten N. 37.
365. Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 26; zum Beschleunigungsgebot vgl. hinten N. 36.
366. Allgemein zur verfassungskonformen Auslegung vgl. BGE 145 III 56 E. 5.3.1; BGE 140 III 221 E. 4.2.
367. Art. 35 Abs. 2 BV; Botschaft ZPO, S. 7274; BSK-Gehri, Art. 52 ZPO N. 2; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 16; vgl. weiter die Hinweis in Fn. 6.

b. Treu und Glauben im streitigen Zivilprozess

Die Zivilprozessordnung findet insbesondere auf streitige Zivilsache Anwendung (Art. 1 Bst. a ZPO). Als solche gelten kontradiktorische Verfahren zwischen mindestens zwei Parteien, die auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse im Sinne einer *res iudicata* abzielen.[368] Der Zivilprozess kann mithin als ein Verfahren verstanden werden, mit dem die autoritative Festlegung von Bestand und Inhalt der Rechtsbeziehungen unter den Parteien erreicht werden soll.[369] Er dient der Durchsetzung von deren (subjektiven) Rechten.[370] Wie allgemein im Rechtsverkehr und namentlich bei der Begründung ihrer Rechte, sind die Partien auch bei deren Durchsetzung grundsätzlich an den allgemeinen Redlichkeitsstandard von Treu und Glauben gebunden.[371] Indes stehen die Prozessparteien im Streit miteinander und müssen sich entsprechend mit einem gewissen Misstrauen begegnen.[372] Es kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie der Gegenpartei helfen, den Prozess zu gewinnen; der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet weder prozessuales Taktieren noch die Umsetzung einer günstigen Prozessstrategie.[373] Die Parteien haben ferner grundsätzlich das Recht, sich auf bestehende Verfahrensvorschriften zu berufen und auf der Einhaltung verfahrensrechtlicher Formen zu bestehen.[374] Diesen Zusammenhängen gilt es bei der Konkretisierung von Art. 52 Abs. 1 ZPO Rechnung zu tragen, soweit das Verhältnis der Prozessparteien untereinander betroffen ist. Wie verschiedentlich bemerkt wurde, ist der Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess vor diesem Hintergrund noch **vorsichtiger als im materiellen Recht** anzuwenden.[375] 11

3. Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

Die Zivilprozessordnung übernimmt wie ausgeführt den in Art. 2 ZGB enthaltenen allgemeinen Grundsatz für den Zivilprozess.[376] Nach ihrem 12

368. BGE 149 III 249 E. 3.1.2; BGE 140 III 550 E. 2.5.
369. Vgl. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 50; Kummer, S. 3.
370. Frank/Sträuli/Messmer, Einführung, N. 14; vgl. etwa auch BGE 149 III 12 E. 3.3.1.
371. Vgl. vorne N. 3 und den dortigen Hinweis auf Guldener, SJZ, S. 391; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 11.
372. Göksu, Art. 52 ZPO N. 8.
373. Vgl. auch ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N. 499.
374. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 25; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 13.
375. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 14; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 2.

Wortlaut, nimmt die Bestimmung von Art. 52 Abs. 1 ZPO zwar allein das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB auf. Es ist jedoch anerkannt, dass auch im Prozess der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet, Art. 52 Abs. 1 ZPO mithin auch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB umfasst.[377] Art. 52 Abs. 1 ZPO enthält dergestalt ein **Gebot loyalen** und ein **Verbot illoyalen** Handelns.[378]

4. Verhältnis zur gesetzlichen Regelung

a. Allgemeines

13 Art. 52 Abs. 1 ZPO enthält einen neben die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen tretenden allgemeinen Rechtsgrundsatz.[379] Wie dieser allgemeine Grundsatz sich im Einzelnen **zur gesetzlichen Regelung verhält**, bedarf der Klärung. Zu diesem Problemkreis hat das Bundesgericht bereits früh bemerkt: «[L]e principe de la bonne foi ne peut primer celui de la légalité et donner au juge le pouvoir de modifier comme il l'entend la loi ou d'en faire purement abstraction [...]. En particulier, la référence au principe de la bonne foi ne permet pas au juge d'introduire dans le droit toutes sortes de postulats d'éthique sociale que le législateur n'a pas voulu y insérer. [...] Bien plus, lorsque le but d'une disposition légale est défini clairement ou qu'il revêt un caractère absolu, comme c'est le cas des règles de procédure, il n'y a normalement pas place pour une adaptation au cas particulier sous le signe de la bonne foi [...].»[380] Entsprechend besteht im Zivilprozessrecht generell wenig Raum, um zufolge Treuwidrigkeit oder Rechtsmissbrauchs von einer klaren Verfahrensvorschrift abzuweichen.[381] Auf die Generalklausel von Art. 52 Abs. 1 ZPO ist daher nur zurückzugreifen, wenn ein bestimmte Handlung, die nicht

376. Vgl. vorne N. 1.
377. BGer 4A_482/2020 vom 22.2.2021 E. 6.1; BGer 5D_14/2020 vom 28.10.2020 E. 5.1.2; BGer 5A_570/2017 vom 27.8.2018 E. 6.1; BGer 4A_590/2016 vom 26.1.2017 E. 2.1; Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 10; Göksu, Art. 52 ZPO N. 28 f.; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 10; zum alten Recht vgl. nur BGE 132 I 249 E. 5; allgemein zum Verhältnis zwischen den Abs. 1 und 2 von Art. 2 ZGB vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 57 ff.; für historische und rechtsvergleichende Aspekte vgl. BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N. 7 f.
378. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 9.
379. Vgl. vorne N. 1 ff.
380. BGE 107 Ia 206 E. 3b.
381. BGE 146 III 185 E. 4.4.2; BGE 123 III 220 E. 4d; CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 25; Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 22.

Gegenstand einer speziellen gesetzlichen Regelung ist, als gegen Treu und Glauben verstossend eingestuft werden muss.[382]

Im Einzelnen ist **durch Auslegung** der fraglichen Gesetzesbestimmungen zu klären, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber Raum für einen Rückgriff auf Treu und Glauben gelassen hat.[383] Dabei drängen die soeben dargestellten Zusammenhänge sowie der Umstand, dass die Prozessparteien im Streit miteinander stehen,[384] auf eine vorsichtige Anwendung des allgemeinen Grundsatzes. Gleichzeitig sieht das Gesetz selbst in Art. 52 Abs. 1 ZPO die Anwendung von Treu und Glauben auch im Zivilprozess vor, weshalb sich eine allzu restriktive Handhabung des allgemeinen Grundsatzes ebenfalls nicht rechtfertigt. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Zivilprozessordnung keine erschöpfende Regelung des Zivilprozesses enthält, die in der Lage wäre, alle auf dem Spiel stehenden Interessen im Voraus aufzunehmen, und die jeglichen Bedarf nach einem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ausschliesst.[385] 14

Der Grundsatz von Treu und Glauben entfaltet indes nicht nur als Korrektiv einzelner gesetzlicher Regelungen Wirkung. Es ist ihm vielmehr bereits **im Rahmen der (teleologischen) Auslegung** der einzelnen Bestimmungen des Prozesserlasses Rechnung zu tragen, sodass diese ohne Widerspruch zum allgemeinen Rechtsgedanken zur Anwendung gebracht werden können.[386] 15

b. Beispiele gesetzlicher Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben

Im Einzelnen kann beispielsweise etwa auf nachfolgende **Konkretisierungen** des Grundsatzes von Treu und Glauben **in der Zivilprozessordnung** verweisen werden:[387] 16

Gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO hat eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. 17

382. Göksu, Art. 52 ZPO N. 7; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 14.
383. Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 75 ff.
384. Vgl. vorne N. 11.
385. Vgl. vorne N. 3.
386. Vgl. BGE 107 Ia 206 E. 3a; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N. 83 ff.
387. Hierbei handelt es sich aber keinesfalls um eine abschliessende Aufzählung. Vgl. dazu auch Göksu, Art. 52 ZPO N. 7; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 15.

18 Art. 56 ZPO verpflichtet das Gericht, einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung zu geben, wenn ihr Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (sog. **gerichtliche Fragepflicht**).

19 Gemäss Art. 128 Abs. 3 ZPO können die Parteien bei **bös- oder mutwilliger Prozessführung** mit einer Ordnungsbusse bestraft werden.

20 Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO bestimmen, dass mangelhafte, unleserliche, ungebührliche, unverständliche oder weitschweifige Eingaben innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern sind. Nach Art. 132 Abs. 3 ZPO werden **querulatorische und rechtsmissbräuchliche Eingaben** dagegen ohne Weiteres zurückgeschickt.

21 Nach Art. 134 ZPO muss die **Vorladung** mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin versandt werden, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht.

22 Bei der **Verweigerung der Annahme eines gerichtlichen Schreibens** gilt dieses nach Art. 138 Abs. 3 Bst. b ZPO bei persönlicher Zustellung am Tage der Weigerung als dennoch zugestellt.

23 Das Gericht **weist** die Parteien nach Art. 145 Abs. 3 ZPO von Amtes wegen auf die **Ausnahmen vom Fristenstillstand hin**.

24 Art. 148 ZPO regelt die **Wiederherstellung versäumter Fristen**.

25 Gemäss Art. 160 ZPO trifft die Parteien eine **Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung**. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gegenpartei, die eine Tatsache zu beweisen hat, sich in Beweisnot und die nicht beweisbelastete Partei sich näher am Beweis befindet, sowie im Zusammenhang mit dem Beweis negativer Tatsachen.[388] Die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung an der Beweiserhebung berücksichtigt das Gericht nach Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung.

388. BGer 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 vom 5.3.2014 E. 6.6.4; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 35 f.; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 7.

B. Zu den einzelnen Fallgruppen

1. Vorbemerkungen

Nachfolgend sollen einige in Lehre und Rechtsprechung anerkannte **Fallgruppen** von Verhaltensweisen vorgestellt werden, die gegen Treu und Glauben im Prozess verstossen. Diese sind mit Blick auf das vorstehend Ausgeführte danach zu gliedern, ob das Verhältnis unter den Parteien, jenes der Parteien zum Gericht oder ein weitere Verfahrensbeteiligte betreffendes Verhältnis in Frage steht[389] und ob das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben oder das Rechtsmissbrauchsverbot angesprochen ist. Diese Darstellung ist nicht abschliessend. Vielmehr können die anerkannten Fallgruppen zur Konkretisierung von Art. 52 Abs. 1 ZPO in weiteren Konstellationen dienen,[390] namentlich solchen, an denen Normadressaten beteiligt sind, die ausserhalb des Prozessrechtsverhältnisses stehen. Zu diesem letzten Fall wurde indes mit Recht bemerkt, dass die diese Personen treffenden Verhaltenspflichten häufig andernorts gesetzlich geregelt sein dürften.[391] 26

2. Das Verhältnis der Parteien untereinander

a. Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben

Aus Art. 52 Abs. 1 ZPO fliesst, dass (einseitige und mehrseitige) **Prozesshandlungen nach Treu und Glauben auszulegen** sind.[392] Demnach kommt es für das Verständnis einer Prozesshandlung nicht auf den 27

389. Baumgärtel, S. 358, verweist auf die unterschiedlichen Funktionen, die dem Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben zukommt, je nach dem welches Verhältnis betroffen ist: «Dieser Überblick über die gesellschaftsgeschichtliche Einbettung des Problems macht deutlich, dass dem Treu- und Glaubensprinzip im Zivilprozess im Verhältnis der Parteien zueinander die Funktion einer Bewertungskorrektur der mehr oder weniger starren Prozessregeln zur Herbeiführung einer gerechten Entscheidung zukommt. Im Verhältnis zwischen dem Gericht und Parteien hat die Generalklausel eine Abwehrfunktion gegen eine funktionswidrige Ausnutzung der Rechtsschutzeinrichtung und umgekehrt unter Umständen eine Schutzfunktion für die Parteien gegenüber einer zu stark werdenden dritten Gewalt.»
390. Vgl. vorne N. 9.
391. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 14; vgl. auch hinten N. 40.
392. BGE 105 II 149 E. 2a; BGer 5A_342/2022 vom 26.10.2022 E. 2.1.3; CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 18; Göksu, Art. 52 ZPO N. 14; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 18; SHK-Schenker, Art. 52 ZPO N. 19.

subjektiven Willen der Partei an, sondern darauf, wie sie unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden durfte.[393] Offensichtliche Irrtümer wie die falsche Bezeichnung eines Rechtsmittels oder der Gegenpartei, Rechenfehler oder eine irrtümliche oder unglückliche Wortwahl schaden nicht.[394] Namentlich bei Unklarheiten oder Unvollständigkeit eines Begehrens kann das Gericht nach Art. 56 ZPO gehalten sein, einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung ihrer Eingabe zu geben.[395] Eine unzulässige oder unwirksame Prozesshandlung ist ausserdem in eine dem gleichen Zweck dienende gültige Prozesshandlung umzudeuten, falls Erstere alle Tatbestandselemente der Letzteren aufweist und der Wille der Partei feststellbar ist, bei Fehlerhaftigkeit der einen die andere Prozesshandlung vorzunehmen.[396] Weiter darf berücksichtigt werden, falls eine Laieneingabe vorliegt.[397] Insbesondere kann von einer rechtsunkundigen Partei nicht erwartet werden, juristische Fachbegriffe überhaupt oder in einem in Fachkreisen üblichen Sinn zu verwenden.[398] Prozessbegehren dürfen nicht buchstabengetreu ausgelegt werden, ohne dass gefragt wird, welcher Sinn ihnen beizumessen ist.[399] Sie sind stets im Lichte der Begründung zu lesen.[400]

28 Die Parteien trifft nach Treu und Glauben insofern eine **Wahrheitspflicht**, als sie nicht mutwillig unwahre Tatsachenbehauptungen aufstellen oder wahre Tatsachen wissentlich bestreiten dürfen.[401] Eine bewusst unwahre Behauptung oder Bestreitung bleibt im Prozess unberücksichtigt und auch ein wahrheitswidriger übereinstimmender Parteivortrag bindet das Gericht nicht.[402] Dies bedeutet jedoch nicht, dass nur solche Behauptungen zulässig wären, die die Partei als wahr kennt, und dass nur bestritten werden darf, was als

393. BGE 105 II 149 E. 2a; BGer 4C.179/2000 vom 7.2.2001 E. 2d; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 7a; CP-Trezzini, Art. 52 ZPO N. 10.
394. Göksu, Art. 52 ZPO N. 15; SHK-Schenker, Art. 52 ZPO N. 19; betreffend die falsche Bezeichnung eines Rechtsmittels im Verfahren vor Bundesgericht vgl. BGE 135 III 329 E. 1.1; BGE 134 III 379 E. 1.2.
395. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 18; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 19.
396. BGer 4A_551/2008 vom 12.5.2009 E. 2.3; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 20.
397. BGer 5A_695/2015 vom 1.2.2016 E. 2.2 (betreffend Art. 42 Abs. 6 BGG).
398. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 19.
399. BGE 113 Ia 94 E. 2; BGer 5A_342/2022 vom 26.10.2022 E. 2.1.3; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 19.
400. Vgl. hinten N. 37.
401. BGer 4A_221/2015 vom 23.11.2015 E. 2.1, nicht publiziert in: BGE 141 III 549.
402. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 31; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 6.

unwahr bekannt ist. Vielmehr sind blosse Mutmassungen zulässig, sofern diese nicht gänzlich ohne greifbare Anhaltspunkte erfolgen. Derartige Mutmassungen können unter Umständen sogar prozessual geboten sein.[403] Zulässig ist es, eine als unwahr bekannte Tatsache zu behaupten, die sich nur zum eigenen Nachteil auswirkt.[404] Keine Pflicht besteht zum Vorbringen von für den eigenen Standpunkt ungünstigen Tatsachen bzw. von Tatsachen, die der eigenen Sachverhaltsdarstellung zuwiderlaufen.[405] Die Obliegenheit der nicht beweisbelsteten Partei, Vorbringen der Gegenpartei substanziiert zu bestreiten,[406] wird sodann teilweise aus der Wahrheitspflicht abgeleitet.[407] Soweit eine Partei an der Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet ist, sie namentlich im Rahmen einer Parteibefragung oder einer Beweisaussage befragt wird, ergibt sich die Pflicht zur Wahrheit indes bereits aus Art. 160 Abs. 1 Bst. a, Art. 191 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 1 ZPO.[408]

29 Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben lässt sich schliesslich das Gebot der **Vertrauensentsprechung im Prozess** ableiten. Erweckt eine Partei demnach bei der Gegenpartei schutzwürdiges Vertrauen, hat sie diesem zu entsprechen.[409] Schutzwürdig ist das Vertrauen aber nur, wenn die Gegenpartei die tatsächlichen Gegebenheiten nicht kannte und sie auch bei der im konkreten Fall erforderlichen Aufmerksamkeit nicht kennen konnte.[410] So muss sich beispielsweise eine Partei auf ihren Erklärungen, aus denen die Gegenpartei nach Treu und Glauben auf eine Domizilnahme schliessen darf, behaften lassen. Die Festlegung auf den durch die Erklärungen geschaffenen

403. Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 28; Göksu, Art. 52 ZPO N. 11; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 29; KK-Oberkammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 52 ZPO N. 5. Hurni nennt das Beispiel, dass eine Partei eine von der Gegenpartei aufgestellte Behauptung zufolge drohender Anerkennung (Art. 150 Abs. 1 ZPO) bestreiten kann und nicht (wahrheitsgemäss) erklären muss, sie erinnere sich nicht an eine eigene Handlung oder Wahrnehmung. Chevalier/Boog und Göksu verweisen darauf, dass eine Partei Tatsachen behaupten darf, die ihr unbekannt sind und erst im Beweisverfahren erhärtet werden sollen, so etwa innere Vorgänge einer Person.
404. Göksu, Art. 52 ZPO N. 11.
405. Insofern besteht daher keine Vollständigkeitspflicht; CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 47a; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 30; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 52 ZPO N. 5. Vgl. aber BGer 5P. 334/2004 vom 14.10.2004 E. 7.1 sowie BGer 4P.163/2003 vom 29.1.2004 E. 2.3, wonach die Parteien nach Treu und Glauben auch von Lügen durch Unterlassen Abstand zu nehmen haben.
406. BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_462/2024 vom 24.3.2025 E. 3.1.1.
407. KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 6.
408. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 47; Göksu, Art. 52 ZPO N. 11; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 28.

Rechtsschein erfolgt dabei ohne Rücksicht auf einen abweichenden inneren Willen der Partei und mit entsprechenden Konsequenzen für die örtliche Zuständigkeit des Gerichts.[411] Allerdings ist stets kritisch zu prüfen, inwieweit sich mit Blick auf die Besonderheiten des (streitigen) Zivilprozesses eine Vertrauensentsprechung im Einzelfall rechtfertigt.[412]

b. Verbot des Rechtsmissbrauchs

30 Das Rechtsmissbrauchsverbot enthält ein **Verbot des missbräuchlichen Schaffens oder Ausnützens prozessualer Rechtslagen**. Erlangt eine Partei gegenüber der Gegenpartei eine vorteilhafte Prozessstellung auf missbräuchliche Art und Weise, wird diese nicht anerkannt.[413] Missbräuchlich handelt etwa, wer den Beweis der beweisbelasteten Gegenpartei erst vereitelt und sich dann darauf beruft, dieser sei gescheitert. Hier ist es der Partei zu versagen, die beweisvereitelte Sachbehauptung als bestritten auszugeben.[414] Sodann ist die Klage gegen mehrere Streitgenossen missbräuchlich, wenn diese allein bezweckt, den ordentlichen Gerichtsstand eines der Streitgenossen zu umgehen.[415] Gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs kann auch die Geltendmachung eines teilbaren Anspruchs in mehreren Teilklagen verstossen, um eine bestimmte Verfahrensart oder Zuständigkeit zu vermeiden.[416]

---

409. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 21, der auf Wiegand, S. 836 f. verweist («Der Vertrauende wird dadurch geschützt, dass ihm die angestrebte Rechtsposition eingeräumt wird, obwohl sein Kontrahent weder die Befugnis noch die Berechtigung hatte, eine solche zu begründen oder zu übertragen. Dieser Mangel wird dadurch kompensiert, dass die fehlende Kompetenz des Kontrahenten auf Grund des vom Betroffenen begründeten oder ihm zurechenbaren Rechtsscheins angenommen wird.» [S. 836]); vgl. auch Rusch, S. 1. Oberhammer/Weber (KK, Art. 52 ZPO N. 8) sprechen von «Vertrauensschutz[...] im Zivilprozessrecht aufgrund von Rechtsscheinsgesichtspunkten» und Göksu (Art. 52 ZPO N. 16) verweist darauf, dass eine Partei sich auf dem gegenüber Dritten erweckten Rechtsschein behaften lassen muss.
410. Vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB und dazu BK-Hofer, Art. 3 ZGB N. 111 ff.; Rusch, S. 60 f.; vgl. weiter BGE 135 III 489 E. 4.4; BGer 5A_350/2021 vom 17.5.2021 E. 5 (beide zur unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung). Im Zusammenhang mit der Vertrauenshaftung spricht das Bundesgericht auch davon, dass keinen Schutz verdiene, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit geworden ist (BGE 142 III 84 E. 3.3; BGE 124 III 297 E. 6a).
411. BGE 101 Ia 39 E. 3 und 4; 62 I 14 E. 3.
412. Vgl. vorne N. 11; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 8.
413. BSK-Gehri, Art. 52 ZPO N. 11; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 37.
414. BSK-Gehri, Art. 52 ZPO N. 11; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 45; BK-Walter, Art. 8 ZGB N. 321; vgl. aber BGer 4A_428/2019 vom 16.6.2020 E. 5.1.
415. BGE 134 III 27 E. 6 (zu Art. 6 Ziff. 1 LugÜ).

Keinen Schutz findet der **Missbrauch prozessualer Befugnisse**. Dem missbräuchlichen Verhalten ist die unter normalen Umständen angezeigte Rechtsfolge zu versagen.[417] Missbräuchlich ist die unnütze, schikanöse oder zweckwidrige Rechtsausübung.[418] Erfasst ist etwa das böswillige oder mutwillige Anheben einer aussichtslosen Klage[419] oder das Einreichen eines Rechtsmittels oder eines Rechtsbehelfs, mit dem keine berechtigten Interessen verfolgt werden, sondern andere Zwecke, wie die Verzögerung des Verfahrens oder die Verärgerung der Gegenpartei.[420]. Dagegen handelt keinesfalls missbräuchlich, wer den zu seinen Gunsten ausgefallenen vorinstanzlichen Entscheid im Rechtsmittelverfahren verteidigt.[421] Schikanös ist das Einreichen einer Vielzahl von Eingaben, die in einem krassen Missverhältnis zu den damit verfolgten Interessen stehen.[422] 31

Rechtsmissbrauch kann schliesslich ein **widersprüchliches Verhalten** der Parteien begründen.[423] Missbräuchlich ist es, formelle Rügen erst bei 32

416. Ausführlich: BGer 4A_307/2021 vom 23.6.2022 E. 2; vgl. auch BGE 142 III 683 E. 5.2.
417. Göksu, Art. 52 ZPO N. 30. An der Vornahme der betroffenen Prozesshandlung besteht kein Rechtsschutzinteresse (BGE 111 Ia 148 E. 4; BGer 4A_162/2022 vom 21.7.2022 E. 7; 5A_421/2012 vom 20.12.2012 E. 3.2; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 70; Sutter-Somm/Seiler, Art. 52 ZPO N. 11; differenziert: KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 5; zur Frage, ob stets ein förmlicher Prozessentscheid zu ergehen hat vgl. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 71).
418. BGer 4A_453/2016 vom 16.2.2017 E. 4.2.4; allgemein zur zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts vgl. BGE 138 III 401 E. 2.2.
419. BGE 100 II 307; BGer 4C.353/2002 vom 3.3.2003 E. 5.1 (zu Art. 41 OR); grundlegend BGE 123 III 101 E. 2a; Göksu, Art. 52 ZPO N. 32 ff. Hinsichtlich der Mutwilligkeit kommt es darauf an, ob die Aussichtslosigkeit erkennbar war und ob das Verfahren wider besseres Wissen oder zumindest wieder der von der betroffenen Person nach Lage der Dinge zu erwartenden Einsicht geführt wurde (BGE 124 V 285 E. 3b; BGer 4A_685/2011 vom 24.5.2012 E. 6.2; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 47).
420. BGE 138 III 542 E. 1.3.1 (zu Art. 42 Abs. 7 BGG); BGE 93 II 461 E. 11; BGer 5C.107/2001 vom 18.7.2001 E. 2d (Erhebung einer Widerklage als Retorsionsmassnahme); zur Verfahrensverzögerung vgl. BGE 102 II 12 E. 2b; SHK-Schenker, Art. 52 ZPO N. 8; zur zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsbehelfs vgl. Göksu, Art. 52 ZPO N. 30; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 51. Zweckwidrigkeit liegt auch bei entgeltlichem Verzicht auf ein Klage- oder Beschwerderecht vor, soweit der wirtschaftliche Wert des Verzichts sich bloss aus dem möglichen Schaden aus der Verfahrensverzögerung für die Gegenpartei, nicht jedoch aus einem eigenen schutzwürdigen Interessen ergibt (BGE 123 III 101 E. 2c; BGer 4A_73/2021 vom 1.6.2021 E. 4.1; BGer 4A_657/2011 vom 8.2.2012 E. 3; vgl. auch BGE 139 II 363 E. 2.5).
421. BGer 4A_12/2023 vom 31.3.2023 E. 8.2.2.
422. BGE 118 II 87 E. 4; BGer 4C.45/2006 vom 26.4.2007 E. 6, nicht publiziert in: BGE 133 III 453 (beide zu Art. 36a OG); vgl. dagegen BGer 5P.431/2003 vom 13.1.2004 E. 2.3.1 als Beispiel, in dem eine rechtsmissbräuchliche Prozessführung zu verneinen war.

ungünstigem Ausgang des Verfahrens vorzutragen, obgleich sie bereits früher hätten geltend gemacht werden können.[424] Auch neu eingetretene Sachverhaltselemente sind soweit möglich umgehend in das Verfahren einzubringen und dürfen nicht zurückbehalten werden, um gestützt darauf im späteren Verfahrensverlauf die Aufhebung eines unliebsamen Entscheids zu verlangen.[425] Eine Partei muss sich den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gefallen lassen, die dem Gericht vorwirft, unzulässig ein Beweismittel abgenommen oder eine Beweismassnahme unterlassen zu haben, obgleich sie sich mit der Zulassung des Ersteren zuvor einverstanden erklärt bzw. im Verfahrensverlauf auf Letztere verzichtet hatte.[426] Widersprüchlich verhält sich eine Partei, deren Vorgehen unvereinbar mit ihrer früheren Prozessführung gegenüber derselben Gegenpartei und auf die Erlangung eines nicht gerechtfertigten Vorteils gerichtet ist.[427] Unzulässig ist es auch, in ein und demselben Verfahren einander widersprechende Positionen einzunehmen.[428] Ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen kann treuwidrig sein, wenn damit zugewartet wird, bis eine besonderer Dringlichkeit erst entsteht.[429] Das Verbot des Rechtsmissbrauchs verlangt von den Parteien dergestalt ein kohärentes Verhalten während des Prozesses.[430] Zu bedenken ist allerdings stets, dass die Parteien sich in einem strittigen Zivilprozess gegenüberstehen, von ihnen daher nicht mehr als das Einhalten eines gewissen Redlichkeitsstandards verlangt werden kann,[431] und dass das

423. Statt vieler: CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 47d; BSK-Gehri, Art. 52 ZPO N. 10; CP-Trezzini, Art. 52 ZPO N. 26.

424. BGE 146 III 265 E. 5.5.3; BGE 141 III 210 E. 5.2; BGE 135 III 334 E. 2.2; BGer 5A_702/2023 vom 13.2.2024 E. 4.2; BGer 5A_916/2020 vom 1.12.2023 E. 5.2. Vom Erfordernis, einen Mangel möglichst frühzeitig geltend zu machen, wird eine Partei nach der Rechtsprechung auch nicht ohne weiters dadurch befreit, dass eine Prozessvoraussetzung betroffen ist (BGE 149 III 12 E. 3.2.1; BGer 4A_317/2024 vom 26. August 2024 E. 5.1 [beide betreffend Klagebewilligung]) oder die Nichtigkeit der des betroffenen Aktes in Frage steht (BGE 129 I 361 E. 2.3; BGer 5A_351/2015 vom 1.12.2015 E. 4.2; vgl. auch BGer 5A_339/2024 vom 27.11.2024 E. 3.2). Für die Geltendmachung von Ausstandsgründen vgl. Art. 49 Abs. 1 ZPO und dazu vorne N. 17 sowie BGE 139 III 120 E. 3.2.1.

425. BGer 5A_828/2023 vom 18. April 2024 E. 3.

426. BGE 138 III 374 E. 4.3.2; BGer 5A_947/2020 vom 4.11.2022 E. 4.1.

427. BGE 146 III 254 E. 2.2.2.1; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 65.

428. BGer 4A_506/2024 vom 18.3.2025 E. 8.2; BGer 4A_590/2016 vom 26.1.2017 E. 2.1.

429. KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 5a; Sutter-Somm/Seiler, Art. 52 ZPO N. 7. Für weitere Beispiele siehe etwa Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 23.

430. BK- Hurni, Art. 52 ZPO N. 59.

431. Vgl. vorne N. 11.

Rechtsmissbrauchsverbot einen vorgehende gesetzliche Regelung nicht zu übersteuern vermag.[432]

3. Das Verhältnis zwischen dem Gericht und den Parteien

a. Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben

Das Gericht ist zur Wahrheit verpflichtet; es darf die Verfahrensbeteiligten 33
nicht durch wissentlich falsche Informationen belügen oder täuschen.[433] Die Parteien sind generell vor (irrtümlich) **unrichtigen Auskünften** geschützt,[434] wobei insoweit auf die zu Art. 9 BV entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden kann. Das Vertrauen einer Partei in eine Auskunft des Gerichts zu einer sich im laufenden Prozess konkret stellenden Problematik ist demnach schutzwürdig, wenn sie die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte und sie im Vertrauen auf die Auskunft Dispositionen getroffen hat, die sie nicht ohne Nachteil rückgängig machen kann. Der Anspruch auf Vertrauensschutz entfällt, wenn sich die gesetzliche Ordnung zwischen dem Zeitpunkt der Auskunft und der Verwirklichung des Sachverhalts geändert hat oder überwiegende Interessen an der korrekten Rechtsanwendung bestehen.[435] Schutzwürdiges Vertrauen kann sich dabei nur hinsichtlich prozessualer Fragen ergeben, nicht jedoch hinsichtlich solcher des materiellen Rechts,[436] dessen Bestand durch den Prozess erst geklärt werden soll.[437] Die Parteien können hier nicht darauf vertrauen, dass das Gericht anders als durch die Urteilsfällung eine verbindliche Auskunft erteilen kann. Schutzwürdiges Vertrauen kann das Gericht freilich nicht nur durch (falsche) Auskünfte, die allerdings eine gewichtige Fallgruppe bilden, sondern durch sein gesamtes Verhalten begründen.[438] Zu denken ist etwa an den Fall,

---

432. Vgl. vorne N. 13 f.; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 5a a.E.
433. Göksu, Art. 52 ZPO N. 10.
434. Göksu, Art. 52 ZPO N. 17; SHK-Schenker, Art. 52 ZPO N. 16 f.
435. BGE 149 V 203 E. 5.1; 146 I 105 E. 5.1.1.
436. Göksu, Art. 52 ZPO N. 17; SHK-Schenker, Art. 52 ZPO N. 16 und 17; vgl. auch BGer 4A_3/2012 vom 27.6.2012 E. 2.2. Zu denken ist etwa an die Verlängerung einer Frist (BGer 4A_53/2019 vom 14.5.2019 E. 4.4.2).
437. Vgl. vorne N. 11. Ähnlich betreffend die Zuständigkeit BGer 4A_332/2015 vom 10.2.2016 E. 5.2: «Indessen ist bereits im Grundsatz fraglich, ob die klagende Partei in einem Zivilverfahren überhaupt je aufgrund der Verfahrensinstruktion durch das Gericht darauf vertrauen darf, das Gerich erachte sich für Zuständig, solange es keinen Zuständigkeitsentscheid gefällt hat.»

dass mittels einer (prozessleitenden) Verfügung bei den Parteien der Eindruck erweckt wird, das Gericht werde sich auf eine bestimmte Weise verhalten.[439] Damit wird auch im Verhältnis zwischen dem Gericht und den Parteien dem Gedanken der Vertrauensentsprechung[440] Rechnung getragen.

34 Einer Partei darf aus einem **Eröffnungsmangel** oder einer **unrichtigen Rechtsmittelbelehrung** kein Nachteil erwachsen. Die Fallgruppe der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung hat mit Art. 52 Abs. 2 ZPO[441] im Rahmen der jüngsten Revision der Zivilprozessordnung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefunden. Auf die genannten Konstellationen ist daher nachfolgend in N. 52 ff. bei der Besprechung dieser Bestimmung einzugehen.

35 Der Grundsatz von Treu und Glauben wirkt sich weiter bei der **Änderung einer Rechtsprechungspraxis** aus: Er steht einer Praxisänderung, die sich auf sachliche Gründe stützt, zwar nicht entgegen[442] und es gilt der Grundsatz, dass die neue Rechtsprechung sofort, d.h. auch auf hängige Verfahren anwendbar ist.[443] Betrifft eine Praxisänderung aber die Voraussetzungen für das Eintreten auf einen Rechtsbehelf, namentlich Frist- und Formvorschriften, und hätte ihre unmittelbare Anwendung für die betroffene Partei einen Nachteil zur Folge, ist sie nach Treu und Glauben grundsätzlich vorgängig anzukündigen.[444] In dem Verfahren, das Anlass zur Praxisänderung gibt, bleibt damit die alte Praxis massgebend.[445]

36 (Auch) das Gebot von Treu und Glauben missachtet schliesslich das Gericht, das seinen Entscheid nicht innert der nach der Natur der Sache und den Umständen des Einzelfalls angemessenen Frist fällt und daher gegen das **Verbot der Rechtsverzögerung** verstösst bzw. das **Beschleunigungsgebot**

438. BGE 148 II 233 E. 5.5.1; 146 I 105 E. 5.1.1; BGer 5A_288/2023 vom 21.6.2023 E. 2.4.2; allgemein dazu Müller/Schefer, S. 33 ff.
439. BGE 137 I 69 E. 2.5.1. Die Mitteilung, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt könne eine öffentliche Verhandlung beantragt werden, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Verhandlung durchgeführt wird (BGer 5A_265/2024 vom 30.7.2024 E. 3.1).
440. Vgl. vorne N. 29.
441. In der Fassung vom 17. März 2023, AS 2023 491.
442. BGE 140 II 334 E. 8; BGE 135 II 78 E. 3.2; BGer 2C_627/2021 vom 23.12.2021 E. 7.1.3.
443. BGE 142 V 551 E. 4.1; BGer 5A_933/2022 vom 25.10.2023 E. 3.2; BGer 5A_316/2022 vom 17.1.2023 E. 6.2; ausführlich: Sameli, S. 356 ff.
444. BGE 146 I 105 E. 5.2.1; 135 II 78 E. 3.2; für Ausnahmen vgl. BGE 122 I 57 E. 3c; zur hier nicht weiter zu vertiefen Praxisänderung bei materiellrechtlichen Fragen vgl. BGer 1C_646/2020 vom 28.3.2022 E. 4.3.1.
445. Vgl. etwa BGer 5A_691/2023 vom 13.8.2024 E. 6, nicht publiziert in: BGE 150 III 367.

missachtet.[446] Betroffen ist hier aber primär den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 1 BV,[447] weshalb an dieser Stelle nicht weiter auf diese Problematik einzugehen ist.

b. Verbot des Rechtsmissbrauchs

Das Gericht ist zwar gehalten, zur Sicherstellung eines geordneten Verfahrensablaufs und damit eines verfassungsmässigen Verfahrens die geltenden Verfahrensregeln und prozessualen Formerfordernisse zur Anwendung zu bringen, darf dies aber nicht mit übertriebener Strenge tun.[448] Grenze der im Prozess durchzusetzenden Formstrenge bildet das **Verbot des überspitzten Formalismus**. Dieses betrifft nicht nur den Normgehalt des Rechtsverweigerungverbots nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV,[449] sondern weist auch einen engen Bezug zum Gebot des Handelns nach Treu und Glauben auf.[450] Das Gericht handelt missbräuchlich, wenn es in überspitzten Formalismus verfällt.[451] Ein solcher liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn das Gericht formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und der rechtssuchenden Person den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt.[452] Hieraus ergibt sich, dass das Gericht etwa die gestellten Begehren im Lichte der Begründung der Rechtsschrift und gegebenenfalls des angefochtenen Entscheids auszulegen[453] oder die Parteien

37

446. KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 7a; Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 24 ff.; Sutter-Somm/Seiler, Art. 52 ZPO N. 8.
447. BGE 144 I 318 E. 7.1; BGE 135 I 265 E. 4.4; BGer 4A_400/2022 vom 22.11.2022 E. 3.1.
448. BGE 142 I 10 E. 2.4.2; SGK-Steinmann/Schindler/Wyss, Art. 29 BV N. 39.
449. BGE 145 I 201 E. 4.2.1; 142 IV 299 E. 1.3.2.
450. BGE 145 I 201 E. 4.2.1; BGer 5A_350/2023 vom 18.7.2023 E. 4.2.2; BGer 2D_9/2017 vom 3.10.2017 E. 2.3; BGer 4A_116/2015, 4A_118/2015 vom 9.11.2015 E. 3.5.2, nicht publiziert in: BGE 141 III 539.
451. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 9; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 67; vgl. auch PC-Chabolz, Art. 52 ZPO N. 11; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 7a; Sutter-Somm/Seiler, Art. 52 ZPO N. 9.
452. Statt vieler: BGE 142 I 10 E. 2.4.2; kürzlich etwa BGer 4A_201/2023 vom 9.10.2023 E. 3.6.1.
453. BGE 137 III 617 E. 6.2; BGer 5A_467/2023 vom 14.11.2023 E. 4.3.3; BGer 5A_350/2023 vom 18.7.2023 E. 4.2.2. Dagegen ist das Gericht gestützt auf Art. 52 Abs. 1 ZPO nicht gehalten, durch wohlwollende Auslegung der Rechtsbegehren in einer unübersichtlich redigierten Rechtsschrift die notwendige Verbindung zwischen den Tatsachenbehauptungen und den Rechtsbegehren zu rekonstruieren (BGer 4A_32/2015 vom 20.5.2015 E. 2.2.2).

auf Mängel in Rechtsschriften aufmerksam zu machen und ihnen Gelegenheit zur Verbesserung zu geben hat.[454] Auch genügt für die Fristwahrung eine falsch adressierte oder nicht bzw. ungenügend frankierte Eingabe, sofern die Partei den Mangel nach der Rücksendung durch die Post (nach Fristablauf) behebt.[455]

38 Wie die Parteien[456] handelt auch das Gericht missbräuchlich, wenn es sich **widersprüchlich verhält**.[457] So verfällt etwa das Gericht in Rechtsmissbrauch, das eine Verfügung an eine nicht mehr aktuelle Adresse versendet und der Partei in der Folge eine Annahmeverweigerung vorwirft, obgleich es über deren neuen Aufenthaltsort orientiert worden ist.[458] Weiter ist dem Gericht ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorzuwerfen, das der Partei einen Entscheid während deren Ferienabwesenheit eröffnet, obgleich es ihr zuvor zugesichert hatte, in dieser Zeit auf fristauslösende Zustellungen zu verzichten.[459] Als ungewöhnlich, nicht aber treuwidrig hat das Bundesgericht es eingestuft, dass ein Gericht, nachdem sich die Gegenpartei zu den Prozessvoraussetzungen hat äussern können, dieser erst Frist zur schriftlichen Beantwortung einer Klage ansetzt, diese Frist einige Tage später dann aber wieder abnimmt und auf die Klage nicht eintritt.[460]

39 Schliesslich dürfen sich auch die Parteien dem Gericht gegenüber nicht illoyal bzw. missbräuchlich verhalten. So kann einer Partei, die um unentgeltliche Rechtspflege ersucht,[461] zwar grundsätzlich nicht entgegengehalten werden, sie habe ihre Mittellosigkeit selbst verschuldet. Hat sie allerdings gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf ein Einkommen verzichtet oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert, wird dieses Verhalten nicht geschützt und kann ihr die Rechtswohltat verweigert werden.[462]

---

454. Vgl. Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO und dazu vorne N. 20; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 69.
455. BGer 5A_866/2022 vom 29.8.2023 E. 2.4.1 und 2.4.4.
456. Vgl. vorne N. 32.
457. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 59.
458. BGer 5P.364/2001 vom 15.1.2002 E. 2c.
459. BGer 4A_660/2011 vom 9.2.2012 E. 2.4.3; vgl. auch BGE 141 II 429 E. 3.2 a.E.; BGer 2C_298/2015 vom 26.4.2017 E. 3.2.
460. BGer 4A_332/2015 vom 10.2.2016 E. 5.1 und 5.2, mit Hinweis auf BGE 140 III 355 E. 2.4.
461. Zu den diesbezüglich bestehenden Rechtsbeziehungen vgl. BGE 139 III 334 E. 4.2.
462. BGE 126 I 165 E. 3b; BGE 104 Ia 31 E. 4; BGer 5A_42/2022 vom 19.5.2022 E. 6.2; BGer 5A_716/2021 vom 7.3.2022 E. 3.

4. Weitere Beteiligte

Eine Wahrheitspflicht gilt nicht nur für die Parteien und das Gericht,[463] sondern auch für die weiteren Beteiligten eines Verfahrens. Diese Pflicht ist vielfach Gegenstand einer eigenständigen gesetzlichen Regelung. Zu verweisen ist insofern namentlich auf Art. 171 Abs. 1 ZPO für Zeuginnen und Zeugen und Art. 184 Abs. 1 ZPO für sachverständige Personen. Auch hier ergibt sich aber bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass die unwahre Angabe im Prozess unbeachtlich bleiben muss.[464] 40

IV. RECHTSFOLGEN DER VERLETZUNG DES GEBOTS ZUM HANDELN TREU UND GLAUBEN

A. Allgemein: Einzelfallbezogene Rechtsfolgen

Das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben verlangt nach dem Ausgeführten im Allgemeinen, dass berechtigtem Vertrauen entsprochen und treuwidrigem Verhalten jegliche Rechtswirkung versagt wird.[465] Was dies im Einzelnen bedeutet, lässt sich nur mit Blick auf das **konkret in Frage stehenden Verhalten** angeben.[466] Die Rechtsfolgen der Verletzung des Rechtsgrundsatzes bestimmen sich folglich entsprechend der für dessen Anwendung entwickelten Fallgruppen. Für Einzelheiten kann auf das bei der Besprechung der einzelnen dieser Fallgruppen Ausgeführte verwiesen werden.[467] 41

B. (Zivil-)Prozessuale Sanktionen

Treuwidrigem Verhalten im Prozess kann das Gericht bei der Verteilung der Prozesskosten Rechnung tragen. Solches Verhalten vermag nach Art. 107 Abs. 1 Bst. f ZPO ein Abweichen von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen zu rechtfertigen.[468] Weiter hat das Gericht die Möglichkeit, unnötige Prozesskosten nach Art. 108 ZPO derjenigen Partei aufzuerlegen, die sie 42

463. Vgl. vorne N. 28 und N. 33.
464. Göksu, Art. 52 ZPO N. 10.
465. Botschaft ZPO, S. 7306: «Eine [...] rechtsmissbräuchlich[e] Eingabe [...] vermag [...] ein Verfahren weder zu eröffnen noch weiterzuführen.»
466. Göksu, Art. 52 ZPO N. 36; SHK-Schenker, Art. 52 ZPO N. 9.
467. Vgl. vorne N. 27 ff.
468. Göksu, Art. 52 ZPO N. 39.

veranlasst hat.[469] Ein Rückgriff auf diese Bestimmungen ist freilich nur dort notwendig, wo die Treuwidrigkeit nicht ohnehin zum Verlust des Prozesses führt, namentlich weil auf eine Klage oder ein Rechtsmittel nicht eingetreten wird, und die treuwidrig handelnde Partei die Kosten daher bereits nach Art. 106 ZPO zu tragen hat.[470] Zu denken ist daher an Fälle, in denen der am Ende obsiegenden Partei einzelne Verstösse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vorzuwerfen sind. Bei bös- oder mutwilliger Prozessführung können die Gerichtskosten nach Art. 115 Abs. 1 ZPO auch in den unentgeltlichen Verfahren der betreffenden Partei auferlegt werden.[471] Dies gilt gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO insbesondere auch bei Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege.[472] Dagegen sind einer Partei trotz Prozessverlusts nach Art. 107 Abs. 1 Bst. b ZPO keine Kosten aufzuerlegen, wenn sie in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. Dies ist namentlich der Fall, wenn eine Eingabe aufgrund einer (ausnahmsweise nicht im Voraus anzukündigenden) Praxisänderung für unzulässig erklärt wird.[473]

43 Der Zugang zum Gericht soll für treu- oder mutwillige Begehren nicht gewährt werden, sondern nur für die Verfolgung schutzwürdiger Interessen offenstehen. Für treuwidrige Prozessführung besteht daher kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und es kann die einmal erteilte Rechtswohltat in diesem Fall (auch rückwirkend) wieder entzogen werden.[474]

44 Im Falle der bös- oder mutwilligen und damit auch der treuwidrigen Prozessführung[475] hat das Gericht sodann die Möglichkeit, die Partei oder ihre Vertretung nach Art. 128 Abs. 3 ZPO mit einer Ordnungsbusse zu belegen.[476] Hierbei handelt es sich um eine disziplinarische Massnahme,[477] die zusätzlich zur Auferlegung der Prozesskosten ergriffen werden kann.[478]

469. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 54; Göksu, Art. 52 ZPO N. 39.
470. Göksu, Art. 52 ZPO N. 38.
471. Göksu, Art. 52 ZPO N. 39; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 72; vgl. auch BGE 150 I 195 E. 5.5 (zu Art. 10 Abs. 2 BehiG), BGE 127 III 178 E. 2a (zu aArt. 20a Abs. 1 SchKG).
472. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 54; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 72.
473. BGer 4A_291/2015, 4A_301/2015 vom 3.2.2016 E. 4.3.2 mit Hinweisen.
474. BGer 4P.300/2005 vom 15.12.2005 E. 3.3.
475. BSK-Gschwend, Art. 128 ZPO N. 19; BK-Frei, Art. 128 ZPO N. 22.
476. PC-Cahbloz, Art. 52 ZPO N. 23; KK-Oberhammer/Weber, Art. 52 ZPO N. 6.
477. BK-Frei, Art. 128 ZPO N. 30; BSK-Gschwend, Art. 128 ZPO N. 23 f.
478. Vgl. Franz/Sträuli/Messmer, § 50 ZPO/ZH N. 18a; vgl. auch Daum, Art. 45 VRPG/BE N. 8.

C. Strafrechtliche Sanktionen

Ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten ist unter Umständen auch strafrechtlich relevant. Nach Art. 306 Abs. 1 und Art. 307 Abs. 1 StGB können die Partei, die nach richterlicher Ermahnung zu Wahrheit eine falsche Beweisaussage macht, sowie am Prozess indirekt teilnehmende Drittpersonen (Zeuginnen und Zeugen, Sachverständige, Übersetzerinnen und Übersetzer, Dolmetscherinnen und Dolmetscher), die zur Sache falsch aussagen, einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten abgeben oder falsch übersetzen, mit einer Freiheits- oder Geldstrafe bestraft werden.[479] Ein Gerichtsmitglied kann sich bei missbräuchlichem Verhalten gemäss Art. 312 StGB des Amtsmissbrauchs strafbar machen.[480] In Frage kommen mag in Einzelfällen auch eine Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB.[481] Die bewusst unwahre Behauptung einer Partei im Prozess kann sodann einen Prozessbetrug nach Art. 146 StGB darstellen.[482] Bei einem Prozessbetrug handelt es sich um die arglistige Täuschung des Gerichts durch unwahre Tatsachenbehauptungen der Prozessparteien, die darauf abzielen, es zu einem das Vermögen einer Prozesspartei oder Dritter (materiell unbegründeten) schädigenden Entscheid zu bestimmen.[483] Die strafrechtliche Verfolgung einer Partei wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass gegen sie bereits eine Ordnungsbusse nach Art. 128 Abs. 3 ZPO verhängt worden ist, bei der es sich nicht um eine strafrechtliche Massnahme handelt.[484] 45

D. Schadenersatz

Die Anhebung einer Klage, die Ausübung von Rechtsmitteln oder Rechtsbehelfen und das Stellen prozessualer Anträge ist grundsätzlich auch dann rechtmässig, wenn die fragliche Handlung sich schliesslich als erfolglos erweist. Jedermann ist befugt, für vermeintliche Ansprüche Rechtsschutz zu beanspruchen, sofern er in guten Treuen handelt. Die Gegenpartei hat ihr hierdurch entstehende Nachteile unter Vorbehalt der Entschädigungsfolgen 46

479. PC-Chabloz, Art. 52 ZPO N. 28.
480. BSK-Heimgartner, Art. 312 StGB N. 17; vgl. weiter BGer 1C_23/2021 vom 31. Mai 2021 E. 3.1.3; BGer 1C_57/2018 vom 19.11.2018 E. 3.
481. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 57.
482. Göksu, Art. 52 ZPO N. 38; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 33.
483. BGE 122 IV 197 E. 2 (einleitend); BGer 6B_941/2021 vom 9.3.2022 E. 3.4.1.
484. BK-Frei, Art. 128 ZPO N. 19 und 30; BSK-Geschwend, Art. 128 ZPO N. 11.

nach Art. 106 ff. ZPO hinzunehmen.[485] Wird das staatliche Verfahren dagegen missbräuchlich in Anspruch genommen oder in diesem treuwidrig oder böswillig gehandelt, kann dies einen Ersatzanspruch nach Art. 41 OR begründen. Zu denken ist namentlich an die Veranlassung offensichtlich aussichtsloser Rechtsmittelverfahren, die Anhebung eines Prozesses ohne Rechtsschutzinteresse, die schikanöse Prozessführung allein zwecks Schädigung der Gegenpartei oder die Verfahrenseinleitung entgegen klarer Vereinbarung oder zur Verfolgung von fremden Verfahrenszwecken (z.B. Verzögerung).[486]

V. NORMDURCHSETZUNG

A. Allgemeine Folgen

1. Verfahren vor der ersten Instanz

47 Das Gericht wendet das Recht nach Art. 57 ZPO von Amtes wegen an. Entsprechend hat es den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben von Amtes wegen zu berücksichtigen, sofern die notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen in der von der Zivilprozessordnung vorgesehenen Art und Weise vorgetragen werden und feststehen. Einer besonderen Einrede bedarf es nicht.[487] Dabei obliegt es nach Art. 8 ZGB und Art. 55 Abs. 1 ZPO im Normalfall derjenigen Partei, die ein missbräuchliches Verhalten der Gegenpartei geltend macht, die entsprechende Tatsachengrundlage zu behaupten und beweisen.[488] Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die geltend gemachte Treuwidrigkeit aus einer nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Prozess liegenden Handlung der Gegenpartei ergibt, etwa im Falle der Beweisvereitelung oder des Missbrauchs prozessualer Befugnisse. Liegt dem geltend gemachten Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

485. BGE 123 III 101 E. 2a; Göksu, Art. 52 ZPO N. 32.

486. BGE 123 III 101 E. 2a; BGE 117 II 394 E. 4; BGer 5A_766/2016 vom 5.4.2017 E. 3.2; BGer 5A_198/2014 vom 19.11.2014 E. 10.4.1; CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 55; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 74; ausführlich Göksu, Art. 52 ZPO N. 33 ff.; vgl. auch BGE 143 II 467 E. 2.7.

487. CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 10a; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 75; zu Art. 2 ZGB vgl. BGE 133 III 497 E. 5.1; BGer 5A_873/2018 vom 19.3.2020 E. 5.5; BGer 5A_546/2019 vom 5.2.2020 E. 6.4.

488. BGE 138 III 425 E. 5.2; BGer 4A_182/2019 vom 4.11.2019 E. 3.6.2, nicht publiziert in: BGE 146 III 63; PC-Chabloz, Art. 52 ZPO N. 22; allgemein zum Verhandlungsgrundsatz vgl. Sieber, SZZP, S. 231 f. und die dortigen Hinweise.

dagegen ein Verhalten der Gegenpartei im Prozess zugrunde, das dem Gericht unmittelbar wahrnehmbar ist, z.B. bei widersprüchlichem Verhalten, sind die entsprechenden Tatsachen als dem Gericht nach Art. 151 ZPO bekannt vorauszusetzen und brauchen weder behauptet noch bewiesen zu werden.[489] Das Gericht ist gehalten, die entsprechenden Tatsachen von Amtes wegen zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt dort, wo ein Verhalten des Gerichts selbst in Frage steht, oder wo dieses den Sachverhalt nach Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen hat.

2. Rechtsmittelverfahren

Wendet das erstinstanzliche Gericht Art. 52 ZPO oder auch Art. 9 oder 29 Abs. 1 BV nach Ansicht einer der Parteien fehlerhaft an, kann sie den entsprechenden Entscheid mittels Berufung (Art. 308 ff. ZPO) oder Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) anfechten,[490] sofern die Voraussetzungen für das Ergreifen des jeweiligen Rechtsmittels erfüllt sind. Ein schutzwürdiges Interesse an dem Rechtsmittel nach Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO besteht allerdings nur, wenn der der Erstinstanz vorgeworfene Fehler geeignet ist, zur Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu führen.[491] Dies ist in der Begründung darzutun.[492] Grundsätzlich, d.h. zumindest bei Zweifeln, muss daher aufgezeigt werden, weshalb die im Rechtsmittelverfahren geltend gemachte Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu einem anderen Prozessergebnis geführt hätte. 48

Die Verletzung von Art. 52 ZPO kann vor Bundesgericht mittels Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG, die Verletzung verfassungsmässiger Rechte wie Art. 9 oder 29 Abs. 1 BV mit dieser oder, wenn sie im Einzelfall nicht zur Verfügung steht, mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG geltend gemacht werden.[493] Nicht zulässig ist es dagegen, die 49

489. Statt vieler: BGE 150 III 209 E. 2.1. Das Vorbringen der entsprechenden Umstände mag sich indes aus Gründen der prozessualen Vorsicht empfehlen; vgl. Hasenböhler, Art. 151 ZPO N. 3c und 8.
490. Art. 310 Bst. a und Art. 320 Bst. a ZPO; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 76.
491. Seiler, N. 532 ff. S. 225 f.; Zürcher, Art. 59 ZPO N. 14.
492. Seiler, N. 894 S. 384 f.; allgemein zur Begründung der Berufung vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und dazu BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; zur Beschwerde vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGE 147 III 176 E. 4.2.1; BGer 5A_580/2021 vom 21.4.2022 E. 3.3.
493. Zum Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde vgl. BGE 134 III 520 E. 1.2; Hurni/Josi/Sieber, S. 201.

Verletzung der Zivilprozessordnung zu rügen, wenn allein die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen steht.[494] Auch hier ist zu beachten, dass kein schutzwürdiges oder rechtlich geschütztes Interesse an der Beantwortung bloss theoretischer oder abstrakter Fragen besteht.[495] Im Zweifel ist daher auch hier aufzuzeigen, inwieweit die gerügte Treuwidridgkeit geeignet ist, sich auf den Verfahrensausgang auszuwirken.[496] Auch hier hat das Rechtsmittel weitergehend die allgemeinen Formerfordernisse zu erfüllen und muss insbesondere hinreichend begründet sein.[497]

B. Weitere Sanktionen

50 In der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO) legt das Gericht nach Massgabe der einschlägigen kantonalen Tarife (Art. 96 ZPO) die Gerichtskosten in Anwendung der dargelegten Grundsätze[498] von Amtes wegen fest (Art. 105 Abs. 1 ZPO).[499] Eine Parteientschädigung spricht es nur auf entsprechenden Antrag hin zu, der nicht beziffert zu werden braucht (Art. 105 Abs. 2 ZPO).[500] Verlegt das Gericht die Prozesskosten nach den üblichen Grundsätzen, also insbesondere nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO, ist eine Anhörung der Parteien zur Kostenfrage nach der Rechtsprechung nicht notwendig.[501] Will das Gericht von diesen Grundsätzen abweichen, weil eine der Parteien sich treuwidrig verhalten hat, muss es diesen daher das rechtliche Gehör gewähren. Der Kostenentscheid kann zusammen mit der Hauptsache angefochten werden und unterliegt diesfalls demselben Rechtsmittel wie diese.[502] Selbständig ist der Kostenentscheid nach Art. 110 ZPO allein mit Beschwerde anfechtbar.[503] Auch vor Bundesgericht kann der Kostenentscheid zusammen mit der

494. Art. 116 BGG; BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 77 f.
495. Art. 76 Abs. 1 Bst. b und Art. 115 Bst. b BGG; BGE 135 III 513 E. 7.2.
496. Art. 42 Abs. 2 BGG und dazu etwa BGer 4A_25/2023 vom 22.6.2023 E. 5; BGer 5A_425/2022 vom 23.1.2023 E. 3.4; BGer 4A_78/2020 vom 6.8.2020 E. 4.2.
497. Art. 42 Abs. 2 BGG und dazu BGE 142 I 99 E. 1.7.1; BGE 140 III 86 E. 2; sowie Art. 106 Abs. 2 BGG und dazu BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; 140 III 264 E. 2.3.
498. Vgl. vorne N. 42.
499. BGer 5A_87/2022 vom 2.11.2022 E. 4.1, nicht publiziert in: BGE 149 III 12; BGer 5A_221/2017 vom 22.1.2018 E. 6.3; BGer 5A_924/2016 vom 28. Juli 2017 E. 6.
500. BGE 140 III 444 E. 3.2.2; BGer 5A_87/2022 vom 2.11.2022 E. 4.1, nicht publiziert in: BGE 149 III 12.
501. BGer 5A_994/2023 vom 2.7.2024 E. 12.2.2 mit Hinweisen.
502. BK-Sterchi, Art. 110 ZPO N. 1.
503. BGE 138 III 130 E. 2.2.

Hauptsache angefochten werden.[504] Sind einzig die Kosten des kantonalen Verfahrens strittig, gilt es zu unterscheiden: Hat die obere kantonale Instanz auch in der Sache entschieden, ist mit den Kosten vor Bundesgericht einzig ein Nebenpunkt dieses Entscheids angefochten. Der Rechtsweg richtet sich hier nach jenem der Hauptsache und es steht das dort gegebene Rechtsmittel zur Verfügung.[505] War dagegen bereits im kantonalen Berufungs- oder Beschwerdeverfahren einzig der Kostenpunkt strittig, ist dieser allein massgebend und steht je nach Streitwert und abhängig davon, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, die Beschwerde in Zivilsachen oder die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung.[506] Der Streitwert bemisst sich hier gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. a BGG nach den im kantonalen Verfahren strittigen Kosten.[507]

Ordnungsbussen nach Art. 128 Abs. 3 ZPO spricht das Gericht im Rahmen der Verfahrensleitung (Art. 124 Abs. 1 ZPO) in einem Disziplinarverfahren aus.[508] Es entscheidet von Amtes wegen, ob es in einem konkreten Fall eine Ordnungsbusse verhängt. Die Gegenpartei des Zivilprozesses ist am Disziplinarverfahren nicht direkt beteiligt und es steht ihr in diesem kein Antragsrecht zu.[509] Der Anspruch der betroffenen Person auf rechtliches Gehör ist zu wahren.[510] Die Auferlegung einer Ordnungsbusse kann gemäss Art. 128 Abs. 4 ZPO mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO sowie je nach dem mit Beschwerde in Zivilsachen oder subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden.[511] Nur am Rande erwähnt sei, dass eine strafrechtliche Sanktionierung im entsprechenden Strafverfahren zu erfolgen hat und Schadenersatz in einem Zivilverfahren geltend zu machen ist. 51

504. BGer 5A_793/2023, 5A_794/2023 vom 4.7.2024 E. 2.1; BGer 5A_994/2023 vom 2.7.2024 E. 1.1.
505. BGE 137 III 47 E. 1.2.1; BGE 134 I 159 E. 1.1; BGer 5A_193/2022 vom 10.1.2022 E. 1.1.
506. Art. 74 Abs. 1 und 2 Bst. a BGG; BGE 144 III 164 E. 1.
507. BGer 5A_552/2023 vom 30.8.2023 E. 1; BGer 4A_164/2022 vom 22.8.2022 E. 1.
508. Staehelin, Art. 128 ZPO N. 22 ff.; allgemein zum Disziplinarverfahren vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 345 ff. Rz 1505 ff.; Tschannen/Müller/Kern, S. 347 ff. N. 929 ff.
509. BK-Frei, Art. 128 ZPO N. 3; BSK-Gschwend, Art. 128 ZPO N. 3; zu Art. 33 BGG vgl. BGer 2C_865/2022 vom 12.12.2023 E. 6; 5D_80/2012 vom 20.7.2012 E. 5.
510. BGE 141 III 265 E. 5.2; BGer 5A_639/2014 vom 8.9.2015 E. 13.3.3.
511. BGE 145 III 469 E. 4. Das Bundesgericht qualifiziert den Entscheid über die Ordnungsbusse als Zwischenentscheid, der mit dem in der Hauptsache zulässigen Rechtemittel anzufechten ist (BGer 5A_241/2023 vom 27.7.2023 E. 1).

VI. ERÖFFNUNGSMÄNGEL UND UNRICHTIGE RECHTSMITTELBELEHRUNG (ART. 52 ABS. 2 ZPO)

52 Wie ausgeführt,[512] folgt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass einer Partei aus einem Eröffnungsmangel und insbesondere einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen darf.[513] Bei einer **unrichtigen Rechtsmittelbelehrung** ist die Rechtsmittelinstanz folglich an das Vertrauen gebunden, das die Vorinstanz bei der Partei durch die fehlerhafte Belehrung erweckt hat.[514] Nach der bis zur Revision der Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 geltenden Rechtsprechung genoss Vertrauensschutz jene Partei, die bzw. deren Vertretung den Mangel nicht kannte und auch bei gebotener Aufmerksamkeit nicht hätte kennen müssen. Welche Aufmerksamkeit an den Tag zu legen war, bestimmte sich nach den Umständen des Einzelfalls.[515] Auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung konnte sich nicht verlassen, wem der Mangel bereits bei Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmungen erkennbar war. Nicht notwendig war es dagegen grundsätzlich, neben dem Gesetzestext die einschlägige Rechtsprechung und Literatur nachzuschlagen.[516] Von der anwaltlich nicht vertretenen Partei konnte aber auch eine Konsultation des Gesetzes nur erwartet werden, wenn sie überhaupt über hinreichende Kenntnisse verfügte, um die einschlägigen Bestimmungen ausfindig zu machen und gegebenenfalls auszulegen.[517] Anwältinnen und Anwälte hatten mehr vorzukehren und die Rechtsmittelbelehrung zumindest grob zu kontrollieren.[518] Dem schutzwürdigen Vertrauen der Partei konnte je nach der gegebenen Sachlage durch Verlängerung der Rechtsmittelfrist entsprochen werden[519] oder auch dadurch, dass die Angelegenheit an die an sich zuständige Instanz überwiesen

512. Vgl. vorne N. 34.
513. Vgl. nur BGE 139 III 78 E. 5.4.2; BGE 138 I 49 E. 8.3.2; für das Verfahren vor dem Bundesgericht ist dieser Grundsatz in Art. 49 BGG festgehalten (vgl. BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1).
514. BK-Hurni, Art. 52 ZPO N. 23.
515. BGE 138 I 49 E. 8.3.2; 135 III 374 E. 1.2.2.2; BGer 5A_241/2023 vom 27.7.2023 E. 3.4; BGer 5A_79/2019 vom 27.11.2019 E. 4.2.
516. BGE 135 III 489 E. 4.5; BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1: BGE 134 I 199 E. 1.3.1 (zu Art. 49 BGG).
517. BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2; BGer 5A_241/2023 vom 27.7.2023 E. 3.4.
518. BGE 138 I 49 E. 8.3.2; BGer 5A_350/2021 vom 17. Mai 2021 E. 5; BGer 4A_475/2018 vom 12.9.2019 E. 5.1, nicht publiziert in: BGE 145 III 469; BGer 5A_878/2014 vom 17.6.2015 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 141 III 270.
519. BGE 135 III 374 E. 1.2.2.3; BGE 117 II 508 E. 2; BGer 5A_350/2009 vom 8.7.2009 E. 2.

wurde.[520] Dagegen vermochte eine falsche Rechtsmittelbelehrung kein vom Gesetz nicht vorgesehenes Rechtsmittel zu schaffen.[521] Nach denselben Grundsätzen durfte einer mit gebührender Sorgfalt handelnden Partei auch aus weiteren **Eröffnungsmängeln** kein Nachteil erwachsen, so beispielsweise durch die Aushändigung einer Verfügung an eine zu deren Entgegennahme nicht berechtigte Drittperson.[522] Sowohl Eröffnungsmängel als auch eine unrichtige Rechtemittelbelehrung wirkten sich jedoch nur aus, wenn die Partei tatsächlich in die Irre geführt und benachteiligt wurde. Hatte sie also trotz der mangelhaften Eröffnung Kenntnis von der Verfügung nehmen oder ein Rechtsmittel rechtzeitig einreichen können, konnte sie sich nicht auf den Verfahrensfehler berufen.[523]

Die eidgenössischen Räte empfanden diese Rechtsprechung zur unrichtigen 53
Rechtsmittelbelehrung als zu streng oder gar als überspitzt formalistisch,[524] weshalb sie mit der Revision des Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 (in Kraft seit 1. Januar 2025) nicht zuletzt im Namen der «Laienfreundlichkeit»[525] diese Fallkonstellation mit Art. 52 Abs. 2 ZPO einer gesetzlichen Regelung zuführten.[526] Der ins Gesetz aufgenommene Wortlaut der Bestimmung («Unrichtige Rechtsmittelbelehrungen sind gegenüber allen Gerichten insoweit wirksam, als sie zum Vorteil der Partei lauten, die sich darauf beruft.») geht freilich sehr weit und seine Anwendung wirft verschiedene Fragen auf. Chevalier/Boog[527] verweisen etwa darauf, dass in einer Rechtemittelbelehrung ein im Gesetz nicht vorgesehenes Rechtsmittel genannt wird oder die Belehrung falsche Angaben hinsichtlich der

520. BGE 134 I 199 E. 1.3.1; BGE 123 II 231 E. 8b; BGer 2C_504/2020 vom 17.8.2021 E. 1.5.1.
521. BGE 135 III 470 E. 1.2; BGE 129 III 88 E. 2.1; BGer 5A_235/2017 vom 14.8.2017 E. 1.2.
522. BGE 132 I 249 E. 6; BGer 1C_591/2020 vom 11.11.2021 E. 4.1. Freilich konnte sich nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, eine Drittperson sei zur Entgegennahme nicht berechtigt, wer zuvor einen gegenteiligen Rechtsschein geschaffen hatte: BGer 4A_260/2016 vom 5.8.2016 E. 3.2.
523. BGE 144 II 401 E. 3.1; BGE 132 I 249 E. 6; BGE 122 I 97 E. 3a/aa; BGer 4A_18/2024 vom 30.1.2024 E. 2.3; vgl. auch CR-Bohnet, Art. 52 ZPO N. 19.
524. AB 2022 N 669 f. (Votum Lüscher); AB 2022 N 2251 (Votum Hurni); AB 2023 N 212 (Votum Maitre); Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 35; Göksu, Art. 52 ZPO N. 19.
525. AB 2022 N 669 (Votum Lüscher); AB 2022 N 672 (Votum Bregy); zum Konzept der Laienfreundlichkeit vgl. Bregy, S. 221 f.; Lüscher, S. 207 f.
526. Diese Bestimmung wurde erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen in das Gesetz aufgenommen (Göksu, Art. 52 ZPO N. 19) und war entsprechend weder im Entwurf Praxistauglichkeit noch im Entwurf Verbandsklage enthalten.
527. Art. 52 ZPO N. 38 f.

aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels enthält. Die Praxis wird nicht umhinkommen, hier Lösungen zu finden, wobei eine den weiten Wortlaut einschränkende Anwendung der Bestimmung angezeigt sein dürfte.[528] Dazu kann auf Folgendes verwiesen werden:

54 In den parlamentarischen Beratungen wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, die Anwendung der Verfahrensbestimmungen obliege dem Gericht und die Parteien dürften sich unbesehen darum, ob sie anwaltlich vertreten seien oder nicht, auf entsprechende Hinweise verlassen.[529] So solle die Partei aufgrund der als zu streng erachteten bisherigen Rechtsprechung nicht das Risiko eines Nichteintretensentscheids tragen, falls die obere Instanz eine Fristbestimmung anders als die untere Instanz auslege.[530] Abgesehen davon, dass sich fragen lässt, inwieweit es der Laienfreundlichkeit dient, (professionelle) Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter von der neuen Regelung profitieren zu lassen,[531] scheint das Parlament mit der Revision primär eine Korrektur der bisherigen Rechtsprechung in dem Sinne beabsichtigt zu haben, dass von einer Partei (respektive ihrer Vertretung) im Umgang mit falschen Rechtsmittelbelehrungen kein allzu hohes Mass an Aufmerksamkeit gefordert werden darf.[532] Damit dürfte mit der Neuregelung keine gänzliche Abkehr von den bisher geltenden Grundsätzen verbunden sein. Es wird daher einem Gericht beispielsweise weiterhin nicht möglich sein, durch eine falsche Auskunft ein der Zivilprozessordnung unbekanntes Rechtsmittel zu schaffen.[533] Auch wird sich Art. 52 Abs. 2 ZPO nur auf Angaben des Gerichts erstrecken, die notwendiger Teil einer Rechtsmittelbelehrung sind, wie die Bezeichnung der zuständigen Rechtsmittelinstanz oder die Dauer der Rechtsmittelfrist.[534] Dies muss umso mehr gelten, als im Zivilprozess ein Vorteil, der einer Partei gestützt auf Treu und Glauben gewährt wird, sich häufig zu Lasten der Gegenpartei auswirkt.[535]

528. Vgl. allgemein Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N. 243 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Hausheer/Jaun, Art. 1 ZGB N. 236 ff.
529. AB 2022 N. 2251 f. (Votum von Falkenstein); AB 2022 N 2252 f. (Votum Maitre); AB 2022 N 2251 (Votum Hurni); vgl. auch Bregy, S. 221; Lüscher, S. 207; zur anwaltlichen Vertretung vgl. auch Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1164.
530. AB 2022 N 670 (Votum Lüscher); vgl. auch AB 2022 N 672 (Votum Bregy).
531. Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 35.
532. Ähnlich wohl Hofmann/Lüscher, S. 42.
533. KGer GR ZK2 23 19 vom 1.6.2023 E. 1.2.1; Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 39; Göksu, Art. 52 ZPO N. 20; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1164 f.
534. Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 38.

Dieser Problematik waren sich indes auch die Parlamentarierinnen und Parlamentarier bewusst.[536] Was die im Umgang mit falschen Rechtsmittelbelehrungen anzuwendende Sorgfalt anbelangt, soll auch nach der neuen Regelung eine grobe prozessuale Nachlässigkeit der Partei oder ihrer Vertretung keinen Rechtsschutz finden. So wurde im Parlament betont, es dürfe sich niemand auf eine offensichtlich abwegige («complètement loufoque») Rechtsmittelbelehrung verlassen, die einen Fristenlauf von 3000 Tagen vorsehe.[537] Auch gehe es mit der Neuregelung nicht darum «de faire tout et n'importe quoi ou de récompenser les mauvais avocats».[538] Eine andere Lösung liesse sich denn auch nur schwer damit vereinbaren, dass jegliche gesetzliche Regelung um Widerspruchsfreiheit im bestehenden Wertungssystem bemüht sein muss.[539] Diese Widerspruchsfreiheit wäre nicht gewährleistet, wenn Art. 52 Abs. 2 ZPO einer Partei für den Fall der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung ein Verhalten erlauben würde, das seinerseits als treuwidrig oder missbräuchlich einzustufen wäre und damit dem in Art. 52 Abs. 1 ZPO verankerten Grundsatz widerspräche.[540] Nach wie vor ist ausserdem zu verlangen, dass sich die unrichtige Rechtsmittelbelehrung tatsächlich ausgewirkt hat. Wo dies nicht der Fall ist, wenn also ein Rechtsmittel beispielsweise trotz falscher Belehrung rechtzeitig eingereicht wurde, mangelt es bereits an einem Schutzbedürfnis der betroffenen Partei. Keine Wirkung entfaltet zuletzt eine Rechtsmittelbelehrung dort, wo sie zum Nachteil der Partei von der Regelung der Zivilprozessordnung abweicht.[541]

Nach seinem Wortlaut betrifft Art. 52 Abs. 2 ZPO allein die Fallkonstellation der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung. Die Bestimmung dürfte Wirkung indes auch für die allgemeinere Konstellation der Eröffnungsmängel entfalten, die weitgehend durch dieselben Grundsätze beherrscht wird,[542] deren unterschiedliche Behandlung sich folglich nicht rechtfertigt. 55

535. Ausführlich dazu Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 38.
536. AB 2002 N 670 (Votum Lüscher).
537. AB 2023 S 6 (Votum Bauer).
538. AB 2022 N 2254 (Votum Lüscher).
539. Noll, S. 104 ff.; für die Rechtsanwendung vgl. BGE 123 III 292 E. 2e/aa; Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N. 457 f.
540. Göksu, Art. 52 ZPO N. 19; vgl. auch Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1164.
541. AB 2023 N 209 (Votum Flach); Chevalier/Boog, Art. 52 ZPO N. 41.
542. Vgl. vorne N. 52.

56 Art. 407f ZPO nennt Art. 52 Abs. 2 ZPO nicht als eine jener Bestimmungen, die auf bei Inkrafttreten der Revision der Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 bereits hängige Verfahren (unmittelbar) anwendbar sind. Damit bleibt es hinsichtlich dieser Regelung beim allgemeinen Grundsatz, wonach Verfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren, vor der betroffenen Instanz nach dem bisherigen Recht abgeschlossen werden.[543]

(Stand Mai 2025)

zum Autor

Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber an der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts. Die vorliegende Kommentierung gibt alleine die Ansicht des Autors wieder. Der Autor dankt Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Levante una Rechtsanwalt Matthias Gross, LL.M., für die kritische Durchsicht der Kommentierung und für die wertvollen Anmerkungen und Anregungen.

LITERATURVERZEICHNIS

Kommentar

ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure with Comments by Hazard Goeffry C. JR., Stürner Rolf, Taruffo Michele, Gudi Antonio, in: Uniform Law Review, 2004-4 S. 749 ff. (zit. Hazard et al.).

Baumann Max, Kommentierung zu Art. 2 ZGB, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, I. Band, 1. Teilband, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-Baumann).

Bohnet François, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Bohnet et al. (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Bohnet).

Cappius Christine, Kommentierung zu Art. 2 ZGB, in: Commentaire romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023 (zit. CR-Chappius).

Chabloz Isabelle, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Chabloz Isabelle et al. (Hrsg.), Petit commentaire, Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC-Chabloz).

543. Art. 404 Abs. 1 ZPO; Lötscher, Art. 407f ZPO N. 1 und 7.

Chevalier Marco/Boog Severin, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. Sutter-Somm/Chevalier).

Daum Michel, Kommentierung zu Art. 45 VRPG, in: Herzog Ruth/Daum Michel (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. Daum).

Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012 (zit. BK-Emmenegger/Tschentscher).

Feller Reto, Kommentierung zu Art. 16 VRPG, in: Herzog Ruth/Daum Michel (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. Feller).

Frank Richard/Sträuli Hans/Messmer Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit. Frank/Sträuli/Messmer).

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 128 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. BK- Frei).

Gehri Myriam A., Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Gehri).

Gschwend Julia, Kommentierung zu Art. 128 ZPO, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Gschwend).

Göksu Tarkan, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Brunner Alexander et al. (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. Göksu).

Hasenböhler Franz, Kommentierung zu Art. 151 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. Hasenböhler).

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Kommentierung zu Art. 2 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum

schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012 (zit. BK-Hausheer/Aebi-Müller).

Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungstitel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003 (zit. SHK-Hausheer/Jaun).

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 312 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Heimgartner).

Hofer Sibylle, Kommentierung von Art. 3 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012 (zit. BK-Hofer).

Hurni Christoph, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Hurni).

Kradolfer Matthias, Kommentierung zu Art. 9 BV, in: Ehernzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit. SGK-Kradolfer).

Lehmann Peter/Honsell Heinrich, Kommentierung zu Art. 2 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christina (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Lehmann/Honsell).

Lötscher Cordula, Kommentierung zu Art. 407f ZPO, in: Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. Lötscher).

Oberhammer Paul/Weber Philipp, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Oberhammern et al. (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2021 (zit. KK-Oberhammer/Weber).

Rüetschi Sven, Kommentierung zu Art. 169 und 183 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012 (zit. BK-Rüetschi).

Schindler Benjamin/Tschumi Tobias, Kommentierung zu Art. 5 BV, in: Ehernzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit. SGK-Schindler/Tschumi).

Schenker Urs, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (zit.: SHK-Schenker).

Staehlin Adrian, Kommentierung zu Art. 128 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. Staehilin).

Steinmann Gerold/Schindler Schindler/Wyss Damian, Kommentierung zu Art. 29 BV, in: Ehernzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit. SGK-Steinmann/Schindler/Wyss).

Sterchi Martin H., Kommentierung zu Art. 110 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Sterchi).

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Trezzini Francesco, Kommentierung zu Art. 52 ZPO, in: Terezzini Francesco et al. (Hrsg.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, Band I, 2. Aufl., Pregassona 2017 (zit. CP-Trezzini).

Vock Dominik/Aepli Martina, Kommentierung zu Art. 1 ZPO, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Vock/Aepli).

Walter Hans Peter, Kommentierung zu Art. 8 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012 (zit. BK-Walter).

Zingg Simon, Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Zingg).

Zürcher Alexander, Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. Zürcher).

Monographien und Aufsätze

Baumgärtel Gottfried, Treu und Glauben im Zivilprozess, in: ZZP 86 (1973), S. 353 ff.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2021.

Bohnet François/Berti Stephen V., Le lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis) ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik, in: SZZP 2011 S. 75 ff.

Bregy Philipp Matthias, Die Laienfrendlichkeit in der überarbeiteten ZPO, in: Anwaltsrevue 2023, S. 218 ff.

Egli Jean-François, La protection de la bonne fois dans le procès, in: Bolla Stefano/Rouiller Claude, Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Zürich 1992, S. 225 ff.

Habscheid Walther J./Berti Stephen, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020.

Hofmann David/Lüscher Christian, Le Code de procédure civil, Bern 2023.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO (1/2: I.-X), AJP 2023, S. 1157 ff.

Huwiler Bruno, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Schmidlin Bruno (Hrsg.) Vers un droit privé européen commun? - Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 16, Basel 1994, S. 57 ff.

Hurni Christoph/Josi Christian/Sieber Lorenz, Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, Zürich 2020.

Guldener Max, Schweizerische Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit.: Zivilprozessrecht).

Guldener Max, Treu und Glauben im Zivilprozess, in: SJZ 39 (1943), S. 389 ff. und 405 ff. (zit.: SJZ).

Jeandin Nicolas/Peyrot Aude, Précis de procédure civile, Basel 2015.

Lüscher Christian, L'accès facilité à la justice de le CPC révisé, in: Anwaltsrevue 2023, S. 204 ff.

Kummer Max, Grundlagen des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Fassung letzter Hand, Zürich/Genf 2023.

Reiser Hans, Treu und Glauben im Zivilprozess, in: ZZZ 2006 S. 441 ff.

Rusch Arnold F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010.

Sameli Katharina, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR 1977 II 285 ff.

Schwartz Paul, Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Kummer Max/Walder Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener, Zürich 1973, S. 291 ff.

Seiler Benedikt, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013.

Sieber Lorenz, Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, Bern 2015 (zit. Sieber, Ausgleich).

Sieber Lorenz, Die Begründung der Berufung bei mangelhaft begründetem Entscheid der Erstinstaz im ordentlichen Verfahren, in: SZZP 2023, S. 225 ff. (zit. Sieber, SZZP).

Stürner Rolf, The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2005, S. 201 ff.

Sutter-Somm Thomas, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, in: ZZZ 2007 S. 301 ff.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022.

Wiegand Wofgang, Vertrauensentsprechung, in: Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans Peter, Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher um 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 819 ff.

Zeller Ernst, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich 1981.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), in: BBl 2006 7221 (zit. Botschaft ZPO).

Entwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung Praxistauglichkeit und Rechtsdurchsetzung), in: BBl 2020 2785 (zit. Entwurf Praxistauglichkeit).

Entwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich), in: BBl 2021 3049 (zit. Entwurf Verbandsklage).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 86 ZPO

Eine Kommentierung von Adrienne Hennemann

ZITIERVORSCHLAG

Adrienne Hennemann, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Hennemann, Art. 86 ZPO N. XXX.

Art. 86 Teilklage

Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden.

GLIEDERUNG

I. Hintergrund 111
II. Aktuelle Entwicklungen 111
III. Gegenstand 112
A. Allgemeines 112
B. Begriffliches 113
C. Abgrenzung 116
D. Zur (aufgegebenen) Unzulässigkeit der alternativen objektiven Klagehäufung im Rahmen der Erhebung einer Teilklage 117
E. Zulässigkeit 119
IV. Vorteile der Teilklage 121
V. Einzelfragen 122
A. Nachklagevorbehalt 122
B. Verzicht auf Restforderung 123
C. Rechtskraftwirkung des Entscheids über eine Teilklage 124
D. Negative Feststellungswiderklage 126
1. Verfahrensart und Überweisung 126
2. Feststellungsinteresse 127
a. Grundsatz 127
b. Kein Rechtsschutzinteresse bei Reaktion auf eine betragsmässig beschränkte Teilklage 128
3. Eventualfeststellungswiderklage und Sistierung 128
E. Rechtshängigkeit 131
F. Verjährung und Verwirkung 131
Literaturverzeichnis 131

I. HINTERGRUND

Bereits vor Erlass der schweizerischen Zivilprozessordnung war das Teilklagerecht in der Schweiz vom Bundesgericht als Ausfluss des materiellen Rechts der Gläubigerin, gemäss Art. 69 Abs. 2 OR vom Schuldner nur eine Teilzahlung verlangen zu können, anerkannt.[544] Die Lehre sah die Berechtigung zur Erhebung einer Teilklage dagegen seit jeher als Ausfluss des **Dispositionsgrundsatzes**.[545] Der Dispositionsgrundsatz besagt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen kann, als diese verlangt, und nicht weniger, als von der Gegenseite anerkannt wird (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die klagende Partei kann somit, muss aber nicht, alle Ansprüche im einem Begehren einklagen, die ihr aufgrund eines Lebenssachverhalts zustehen.[546] Das Teilklagerecht wurde in Art. 86 ZPO diskussionslos kodifiziert.[547] Der Gesetzgeber schloss sich zudem in der Botschaft zur ZPO der Lehre an, wonach der Inhaber eines teilbaren Rechts entsprechend der - nunmehr nicht mehr kantonal geregelten[548] - prozessualen Dispositionsmaxime frei sei, bloss einen Teil einzuklagen.[549] Inzwischen hat sich das Bundesgericht der Zuordnung zum Prozessrecht angeschlossen.[550] 1

II. AKTUELLE ENTWICKLUNGEN

Die Rechtsprechung zur Teilklage **entwickelte sich in den letzten Jahren rasant** und hat den Wirkungen der Teilklage und deren prozessrechtlicher Einordnung im Verhältnis zu anderen Bestimmungen Konturen verschafft.[551] Ältere Kommentierungen und Lehrmeinungen sind entsprechend vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung zu studieren. Auswirkungen der 2

544. BGer 4A_194/2012 vom 20.7.2012 E. 1.1 bis 1.3. BGE 142 III 683 E. 4; Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 3; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 1; Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 2.
545. BGer 4A_194/2012 vom 20.7.2012 E. 1.2. Markus, Art. 86 ZPO N. 1; Berti, Zur Teilklage, 42; Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 3; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1; CR-CPC-Bohnet, Art. 86 ZPO N. 4; Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 1; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 1., a.M. Sutter-Somm/Seiler, Art. 86 ZPO N. 2.
546. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 1.
547. Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 2.
548. BGer 4A_572/2010 vom 20.12.2010 E. 2.2; BGer 4A_194/2012 vom 20.7.2012 E. 1.2; BGE 109 II 452 E. 5d.
549. Botschaft zur ZPO, BBl 2006, S. 7288; Berti, Zur Teilklage, S. 42 FN 18.
550. BGE 142 III 683 E. 4.

kommenden ZPO-Revision auf die Rechtsprechung im Bereich der Teilklage sind kaum zu erwarten. Art. 224 Abs. 1bis E-ZPO hält lediglich fest, was bereits aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt: eine Widerklage soll zukünftig in zwei Fällen verfahrensüberschreitend möglich sein. Erstens, wenn dafür lediglich aufgrund des Streitwerts das vereinfachte Verfahren anwendbar ist, und zweitens im besonderen Fall der negativen Feststellungswiderklage.[552] Ist die Hauptklage eine Teilklage, werden gemäss Art. 94 Abs. 3 E-ZPO die Prozesskosten ausschliesslich auf der Grundlage des Streitwerts der Hauptklage, d.h. der Teilklage, und nicht mehr der negativen Feststellungswiderklage berechnet. Diese Bestimmung verschafft der teilklagenden Partei inskünftig den Vorteil, eine gewisse Sicherheit über die zu erwartenden Kostenfolgen ihrer Klage zu erhalten, da die Kostenfolgen nicht mehr vom Verhalten der Beklagten abhängig sind. Damit kommt der Gesetzgeber nicht nur der teilklagenden Partei, sondern auch der eine Feststellungsklage erhebenden Partei kostenmässig entgegen.[553] «Leidtragende» dieser neuen Bestimmung sind die Kantone, deren Gerichte nun inskünftig trotz Mehrarbeit die Gerichtskosten nicht deshalb erhöhen können, da eine Feststellungswiderklage erhoben wurde. Die neue Bestimmung hat auch zur Folge, dass die Parteientschädigungen selbst im Falle der Beurteilung einer Feststellungswiderklage tiefer bleiben als bisher.

III. GEGENSTAND

A. Allgemeines

3 Die ZPO kennt die drei Klagearten Leistungsklage, Gestaltungsklage und Feststellungsklage.[554] Bei der Teilklage handelt es sich nicht um eine eigene Klageart, sondern um eine **Spielart der Leistungsklage,** wie dies auch bei der unbezifferten Forderungsklage (Art. 85 ZPO) oder der objektiven

551. Siehe bspw. zur Rechtskraftwirkung eines abweisenden Entscheids unten V. H; zur Zulässigkeit der Reaktion mit einer aufgrund des höheren Streitwerts im ordentlichen Verfahren zu behandelnden negativen Feststellungswiderklage auf eine im vereinfachten Verfahren erhobene Teilklage unten V. I. 1.

552. Unten V. I. 1; Botschaft vom 26.2.2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff., S. 2759 f.; Landbrecht, 722; Spühler, S. 943.

553. Droese, Teilklage, 86-87.

554. Markus, Vorb. zu Art. 84-90 ZPO, N. 3.

Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) der Fall ist. Eine Teilklage führt nicht zu einem Teilurteil (wie dies z.B. für die Frage der Zuständigkeit häufig ergeht), sondern zu einem Endentscheid.[555] Zur Rechtskraftwirkung dieses Endentscheids siehe unten, V.H. Geteilt wird auch nicht die Klage, sondern der Anspruch. Es handelt sich also um eine «Teilanspruchsklage».[556]

Art. 86 ZPO stipuliert keine spezifischen Konzepte, sondern zieht die Konsequenzen aus anderen Normen. So bestätigt Art. 86 ZPO zunächst implizit, was sich bereits aus der materiellen Rechtskraft ergibt: Eine Klage über den unbeurteilten Teil eines Streitgegenstands ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein anderer Teil im Rahmen einer Teilklage bereits beurteilt wurde.[557] Ebenso folgt die Teilbarkeit des Anspruchs - die einzige Voraussetzung die Art. 86 ZPO aufstellt -[558] nicht aus Art. 86 ZPO, sondern aus dem materiellen Recht.[559] Nicht die Zulässigkeit der Teilklage bedarf daher einer gesetzlichen Anordnung, vielmehr hätte die Unzulässigkeit einer Erhebung einer Teilklage einer ausdrücklichen Regelung bedurft.[560] 4

B. Begriffliches

Der Streitgegenstand ist prozessrechtlich bedeutend.[561] Er beeinflusst u.a. die Frage, ob eine Klagenhäufung vorliegt, ob eine Klageänderung oder die Erhebung einer Widerklage nötig ist, und ob einer erneuten Klage die materielle Rechtskraft des ersten Entscheids entgegensteht.[562] Werden mehrere Streitgegenstände miteinander geltend gemacht, so liegt eine objektive Klagenhäufung vor und der Begriff Teilklage sollte dann m.E. nicht verwendet werden.[563] Beruht der geltend gemachte Anspruch dagegen auf einem Lebenssachverhalt, so liegt eine Teilklage vor.[564] 5

555. Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 6; Markus, Art 86 ZPO N. 10.
556. Berti, Gedanken, S. 78.
557. Markus, Vorb. zu Art. 84-90 ZPO N.3; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 4. Siehe hierzu auch eingehend unten V. H.
558. BGE 142 III 683 E. 5.2; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1b; Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 2.
559. Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 2.
560. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 4; Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 2.
561. Siehe dazu eingehend Berti, Gedanken, S. 81 f.
562. Landbrecht, 715.
563. Hinten, C. Berti, Zur Teilklage, S. 43.
564. BGE 143 III 254 E. 3.4; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1 bis 3; Landbrecht, 719.

6 Es wird zwischen echter und unechter Teilklage unterschieden.[565] Die **echte Teilklage** unterscheidet sich nur in quantitativer Hinsicht vom behaupteten Gesamtanspruch. Von einem Anspruchsziel wird nur ein Teil eingeklagt. Zum Beispiel werden CHF 10'000 aus einer Gesamtforderung von CHF 100'000 Franken einer Kaufpreisforderung geltend gemacht.[566] Ein weiteres Beispiel ist die Einklagung eines quantitativen Teils eines gesamten aus einer Körperverletzung sich ergebenden Schadens. Dies deshalb, da mehrere unterschiedliche Schadenspositionen und Genugtuung aus demselben Unfallereignis einen einzigen Lebenssachverhalt begründen.[567]

7 Bei der **unechten Teilklage** handelt es sich um einen individualisierten Anspruch, der sich entweder zeitlich (z.B. verschiedene Fälligkeiten[568]) oder aufgrund des Rechtsgrundes von anderen aus demselben Lebenssachverhalt abgeleiteten Forderungen abgrenzen lässt.[569] Die vom Bundesgericht verwendete Formulierung des individualisierbaren Anspruchs des Gesamtschadens bringt allerdings wenig Klarheit.[570] Von einer unechten Teilklage ging das Bundesgericht aus, wenn von mehreren Forderungen nur einzelne genau bezeichnete geltend gemacht werden (z.B. nur einige aber nicht alle Nachtragsforderungen aus einem Werkvertrag), diese aber im vollen Umfang.[571]

8 Denkbar ist die Einschränkung eines Streitgegenstands somit nicht nur mittels Rechtsbegehren (z.B. nur die Hälfte von CHF 100'000, welche die materiellrechtliche Grundlage zulassen würde (dann echte Teilklage)), sondern auch eine Beschränkung der Prüfung auf einzelne materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen. Beispielsweise können im Adhäsionsverfahren nur ausservertragliche Ansprüche geltend gemacht werden, nicht jedoch vertragliche Ansprüche, wodurch letztere rechtskraftfrei bleiben.[572] In beiden Fällen liegt der übrige Streitstoff ausserhalb des

565. Statt vieler Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 2.
566. Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 4; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 13; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 2.
567. BGE 143 III 254 E. 3.6; BGE 143 III 506 E. 4.1.
568. BGE 135 V 141 E. 1.4.2; Markus, Art. 86 ZPO N. 3; Bohnet, Art. 86 ZPO N. 9.
569. Dorschner, Art. 86 ZPO N. 13; Emmel, S. 64. Füllemann, Art. 86 ZPO N 3; Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N 4 f.; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 2f.; Bohnet/Droese, Art. 86 ZPO N. 4.
570. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 2.
571. BGer 4A_553/2021 vom 1.2.2023 B.a. und E. 3.3.

eingeklagten Sachverhalts und eine spätere separate Beurteilung bleibt möglich.[573] Hat z.B. eine klagende Partei bereits mittels Teilklage ein Urteil erwirkt, wobei die Schadensposition «Sachschaden Uhr» nicht geltend gemacht wurde, so kann sie diesen Sachschaden auch später noch einfordern. Es handelt sich schlicht um etwas anderes, auch wenn es nach der Begrifflichkeit des Bundesgerichts um denselben Streitgegenstand aus dem «Auffahrunfall» geht. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre jedoch darauf zu achten, dies in der Klagebegründung detailliert darzulegen, um nicht Gefahr zu laufen, dass das Bundesgericht von einer bereits abgeurteilten Sache ausgeht.

Die Nähe zur objektiven Klagenhäufung, welche allerdings wie erwähnt zwei separate Streitgegenstände umfasst,[574] ist dabei frappant. Im Fall der unechten Teilklage handelt es sich m.E. um mehrere selbständige Einzelforderungen, d.h. um verschiedene Streitgegenstände, und damit um Vollklagen.[575] 9

Die offene Formulierung von Art. 86 ZPO ermöglicht zwar eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Teilklage.[576] Die Tendenz des Bundesgerichts scheint aber zu sein, auf solche **Begrifflichkeiten**, welche wenig geklärt sind,[577] **zu verzichten**: Die Vorinstanz ging bei der Geltendmachung von insgesamt drei Forderungen betreffend Überzeitentschädigung für drei verschiedene Zeitabschnitte, wobei nur die Entschädigung für ein Jahr eingeklagt wurde, von unterschiedlichen Perioden und damit unterschiedlichen Lebenssachverhalten aus und nahm eine unechte Teilklage an.[578] Das Bundesgericht löste den Fall dadurch, dass Art. 224 Abs. 1 ZPO für alle Teilklagen, ob echt oder unecht gelte.[579] Ob die Entschädigung für die während eines bestimmten Kalenderjahres angeblich geleistete Überzeit einen selbständigen Streitgegenstand darstelle, sei irrelevant.[580] Das Bundesgericht liess auch die Frage offen, ob es sich bei der 10

572. BGE 148 IV 432 E. 3.3.
573. Landbrecht, 719.
574. Vorne, C.
575. Huber-Lehmann/Conrad, 258 f.
576. Füllemann, Art. 86 ZPO N. 3; Gemäss einem Teil der Lehre ist die unechte Teilklage nicht von Art. 86 ZPO erfasst, siehe Emmel, S. 66.
577. Spühler, S. 943.
578. BGE 145 III 299 E. 2.2.
579. BGE 145 III 299 E. 2.4.
580. BGE 145 III 299 E. 2.3.

Einklagung von Schadenersatz aus einem Strassenverkehrsunfall (Erwerbsausfall) um eine echte oder unechte Teilklage handle.[581] Neuerdings verwendet das Bundesgericht - anders als die Vorinstanz, die von einer echten Teilklage sprach – den Begriff «betragsmässig beschränkter Teil einer Forderung»; dies in Abgrenzung zu einzelnen Schadensposten.[582] Auch in weiteren Entscheides des Bundesgerichts wird der Begriff nicht mehr verwendet.[583]

11 Die Unterscheidung zwischen echter und unechter Teilklage spielt für die Bestimmung des Streitgegenstands keine Rolle.[584] **Auf die Begriffe echte und unechte Teilklage sollte m.E. verzichtet werden.** Dies aus zwei Gründen: Erstens ist es für das mit einer Teilklage befasste Gericht irrelevant, ob eine echte oder unechte Teilklage vorliegt. Das Gericht prüft, was ihm vorlegt wird. Zweitens beurteilt sich die Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft aufgrund des ergangenen Entscheids über die Teilklage. Dabei ist einzig bedeutend, was der Streitgegenstand war, und nicht, ob eine echte oder unechte Teilklage zu beurteilen war. Bisweilen wird (ebenfalls ohne Mehrwert) auch von einer **offenen oder verdeckten Teilklage** gesprochen, je nachdem, ob die klagende Partei in der Teilklage oder im Prozess verdeutlicht, dass mit dem Rechtsbegehren noch nicht alle Ansprüche aus dem Lebenssachverhalt geltend gemacht werden, oder nicht.[585]

C. Abgrenzung

12 Abzugrenzen ist die Teilklage zunächst von der **unbezifferten Forderungsklage** gemäss Art. 85 ZPO.[586] Damit macht die klagende Partei grundsätzlich den ganzen Anspruch geltend, kann die Höhe aber nicht beziffern. Der dabei anzugebende vorläufige Mindeststreitwert bildet keine Obergrenze. Im Gegensatz dazu wird mit der Teilklage bewusst nur ein

581. BGE 147 III 172 E. 2.3.
582. BGE 147 III 345 E. 6.4.3.
583. BGer 4A_307/2021 vom 23.6.2022; BGer 4A_211/2022 vom 18.7.2022.
584. Landbrecht, 719. Siehe auch BGer 4A_15/2017 vom 8.6.2017 E. 1.3, wo das Bundesgericht umstrittene Begrifflichkeiten wie echte und unechte Teilklage, Schadensposten und objektive Klagenhäufung sowie Streitgegenstand als rechtstheoretisch und von akademischem Interesse bezeichnete, und die Beantwortung solcher Fragen mangels praktischer Bedeutung ablehnte.
585. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 2.
586. Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 1.

bestimmter Betrag eingeklagt. Es ist daher nicht möglich, dass das Gericht von sich aus der klagenden Partei mehr zuspricht, als diese mit ihrer Teilklage fordert (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Auch eine **Partialzession** ist nicht mit einer Teilklage zu verwechseln. Die Abtretung eines Teils einer noch nicht vor Gericht gebrachten Forderung führt regelmässig zu zwei unabhängigen Forderungen mit selbständigem Schicksal. Sie können daher auch selbständig eingeklagt werden.[587] 13

Die **objektive Klagenhäufung** betrifft die Geltendmachung von Klagen, welche auf mehreren unterschiedlichen Lebenssachverhalten gründen.[588] Die Teilklage in der Form der echten Teilklage umfasst bloss einen Lebenssachverhalt.[589]. Allerdings wird auch von einer Teilklage in der Form der objektiven Klagenhäufung gesprochen.[590] Dies ist m.E. abzulehnen, da es sich dann nicht um eine Teilklage handelt, sondern um verschiedene Streitgegenstände in Form von objektiven Klagenhäufungen. 14

Abzugrenzen ist die Teilklage auch vom **Rektifikationsvorbehalt**. Gemäss Art. 46 Abs. 2 OR kann das Gericht bei Schadenersatz infolge Körperverletzung auf zwei Jahre, vom Tage des Urteils angerechnet, dessen Abänderung vorbehalten. Dieser Vorbehalt zielt auf die Abänderungsmöglichkeit eines Urteils. Dabei handelt es sich daher auch nicht um einen (befristeten) gesetzlichen Fall des Vorbehalts der Nachklage.[591] 15

D. Zur (aufgegebenen) Unzulässigkeit der alternativen objektiven Klagehäufung im Rahmen der Erhebung einer Teilklage

Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden zur Unzulässigkeit der alternativen objektiven Klagehäufung Stellung genommen, um schliesslich eine **Praxisänderung** vorzunehmen. Die vor der Praxisänderung ergangenen Entscheide sind nach wie vor erhellend, da sich daraus ergibt, wann das 16

587. 4A_9/2022 vom 6.5.2022 E. 3.
588. Bohnet/Droese, Art. 86 ZPO N. 8, Sutter-Somm/Seiler, Art. 86 ZPO N. 5.
589. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 2 und 3, wonach es sich streng genommen im Fall der unechten Teilklage nicht um eine Teilklage handelt; Markus, Art. 86 ZPO N. 3, wonach die unechte Teilklage wie eine Ganzklage zu behandeln ist.
590. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 3; Sutter-Somm/Seiler, Art. 86 ZPO N. 5.
591. 4A_401/2011 vom 18.1.2012 E. 4; Brehm, Art. 46 OR N. 154.

Bundesgericht von einem Lebenssachverhalt ausgeht (vgl. siehe auch vorne, III. B).

17 Das Bundesgericht hatte zunächst erwogen, dass eine Teilklage unzulässig sei, die auf **drei Jahresboni** gerichtet ist. Der Gesamtbetrag betrug CHF 480'000 und eingeklagt wurden CHF 30'000. Die klagende Partei hatte nicht angegeben, in welcher Reihenfolge sie die drei Ansprüche geltend machen wollte.[592] Rechtsbegehren, welche auf eine Geldleistung gerichtet seien, seien für sich alleine nicht individualisierend und können daher wie hier unterschiedliche Lebenssachverhalte und damit unterschiedliche Streitgegenstände umfassen.[593] Dies genüge den Bestimmtheitsanforderungen nicht, da eine unzulässige alternative objektive Klagenhäufung vorliege, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei.[594] Kurze Zeit später entschied das Bundesgericht, dass eigenständige Schadenspositionen (z.B. Schaden aus bereits entstandenem Erwerbsausfall und künftiger Erwerbsausfallschaden) bei einem Verkehrsunfall zwar objektiv nicht eindeutig abgegrenzt werden könnten, der massgebliche Lebenssachverhalt jedoch das **Unfallereignis mit Körperverletzung** bleibe.[595] Es lag somit ein einheitlicher Lebensvorgang vor, obwohl die Schadensposten Schadenersatz und Genugtuung eingeklagt wurden, und es musste daher keine Prüfungsreihenfolge angegeben werden.[596]

18 Später erwog das Bundesgericht in Änderung seiner Rechtsprechung, dass am Erfordernis der Angabe der **Prüfungsreihenfolge nicht mehr festgehalten** werden könne.[597] Es sei lediglich zu verlangen, dass die klagende Partei hinreichend substantiiert behaupte, es bestehe eine über den eingeklagten Betrag hinausgehende Forderung.[598] Dabei handelt es sich m.E. aber nicht um eine Frage der Zulässigkeit der Teilklage. Behauptet die klagende Partei dies

592. BGE 142 III 683 E. 5.1, 5.3.1, 5.4 (bestätigt in BGer 4A_15/2017 vom 8.6.2017 E. 3.3), BGE 143 III 254 E. 3.4; Bohnet/Droese, Art. 86 ZPO N. 6. Sutter-Somm, Art. 86 ZPO N. 6; Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N 12; Markus, Art. 86 ZPO N. 12; Huber-Lehmann/Conrad, S. 254f.
593. BGE 142 III 683 E. 5.3.1.
594. BGE 142 III 683 E. 5.3.1 und E. 5.4.
595. BGE 143 III 254 E 3.5f; bestätigt in BGE 4A_15/2017 E 3.3, siehe auch E. 3.3.5. wonach auch dann ein Streitgegenstand vorliege, wenn der Ausfall, der als Schaden eingeklagt wurde, aus periodischen Leistungen bestehe, die für sich alleine je eigene Streitgegenstände darstellen.
596. BGE 143 III 254 E 3.7.
597. BGE 144 III 452 E. 2.4.
598. BGE 144 III 452 E. 2. 4.

nicht hinreichend, bedeutet dies nicht, dass auf die Teilklage nicht eingetreten wird. Es wird einfach die Reihenfolge der Prüfung dem gerichtlichen Ermessen anheimgestellt. Nach neuester Rechtsprechung muss eine klagende Partei folglich kein Nichteintreten aufgrund eines unbestimmten Rechtsbegehrens mehr befürchten, wenn sie die Reihenfolge mehrerer Ansprüche nicht angibt. Allerdings führt diese Rechtsprechung zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Die klagende Partei hat erst verloren, wenn keiner der Lebenssachverhalte eine Grundlage für die Gutheissung darstellt. Die Rechtskraftfolgen können aber ganz unterschiedlich sein, je nachdem, welche Reihenfolge das Gericht wählt. Im Extremfall erfahren die Parteien erst aus dem Entscheid, welche Ansprüche beurteilt wurden und welche nicht. Die nicht beurteilten Ansprüche können erneut Gegenstand eines Prozesses sein.[599] Eine klagende Partei dürfte daher nach wie vor gut beraten sein, eine Prüfungsreihenfolge anzugeben.

E. Zulässigkeit

Das Gesetz spricht von der **Teilbarkeit eines Anspruchs**. Art. 86 ZPO enthält neben der Voraussetzung der Teilbarkeit, wie erwähnt, keine weiteren Voraussetzungen.[600] Ebenso wurde bereits darauf hingewiesen, dass nicht die Klage, sondern der sachrechtliche Anspruch geteilt wird.[601] Bei Geld ist die Teilbarkeit des Anspruchs immer gegeben.[602] Die Teilklage ist aber nicht auf Geldforderungen beschränkt, sondern ist auch für andere Ansprüche denkbar (z.B. Forderung auf Leistung von vertretbaren Sachen oder Speziesschulden auf Sachgesamtheiten).[603] 19

Die Parteien bestimmen, soweit sie über den **Anspruch frei verfügen können**, was das Gericht zu beurteilen hat.[604] Können die Parteien nicht frei 20

599. Domej, S. 107.
600. Vorne III. A.; BGE 142 III 683 E. 5.2; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1b; CR CPC-Bohnet, Art. 86 ZPO N. 4.
601. Berti, Gedanken, 78.
602. BGE 143 III 506 E. 4.1; BGE 142 III 683 E. 5.2; Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 1, Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1b, Dorschner, Art. 86 ZPO N. 2; Gasser/Rickli, Art. 86 ZPO N. 1; Berti, Zur Teilklage, S. 41.
603. Berti, Zur Teilklage, S. 41; Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 1; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1b, Dorschner, Art. 86 ZPO N. 2; Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 2; Markus, Art. 86 ZPO N. 1; Füllemann, Art. 86 ZPO N. 1; CR CPC Bohnet, Art. 86 ZPO N. 2f.
604. Bohnet/Droese, Art. 86 ZPO N. 1.

über den Anspruch verfügen, so wird die Erhebung einer Teilklage teilweise als unzulässig angesehen. Das Obergericht des Kantons Zürich erwog, dass die klagende Partei keine Teilklage auf Abänderung des Kindesunterhalts erheben könne, da der Kinderunterhalt dem Offizialgrundsatz unterliege.[605] Es erwog zudem, dass eine Teilklage auch dort unzulässig sei, wo eine Quantifizierung des Anspruchs nach Art. 42 Abs. 2 OR dem Gericht überlassen wurde,[606] was regelmässig im Rahmen der Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage der Fall ist. Das Bundesgericht erwog auf Beschwerde gegen diesen Entscheid hin, dass das Unterhalts-Stammrecht als Streitgegenstand auch materiell-rechtlich eine Teilklage ausschliesse, die explizit eine grundsätzliche Aufhebung oder Abänderung des Kindsunterhalts anstrebe; zulässig sei jedoch, da eine Vollklage, eine Abänderung des Unterhalts nur für eine bestimmte Zeitperiode.[607] M.E. bewirkt der blosse Umstand, dass sich das Recht zur Teilklage aus dem Dispositionsgrundsatz ergibt, nicht, dass die Erhebung einer Teilklage dort, wo die Offizialmaxime gilt, per se ausgeschlossen ist. Solange ein materiell-rechtlich teilbarer Anspruch vorliegt, sollte die Erhebung einer Teilklage möglich sein. Anderes hätte einer expliziten Regelung in Art. 86 ZPO bedurft. So ist m.E. auch die Erhebung einer betragsmässig beschränkten Teilklage im Rahmen einer Schadensschätzung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR nicht deshalb ausgeschlossen, da das Gericht den Schaden zu schätzen hat. Die Erhebung einer Teilklage wird in diesen Fällen aber kaum sinnvoll sein, da der im Rahmen einer unbezifferten Forderungsklage anzugebende Mindeststreitwert das Kostenrisiko minimiert und die Erhebung einer Teilklage allenfalls den Betrag der richterlichen Schadensschätzung gar unterschreitet, was kaum im Interesse der klagenden Partei ist.

21 Die Formulierung korrekter Rechtsbegehren stellt eine Prozessvoraussetzung dar, sodass auf unzulässige Begehren nicht einzutreten ist.[608] Sofern man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Teilklage nur für dem Dispositionsgrundsatz unterliegende Sachverhalte gilt, wäre auf die Teilklage zufolge eines formungültigen Rechtsbegehrens nicht einzutreten.[609] Anders sieht es jedoch für den Fall aus, in welchem eine vermeintliche Teilklage

605. OGer ZH RZ210004 vom 2.5.2022 E. 2.5 und 2.6.
606. OGer ZH RZ210004 vom 2.5.2022 E. 2.5.
607. BGer 5A_434/2022 vom 15.6.2022 E. 3.
608. Sutter-Somm/Seiler, Art. 86 ZPO N. 5.
609. OGer ZH RZ210004 vom 2.5.2022 E. 2.7 (bestätigt in BGer 5A_434/2022 vom 15.6.2022 E. 3).

erhoben wird, das Gericht aber von einer Vollklage ausgeht. Das Gericht wird keinen Nichteintretensentscheid fällen, sondern die Klage materiell gutheissen oder abweisen.

Die Erhebung von mehreren Teilklagen ist grundsätzlich zulässig ist. Die Erhebung vieler Teilklagen mit geringen Streitwerten kann aber als Schikane und damit als **Rechtsmissbrauch** gewertet werden.[610] 22

Die Teilklage bietet auch Raum für zulässige **taktische Manöver**: Die klagende Partei kann z.B. zunächst eine Teilklage über CHF 50'000 anhängig machen, eine Vergleichsverhandlung vor Gericht abwarten, und nach positiver einstweiliger Einschätzung einer Delegation des Gerichts den Restbetrag ins Verfahren einbringen in der Hoffnung, dass auch das Gesamtgericht und der zweite Schriftenwechsel zu keiner anderen Einschätzung führen. Sie kann auch den Betrag der Teilklage im Rahmen einer Klageänderung in der Replik erhöhen, ohne die Gesamtforderung geltend zu machen. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ergibt sich aus dem Dispositionsgrundsatz. 23

Die Teilklage bietet Vorzüge. Sie ist aber nicht ohne **Risiko**. Eine Teilklageerhebung über CHF 30'000 kann zum Nichteintreten mangels sachlicher Zuständigkeit führen (da bis CHF 30'000 das vereinfachte Verfahren Anwendung findet, und das Handelsgericht keine Prozesse im vereinfachten Verfahren behandelt).[611] 24

IV. VORTEILE DER TEILKLAGE

Die Erhebung einer Teilklage ermöglicht eine Verringerung oder gar Vermeidung von Kosten, die Einflussnahme auf die sachliche Zuständigkeit und das anwendbare Verfahren.[612] Die Wahl des vereinfachten Verfahrens führt regelmässig zu einer Prozessbeschleunigung.[613] Die Teilklage kann auch von Vorteil sein, wenn der klagenden Partei lediglich Beweismittel für einen Teil des Anspruch zur Verfügung stehen oder wenn Bedenken betreffend der 25

610. Emmel, S. 66; siehe auch BGer 4A_307/2021 E. 2.2.5 vom 23.6.2022 mit Hinweis auf BGE 144 III 452 E. 2.4, BGE 143 III 506 E. 4.1 und BGE 142 III 683 E. 5.2.
611. BGE 143 III 137 E. 2.
612. Füllemann, Art. 86 ZPO N 2; Gasser/Rickli, Art. 86 ZPO N. 2; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 4 f; Markus, Art. 86 ZPO N. 4; Sutter-Somm/Seiler, Art. 86 ZPO N. 3; CR CPC-Bohnet, Art. 86 ZPO N 6.
613. Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 6; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 4 f.

Solvenz der beklagten Partei bestehen.[614] Mit der Einklagung eines Beitrags unter CHF 10'000 kann das Rechtsmittel der Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und unter CHF 30'000 die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 BGG) ausgeschlossen werden.[615] Häufig dürfte der Testprozess auch dazu dienen, die Prozessaussichten abzuklären.[616] In diesem Sinne ermöglicht die Teilklage eine Abklärung der Erfolgsaussichten mit beschränktem Risiko. Dies ist in gewissem Masse auch mit Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege vergleichbar, zumindest insofern, als dass bei klar aussichtslosen Prozessen die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird. In der Praxis kommt es häufig zu Vergleichen, welche bei einer Teilklage den gesamten Anspruch rechtskräftig erledigen. Denkbar ist auch, dass die beklagte Partei nach einem gutheissenden Entscheid einen Vergleich über die Restforderung abschliesst oder die Gesamtforderung freiwillig bezahlt.[617] Nicht zu unterschätzen ist auch die Suggestivwirkung eines Entscheids über die Teilklage (ähnlich wie bei vorsorglichen Massnahmen), zumal häufig dasselbe Gericht weitere Prozesse beurteilt.[618] Das Bundesgericht spricht dabei von der faktischen Bindungswirkung des Entscheids über die Teilklage.[619]

V. EINZELFRAGEN

A. Nachklagevorbehalt

26 Das Rechtsbegehren ist so zu formulieren, dass es direkt zum Dispositiv des Entscheids erhoben werden kann.[620] Im Dispositiv über eine Teilklage sollte weder der Passus «Mehrforderung vorbehalten» noch «unter Vorbehalt der Nachklage» enthalten sein. Die Anfügung eines **Nachklagevorbehalts im Rechtsbegehren ist unnötig**.[621] Art. 86 ZPO hat gerade die

614. Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 6; CR CPC-Bohnet, Art. 86 ZPO N 6; Markus, Art. 86 ZPO N. 4; Allerdings dürfte es sich dann umso mehr anbieten, den Gesamtbetrag einzuklagen, bevor über die beklagte Partei allenfalls der Konkurs eröffnet wird. Siehe ferner Emmel, S. 72 mit dem Hinweis, dass sich der Beweis oft nur beschränkt von demjenigen für die Gesamtforderung unterscheidet.
615. Statt vieler Dorschner, Art. 86 ZPO N. 5.
616. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1 und 4; CR CPC-Bohnet, Art. 86 ZPO N 6.
617. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 1 und 4.
618. Oberhammer/Weber, Art. 86 N. 4.
619. BGer 4A_270/2018 vom 2.1.2018 E. 1.2; 4A_43/2008 vom 4.3.2008 E. 3.5.
620. Willisegger, Art. 221 N. 18.

Garantiefunktion, dass die Erhebung einer Teilklage zumindest in prozessualer Hinsicht nicht zur Verwirkung der nicht eingeklagten fälligen Restforderung führt.[622] Die Meinung, dass «aus Vorsichtsgründen» ein Nachklagevorbehalt anzubringen sei, überzeugt nicht.[623] Es ist eine Frage der materiellen Rechtskraft des Entscheids über die erste Teilklage, ob eine zweite (Teil)klage zulässig ist. Einem Nachklagevorbehalt kommt in Bezug auf die materielle Rechtskraft keine Bedeutung zu. Das Gericht lässt sich nicht davon leiten, was die klagende Partei mit der ersten Teilklage bezweckte, sondern davon, wie die klagende Partei ihre Klage vorgetragen hat. Die Vorsicht bei der Ausarbeitung einer Teilklage sollte daher nicht durch Anbringen unnötiger Floskeln im Rechtsbegehren gelebt werden, sondern in einer genügend substantiierten Begründung (Art. 86 ZPO bietet keine herabgesetzten Anforderungen an die Substantiierung; wer eine Teilklage erheben will, sollte sich bewusst sein, dass eine Teilklage wie eine normale Klage zu prozessieren ist und Versäumnisse bei der Substantiierung den Verlust der Restforderung bedeuten können).[624] Ein Rechtsbegehren auf Vormerknahme des Nachklagevorbehalts sollte vermieden werden, um ein Nichteintreten mangels Rechtsschutzinteresse mit entsprechenden Kostenfolgen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) zu vermeiden.[625]

B. Verzicht auf Restforderung

Ein Verzicht auf die Restforderung ist möglich, aber nicht leichthin anzunehmen.[626] Ein Verzicht auf eine Forderung ist eine Frage des materiellen Rechts. Die Ausübung einer prozessrechtlichen Befugnis – die Erhebung einer Klage in einem bestimmten Betrag – kann daher nicht als Verzicht auf einen allfälligen Anspruch in einem überschiessenden Betrag gedeutet werden. Daher ist die bundesgerichtliche Aussage, wonach 27

621. BGer 4A_401/2011 vom 18.1.2012 E. 4; Oberhammer/Weber, Art. 86 N. 6, Courvoisier, Art. 86 N. 5, Füllemann, Art. 86 N. 4.
622. Berti, Zur Teilklage, S. 42.
623. So aber Gasser/Rickli, Art. 86 N. 1. Markus, Art. 86 N. 11, Dorschner, Art. 86 N. 12, Füllemann, Art. 86 N. 4.
624. Hinten V. H.
625. BGer 4A_427/2017 vom 22.1.2018 E. 1.2; BGer 4A_495/2016 vom 5.1.2017 E. 3.2; 4A_401/2011 vom 18.1.2012 E. 4.
626. BGE 116 II 428 E. 2; Loacker, Art. 115 OR N. 13; CR CPC -Bohnet, Art. 86 ZPO N. 14; Dorschner, Art. 86 ZPO N. 12; Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 7; Markus, Art. 86 ZPO N. 11; Füllemann, Art. 86 ZPO N. 4; Suter-Somm, Art. 86 ZPO N. 1.

ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten auf eine Nachklage verzichtet werden könne und es sich dann um eine sog. Vollklage handle, ohne Hinweise auf die restriktiven Voraussetzungen dieser Rechtsfolge unglücklich.[627] Das Fehlen eines Nachklagevorbehalts stellt jedenfalls keinen konkludenten Verzicht dar.[628] Ob ein konkludenter Verzicht vorliegt, beurteilt sich einzig nach dem konkreten Einzelfall und der Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen. Auch die Auffassung, dass ohne Nachklagevorbehalt eine weitere Klage als venire contra factum proprium interpretiert werden könnte, und damit rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 ZGB wäre[629] ist aufgrund der Irrelevanz des Nachklagevorbehalts abzulehnen. Wer von seinem prozessualen Recht Gebrauch macht, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen.[630]

C. Rechtskraftwirkung des Entscheids über eine Teilklage

28 Generell erwächst nur das Dispositiv in materielle Rechtskraft und dem Urteil über eine Teilklage kommt nur Rechtskraft in Bezug auf den eingeklagten Teil der Forderung zu.[631] Dies ist im Fall der **Gutheissung der Teilklage** unbestritten.[632] Die Rechtskraftwirkung tritt nur insoweit ein als der geltend gemachte Anspruch beurteilt wurde.[633] Die Tragweite der Rechtskraftwirkung ergibt sich aber nicht aus dem Dispositiv allein, sondern aus den Urteilserwägungen.[634]

29 Wird auf eine Teilklage durch die beklagte Partei hin keine **negative Feststellungswiderklage** erhoben, so kann die (teil)klagende Partei weitere Ansprüche geltend machen. Erhebt die beklagte Partei jedoch negative Feststellungswiderklage, so führt dies zum Verlust von weiteren Forderungen, wenn die klagende Partei weitere Forderungen nicht nachzuweisen vermag.[635]

627. BGer 4A_633/2012 vom 21.2.2013 E. 2.4; siehe Kritik bei Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 7.
628. Courvoisier, Art. 86 ZPO N. 5, a.A. Gasser/Rickli, Art. 86 ZPO N. 1.
629. So aber Vorauflage zu Dorschner, Art. 86 ZPO N. 12. Eingehend dazu Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 7; Markus, Art. 86 ZPO N. 11.
630. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 7.
631. BGE 147 III 345 E. 6.2.
632. BGE 147 III 345 E. 6.2 und E. 6.4.3; statt vieler Dorschner, Art. 86 N. 14.
633. BGE 147 III 345 E. 6.4.1 und 6.4.2.
634. BGE 147 III 345 E. 6.4.1; BGE 141 III 229 E. 3.2.6; BGE 121 III 474 E. 4a.
635. BGer 4A_553/2021 vom 1.2.2023 E. 3.4.

Bei der **Abweisung einer betragsmässig beschränkten Teilklage** hat das Gericht den Gesamtanspruch zu prüfen, bevor es die Teilklage ganz oder teilweise abweisen kann.[636] Daher steht einer erneuten (Teil-)Klage generell die Rechtskraft des Ersturteils entgegen.[637] Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in welchen die Teilklage mangels genügender Substantiierung abgewiesen wurde (d.h. wenn es dem Gericht mangels genügender Substantiierung nicht möglich war, den gesamten Anspruch durchzuprüfen, bevor es zur Abweisung der Teilklage gelangt). Dies ist die notwendige Folge mangelnder Substantiierung, wie sie generell für Klagen gilt.[638] 30

Die Abweisung einer Teilklage hindert die klagende Partei aber nicht daran, in einer neuen Klage **andere Schadensposten** geltend zu machen, weil im ersten Urteil dann nicht entschieden wurde, dass der klagenden Partei überhaupt kein Anspruch zusteht.[639] Die klagende Partei sollte diesfalls aber bereits klar in der Begründung ausführen, welcher Schadensposten geltend gemacht wird. Tut man dies nicht, läuft man Gefahr, dass das Gericht davon ausgeht, man habe einen Teil des Gesamtschadens eingeklagt, d.h. einen Querschnitt durch sämtliche Schadensposten. Entsprechendes gilt auch für den Fall einer zeitlich abgegrenzten Forderung.[640] 31

Gemäss Art. 241 ZPO hat der **Vergleich oder ein Klagerückzug** die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids und das Gericht schreibt das Verfahren ab. M.E. ist diese Rechtsfolge von der rechtskräftigen Abweisung der Teilklage zu unterscheiden, da sich in den Erwägungen des Abschreibungsentscheids nichts über die erfolgreiche bzw. erfolglose Geltendmachung von Ansprüchen bzw. die Substantiierung findet.[641] Daher hat in diesem Fall der generelle Grundsatz zu gelten, dass sich die Rechtskraft nur auf die betragsmässig beschränkte eingeklagte Forderung beschränkt. Bei Vergleichen über eine Teilklage empfiehlt es sich, auch die Gesamtforderung in den Vergleich miteinzubeziehen, um Rechtssicherheit zu schaffen. 32

636. BGE 147 III 345 E. 6.4.2; statt vieler Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 10a.
637. BGE 147 III 345 E. 6.4.2; statt vieler Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 10a.
638. BGE 147 III 345, unpublizierte E. 5.2.2.
639. BGE 147 III 345 E. 6.4.3 mit Hinweis auf Urteil 4A_13/2017 vom 26.1.2017. E. 2.3.
640. BGE 147 III 345 E. 6.4.3 mit Hinweis auf nicht publ. E. 1d in BGE 114 II 279.
641. Berti, zur Teilklage, S. 49.

D. Negative Feststellungswiderklage

1. Verfahrensart und Überweisung

33 Eine dem ordentlichen Verfahren unterliegende negative Feststellungswiderklage kann auch dann erhoben werden, wenn sie als Reaktion auf eine im vereinfachten Verfahren erhobene Teilklage erfolgt. Dies ist eine Ausnahme von Art. 224 Abs. 1 ZPO, wonach Widerklage nur erhoben werden kann, wenn dieselbe **Verfahrensart** vorliegt.[642] Begründet wird dies damit, dass eine Feststellungsklage lediglich die Feststellung der Nichtexistenz des von der klagenden Partei bereits angemeldeten Gesamtanspruchs angestrebt, und sich damit von einer gewöhnlichen Widerklage, mit welcher ein von der Vorklage nicht erfasster, unabhängiger Anspruch ins Recht gefasst wird, unterscheidet.[643] Bei der Frage nach der Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage kommt gemäss Bundesgericht der heiklen Abgrenzung von Streitgegenständen keine entscheidende Bedeutung zu.[644] Vielmehr sei bereits entschieden worden, dass die Ausnahme vom Erfordernis der Verfahrensart nicht auf echte Teilklagen beschränkt sei.[645]

34 Wird eine negative Feststellungsklage erhoben, welche die sachliche Zuständigkeit des Gerichts übersteigt, so **überweist** dieses die Rechtssache i.S.v. Art. 224 Abs. 2 ZPO an das zuständige Gericht.[646] Eine im vereinfachten Verfahren erhobene Teilklage wird zusammen mit der Feststellungsklage im ordentlichen Verfahren behandelt.[647] Zwar erlaubt Art. 86 ZPO gerade, dass die erhobene Klage anders behandelt wird, als wenn man die Gesamtforderung geltend machen würde (z.B. betreffend Verfahrensart). Dennoch ist diese Folge m.E. der klagenden Partei zuzumuten, da es der Rechtslage entspricht, die für die Einklagung der Gesamtforderung gegolten hätte. Eine Teilklägerin tut daher gut daran, auch die vereinfachte Klage mit einem Detaillierungsgrad auszuarbeiten, der dem ordentlichen Verfahren gerecht werden würde, wenn sie eine Teilklage im vereinfachten Verfahren

642. BGE 145 III 299 E. 2; BGE 147 III 172 E. 2.3; BGer 4A_395/2021 vom 7.10.2021 E. 3.1.
643. BGE 143 III 506 E. 4.3.3.
644. BGE 145 III 299 E. 2.3.
645. BGE 145 III 299 E. 2.3; BGE 143 III 506; BGer 4A_395/2021 vom 7.10.2021 E. 3.1.
646. Bopp/Bessenich, Art. 86 ZPO N. 9.
647. Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N. 13. Siehe auch Botschaft vom 26.2.2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff., S. 2759 f.

i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO erhebt. Andernfalls bleibt der Teilklägerin bloss noch die Replik zur Aufbesserung ihres Tatsachenfundaments. Handelt es sich dagegen um einen Sozialprozess i.S.v. Art. 243 Abs. 2 ZPO, so kann die Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage keine Änderung der Verfahrensart bewirken.[648] Daran scheint auch die ZPO-Revision nichts zu ändern, da sich Art. 224 Abs. 1bis E-ZPO auf das Kriterium der Geltung des vereinfachten Verfahrens aufgrund des Streitwerts bezieht.

2. Feststellungsinteresse

a. Grundsatz

Das Bundesgericht bejaht in konstanter Rechtsprechung das rechtliche Interesse der beklagten Partei, eine gegen sie erhobene Teilklage mit einer **negativen Feststellungswiderklage** abzuwehren.[649] Begründet wird dies damit, dass die beklagte Partei im Umfang der Gesamtforderung in ihrer Privatrechtsphäre beeinträchtigt wird, da in der Teilklage zugleich das gesamte Forderungsrecht als notwendige Grundlage mitschwingt.[650] Allerdings genügt der blosse Umstand, dass eine Teilklage erhoben wurde, nicht, um ein Feststellungsinteresse zu begründen.[651] Die Frage, wie weit das Feststellungsinteresse der beklagten Partei reicht, wenn sie mit einer Klage auf Schadenersatz für Erwerbsausfall aus einem Verkehrsunfall konfrontiert ist, konnte das Bundesgericht kürzlich offen lassen, da ihm diese Frage nicht zur Beurteilung vorgelegt wurde.[652] Ist eine Partei mit einer nicht betragsmässig beschränkten Teilklage konfrontiert, so gelten m.E. die drei allgemeinen Anforderungen an negative Feststellungsklagen auch hier. Es bedarf also einer Unsicherheit der Rechtslage, der Unzumutbarkeit, dass die Rechtsunsicherheit fortdauere und schliesslich der Unmöglichkeit, anderweitig gleichwertigen Rechtsschutz zu erhalten. Aufgrund der konkreten Verhältnisse ist jeweils zu entscheiden, ob ein Feststellungsinteresse gegeben

35

648. Siehe auch Art. 224 Abs. 1bis E-ZPO, Spühler, S. 943.
649. BGE 143 III 506 E. 4.3.1; BGer 4A_80/2013 vom 30.7.2013 E. 6.4; BGer 4A_255/2010 vom 29.6.2010 E. 5.5; BGer 4A_395/2021 vom 7.10.2021 E. 3.2.
650. BGE 143 III 506 E. 4.3.1; BGer 4A_395/2021 vom 7.10.2021 E. 3.2.
651. Berti, Gedanken, S. 80.
652. BGE 147 III 172 E. 2.2; ebenfalls generell offengelassen, im konkreten Fall aber das Feststellungsinteresse bejahend BGer 4A_395/2021 vom 7.10.2021 E. 3.2.

ist.[653] Nicht entscheidend ist dagegen der unscharfe Begriff der unechten Teilklage.[654]

b. Kein Rechtsschutzinteresse bei Reaktion auf eine betragsmässig beschränkte Teilklage

36 Die erwähnte Rechtsprechung erging vor dem Entscheid des Bundesgerichts, wonach die Abweisung einer betragsmässig beschränkten Forderung Rechtskraftwirkung für die Gesamtforderung bewirkt, wenn das Gericht alle Ansprüche prüfen musste, bevor es zu diesem Ergebnis gelangte.[655] Bereits früher hatte das Bundesgericht aber bereits festgehalten, dass **kein Rechtsschutz- bzw. Feststellungsinteresse** an der Erhebung einer negativen Feststellungsklage bestehe, wenn das Gericht eine Teilklage von CHF 30'000 (Gesamtforderung CHF 45'875.70) nur im Umfang von CHF 14'162.55 für begründet erachtet.[656] Erwächst dieser Entscheid in materielle Rechtskraft, so steht bereits fest, dass der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner aus dem im Prozess geltend gemachten Sachverhalt diesen Betrag schuldet, und nicht mehr. [657] Daraus folgt, dass auf eine negative Feststellungsklage nicht einzutreten ist, wenn das Gericht den ganzen Anspruch prüfen muss, um die Teilklage zu beurteilen.[658]

3. Eventualfeststellungswiderklage und Sistierung

37 Aufgrund dieser Unsicherheiten hat die Lehre verschiedene Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen, welche Anwendung finden sollen, falls

653. Berti, Gedanken, S. 81.

654. In diese Richtung deutet auch BGer 4A_15/2017 vom 8.6.2017 E. 1.3, wo das Bundesgericht umstrittene Begrifflichkeiten wie echte und unechte Teilklage, Schadensposten und objektive Klagehäufung sowie Streitgegenstand als rechtstheoretisch und von akademischem Interesse bezeichnete, und die Beantwortung solcher Fragen mangels praktischer Bedeutung ablehnte.

655. BGE 147 III 345 E. 6. Dazu eingehend vorne V.H.

656. BGer 4A_194/2012 vom 20.7.2012 E. 1.5.

657. BGer 4A_194/2012 vom 20.7.2012 E. 1.5; anders BGer 4A_414/2013 vom 28.10.2013 E. 3.3, der die Teilklage abwies und die Feststellungsklage guthiess (feststellt, dass nichts schuldet aus Arbeitsverhältnis. Dies deshalb, da die klagende Partei den Anteil 13. Monatslohn und die Korrektur des Arbeitszeugnisses nicht eingeklagt hatte, beide Ansprüche vor dem erstinstanzlichen Entscheid fällig geworden waren, E. 3.). Dieser Entscheid ist somit kein Widerspruch zu BGer 4A_194/2012 vom 20.7.2012, da die Feststellungsklage in BGer 4A_414/2013 vom 28.10.2013 weitere Elemente zu beurteilen hatte, die ohne Feststellungsklage nicht Gegenstand des Urteils hätten werden können.

eine Partei mit einer betragsmässig beschränkten Teilklage konfrontiert ist und eine negative Feststellungswiderklage erheben will.

Zunächst wird die Erhebung einer **bedingten Feststellungswiderklage (Eventualwiderklage)** für den Fall vorgeschlagen, dass die (Teil)klage abgewiesen wird. Dies wird als zulässig erachtet.[659] Im Gegensatz zu kantonalen Zivilprozessordnungen sieht die ZPO jedoch die Erhebung einer bedingten Widerklage nicht vor.[660] Eine bedingte Widerklage kann nur dann zulässig sein, wenn man die Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 62 ZPO bereits mit Erhebung der negativen Feststellungswiderklage annimmt, da die Rechtshängigkeit keine Bedingungen erträgt.[661] Zudem müsste der Rückzug der (Teil)klage auch die Widerklage entfallen lassen.[662] Da die ZPO vorsieht, dass die Widerklage ein von der Teilklage unabhängiges eigenes Schicksal hat (vgl. Art. 14 Abs. 2 ZPO), ist allerdings fraglich, ob eine bedingte Widerklage zulässig sein sollte. Zwar ist es unstrittig zulässig, dass ein Eventualbegehren gestellt werden kann. Dort ist aber klar, dass über das von derselben Partei gestellte Hauptbegehren so oder anders entschieden wird (und dass das Eventualbegehren weniger als das Hauptbegehren ist). Alternative Begehren sind unzulässig.[663] Eine bedingte Widerklage dagegen löst wie eine anhängig gemachte Klage einen Schriftenwechsel aus, der dann jedoch, wenn die Hauptklage gutgeheissen wird, vergebens war. Eine Widerklage als mit der Erhebung rechtshängig zu betrachten, wie eine normale Widerklage einen Schriftenwechsel durchzuführen, um am Ende die Widerklage als nicht existent zu betrachten, scheint daher m.E. unzulässig. Der Teilklage erhebenden Partei entstehen mit der Beantwortung Kosten, die sie später nicht erhältlich machen kann, da ohne die Existenz einer Widerklage kein genereller Anspruch auf Kostenersatz besteht.[664] Es ist auch fraglich, wie das Dispositiv des Entscheids zu lauten hätte. Nichteintreten wäre bei Annahme

38

658. Rusch/Lindholm/Chevalley, S. 735; Berti, Gedanken, S. 85 f., Berti, Zur Teilklage, S. 49f.
659. BGE 46 II 99, 166 (Frage offen gelassen), 4P.266/2006 vom 13.12.2006 E. 1.2 (noch vor CH-ZPO). BPatGer O2021_006, O2021_015 vom 11.5.2023 E. 14 und E. 38, Implizit geht hiervon auch BGer, 4A_342/2018 vom 21.11.2018 E. 3 aus. Ferner Rusch/Lindholm/Chevalley, S. 735, Berti, Einführung, Rz 222, FN207; Droese, res iudicata, S. 346 FN 1682; Haas/Schlumpf, Art. 14 ZPO N. 7; Ruggle, Art. 14 ZPO N. 6.
660. 4P.266/2006 vom 13.12.2006 E. 1.2 wonach bedingte Widerklage in aargauischer ZPO explizit vorgesehen war.
661. Frank/Sträuli/Messmer, §60 Rz 15.
662. Frank/Sträuli/Messmer, §60 Rz. 15.
663. Vorne D.

der Rechtshängigkeit wohl die richtige Lösung, doch kann etwas, das nicht existiert, m.E. nicht mit einem Nichteintreten erledigt werden. Eine Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit i.S.v. 241/242 ZPO scheint ebenfalls nicht angebracht, da der Gegenstand der negativen Feststellungsklage rückwirkend als gar nie bestehend betrachtet wird.[665] Grundsätzlich ist nur schwer verständlich, wie etwas rechtshängig sein kann, wenn es abhängig ist von einer anderen Klage. Auch ist unklar, was passiert, wenn die bedingte Feststellungswiderklage zurückgezogen wird, bevor die Bedingung (Abweisung der Teilklage) eintritt. Kann dann keine erneute Widerklage mehr anhängig gemacht werden, da die bedingte Feststellungswiderklage der anderen Partei zugestellt wurde und damit die Fortführungslast eingetreten ist?[666] Angesichts dieser Fragezeichen erscheint m.E. die Erhebung einer bedingten Feststellungswiderklage unzulässig.

39 Neben der Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage wird auch ein Sistierungsantrag diskutiert, um den Unsicherheiten im Zusammenhang mit einer betragsmässig beschränkten Teilklage zu begegnen. Wird eine unbedingte negative Feststellungswiderklage auf eine Teilklage hin erhoben, kann das Gericht erstere **sistieren** (Art. 126 Abs. 1 ZPO).[667] Damit würden Kosten gespart, da der Schriftenwechsel betreffend die Widerklage einstweilen zurückgestellt wird. Allerdings steht die Sistierung im Ermessen des Gerichts und dieses dürfte geneigt sein, eine solche abzulehnen, da andernfalls zeitlich kaum ein Unterscheid zwischen der Erhebung einer Feststellungswiderklage mit Sistierung und der Erhebung einer negativen Feststellungsklage in einem separaten Prozess nach Entscheid über die Teilklage besteht. Dies dürfte zumindest dann der Fall sein, wenn man die Verfahrensbeschleunigung als Hauptmotiv für die grosszügige Zulassung der negativen Feststellungswiderklage im Kontext der Teilklage sieht.

664. BPatGer O2021_006, O2021_015 vom 11.5.2023 E. 38, wonach es sich rechtfertigt, eine Eventualwiderklage, die wegen Abweisung der Hauptklage nicht geprüft wurde, hinsichtlich der Kostenfolgen wie ein nicht geprüftes Eventualbegehren zu behandeln.

665. BPatGer O2021_006, O2021_015 vom 11.5.2023 E. 38, wonach die Eventualwiderklage, wenn sie infolge Abweisung der Hauptklage hinfällig geworden ist, keine Erwähnung im Dispositiv findet, da auf sie weder nicht eingetreten noch sie abgewiesen wird.

666. Art. 65 ZPO.

667. Rusch/Lindholm/Chevalley, S. 735; Droese, res iudicata, 346 FN 1682.

E. Rechtshängigkeit

Fraglich ist, ob die Erhebung einer betragsmässig beschränkten Teilklage eine weitere Teilklage ausschliesst. Diese Frage dürfte theoretischer Natur sein, da dies mit dem Zweck der Teilklage kaum zu vereinen ist, die ja gerade auf einen Testprozess mit geringen Kosten abzielt. Zudem besteht die Möglichkeit, mittels Klageänderung den Betrag der bereits anhängig gemachten Teilklage zu erhöhen, sofern die Voraussetzungen der Klageänderung gegeben sind. Solange das Gericht den Anspruch noch nicht durchgeprüft hat, besteht m.E. keine Rechtshängigkeitssperre und weitere Teilklagen sind zulässig.[668] 40

F. Verjährung und Verwirkung

Die Teilklage unterbricht die Verjährung nur für den eingeklagten Teil.[669] Handelt es sich um die Geltendmachung eines haftpflichtrechtlichen Schadens, so beginnt die Verjährung nach Art. 60 OR aber erst mit Kenntnis des gesamten Schadens zu laufen. Steht fest, dass sich der Schaden noch weiterentwickelt, besteht insofern keine Notwendigkeit, den bereits bekannten Schadensteil zwecks Abwendung der Verjährungsfolge durch Teilklage vorab geltend zu machen.[670] 41

Die Erhebung einer Teilklage kann eine genügende Handlung darstellen, um eine Verwirkungsfrist zu wahren.[671] 42

LITERATURVERZEICHNIS

Berti Stephen V., Gedanken zur Teil(anspruchs)klage nach Art. 84 E ZPO CH, SZZP 1 (2007), S. 77-86 (zit. Gedanken).

Berti Stephen V., Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zugleich ein Beitrag zur Lehre der materiellen

668. Zur Frage, ob die rechtshängige Teilklage einer anderweitig geltend gemachten negativen Feststellungklage entgegenstehen würde BGer 4A_395/2021 vom 7.10.2021 E. 3.2.
669. BGer 2C_110/2008 vom 3.4.2009 E. 8.3 m. H. auf BGE 122 III 195 E. 9c; Füllemann, Art. 86 ZPO N. 8; Suter-Somm, Art. 86 ZPO N. 3; a.M. Hunziker-Blum, 293.
670. Markus, Art. 86 ZPO N. 5. BGE 109 II 418 E. 4; BGer 4A_12/2008 vom 14.3.2008 E. 5.1.
671. AppG BS 27.10.2006 Nr. 1611, E. 4.2.1 ff.; BJM 2007, 2013, wobei dem Vorbehalt der Mehrforderung m.E. keine Bedeutung zukommen sollte.

Rechtskraft), in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg)., HAVE Haftpflichtprozess 2010, S. 39-52 (zit. Zur Teilklage).

Bohnet François/Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Präjudizienbuch ZPO, 2. Aufl., Bern 2023.

Bopp Lukas/Bessenich Balthasar, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021.

Courvoisier Matthias, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010.

Domej Tanja, Formalismus – haben wir davon zu viel?, CIVPRO 2022, S. 97-125.

Dorschner Sophie, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Droese Lorenz, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015 (zit. res iudicata).

Droese Lorenz, Teilklage und Nachklagevorbehalt, in: Krauskopf Frédéric/Rothenberger Adrian (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2023, Das Rechtsbegehren, Zürich 2023, S. 58-94 (zit. Teilklage).

Emmel Frank, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage, BJM 2012, S. 61-83.

Füllemann Daniel, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al., 2016.

Frank Richard/Messmer Georg/Sträuli Hans, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2000.

Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2014.

Haas Ulrich/Schlumpf Michael, Kommentierung zu Art. 14 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Huber-Lehmann Melanie/Conrad Zina, Streitgegenstand und gehäufte Teilklage, ZZZ 43 (2017), S. 254-263.

Hunziker-Blum Felix, Bei Teilklage bloss Teilverjährung?, AJP 2019, S. 287-293.

Landbrecht Johannes, Effiziente Streitbehandlung nach ZPO, ZZZ 56 (2021), S. 715-726.

Loacker Leander D., Kommentierung zu Art. 115 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 7. Aufl., Basel 2020.

Markus Alexander R., Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149, Bern 2012.

Oberhammer Paul/Weber Philipp, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Ruggle Peter, Kommentierung zu Art. 14 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Rusch Lukas/Lindholm Michelle/Chevalley Cyrill A. H., Die Teilklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Eine Bestandesaufnahme, ZZZ 56 (2021), S. 727-736.

Spühler Karl, ZPO-Revision Halbzeit, SJZ 117 (2021), S. 942-945.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408, Zürich 2021.

Willisegger Daniel, Kommentierung zu Art. 221 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 142 ZPO

Eine Kommentierung von Linda Novina

ZITIERVORSCHLAG

Linda Novina, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Novina, Art. 142 ZPO N. XXX.

3. Kapitel: Fristen, Säumnis und Wiederherstellung

1. Abschnitt: Fristen

Art. 142 Beginn und Berechnung

[1] Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen.

[1bis] Erfolgt die Zustellung einer Sendung an einem Samstag, einem Sonntag oder einem am Gerichtsort vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag durch gewöhnliche Post (Art. 138 Abs. 4), so gilt die Mitteilung nach Absatz 1 am nächsten Werktag als erfolgt.

[2] Berechnet sich eine Frist nach Monaten, so endet sie im letzten Monat an dem Tag, der dieselbe Zahl trägt wie der Tag, an dem die Frist zu laufen begann. Fehlt der entsprechende Tag, so endet die Frist am letzten Tag des Monats.

[3] Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Gerichtsort vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet sie am nächsten Werktag.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines zu Art. 142–149 ZPO 137
A. Fristen in der ZPO 137
B. Anwendungsbereich 138
C. Abgrenzungen 140
1. Uneigentliche Fristen (Ordnungsfristen) 140
2. Fristen der Bundesrechtspflege 141
3. Materiellrechtliche Fristen 142
II. Beginn des Fristenlaufs (Art. 142 Abs. 1 ZPO) 143
A. Fristauslösende Mitteilungen 143
B. Eintritt eines Ereignisses 144
C. Andere fristauslösende Sachverhalte 145
D. Erster Tag der Frist 145
III. Zustellung durch gewöhnliche Post (Art. 142 Abs. 1bis ZPO) 146
IV. Fristberechnung (Art. 142 Abs. 2 ZPO) 147
A. Monatsfristen 147
B. Tagesfristen 149
C. Stunden-, Wochen- und Jahresfristen 149
V. Ende des Fristenlaufs (Art. 142 Abs. 3 ZPO) 151
Literaturverzeichnis 153
Materialienverzeichnis 155

I. ALLGEMEINES ZU ART. 142–149 ZPO

A. Fristen in der ZPO

Fristen sind diejenigen **Zeitabschnitte**, innerhalb welcher die Parteien und andere Verfahrensbeteiligte eine prozessuale Handlung vorzunehmen, ein Recht auszuüben oder eine Willenserklärung abzugeben haben[672]. Sie dienen so dem geordneten Ablauf und der beförderlichen Erledigung des Zivilprozesses[673]. Nebst den zivilprozessualen Fristen gibt es auch eine Reihe von Fristen, auf welche das Fristenrecht der ZPO keine Anwendung findet. Beispielsweise richtet sich die Berechnung der Klage- und Verwirkungsfristen des Bundeszivilrechts nach dem ZGB oder OR und in Verfahren vor dem Bundesgericht ist das Fristenrecht nach Art. 44–50 BGG anzuwenden (hierzu näher Kap. I.C.2 und 3). 1

Die ZPO unterscheidet zwischen **gesetzlichen und gerichtlichen Fristen**. Eine gesetzliche Frist ist grundsätzlich nicht erstreckbar und deren Dauer ergibt sich aus dem Gesetz. Dies im Gegensatz zu gerichtlichen Fristen, deren Dauer im Einzelfall vom Gericht festgesetzt und die aus zureichenden Gründen auch erstreckt werden können[674]. 2

Weiter wird zwischen peremptorischen und dilatorischen Fristen unterschieden. Diese Unterscheidung bezieht sich auf die Folgen von Fristversäumnissen. Bei **peremptorischen Fristen** – auch Ausschlussfristen genannt – führt der unbenützte Fristablauf zum Eintritt der Verwirkung, d.h. eine nicht fristgerechte, prozessuale Handlung ist unwirksam[675]. Als Paradebeispiel dienen hier die Rechtsmittelfristen[676]. **Dilatorische Fristen** 3

672. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 1; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 2; Tanner, Art. 142 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 3; Spühler, Art. 142 ZPO N. 1; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 5.
673. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 1 f.; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 6; Tanner, Art. 142 ZPO N. 2; Spühler, Art. 142 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 21.
674. Siehe im Einzelnen die Kommentierung zu Art. 144 ZPO.
675. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 1.
676. Siehe Art. 311 Abs. 1 ZPO (30 Tage für die Berufung im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren), Art. 314 Abs. 1 ZPO (10 Tage für die Berufung im summarischen Verfahren), Art. 321 Abs. 1 ZPO (30 Tage für die Beschwerde im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren), Art. 321 Abs. 2 ZPO (10 Tage für die Beschwerde im summarischen Verfahren oder gegen eine prozessleitende Verfügung, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt).

hingegen führen nicht zu einem Rechtsverlust, sondern ziehen einen anderen Rechtsnachteil nach sich[677]. Beispielsweise hat ein erstes Verpassen der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses oder der Sicherheit für die Parteientschädigung nicht gleich ein Nichteintreten auf die Klage oder das Gesuch zur Folge, sondern lediglich die Ansetzung einer Nachfrist[678]. Im Unterschied zum Zivilprozessrecht verwendet das öffentliche Verfahrensrecht die Begriffe der peremptorischen und dilatorischen Frist als Synonyme für eine gesetzliche oder gerichtliche Frist[679].

4 Der Begriff der **Frist im weiteren Sinne** umfasst einerseits die Frist im engeren Sinne, d.h. die auf eine bestimmte Zeitdauer (nach Tagen, Wochen, Monaten oder Jahren) bemessene Frist, andererseits aber auch die auf einen bestimmten Kalendertag fixierte Frist (auch Terminfrist genannt). Auf Terminfristen sind die Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO naturgemäss nicht anwendbar, Art. 142 Abs. 3 ZPO und Art. 143 ZPO sind jedoch auch in diesem Zusammenhang zu beachten[680].

B. Anwendungsbereich

5 Die Art. 142–149 ZPO sind grundsätzlich auf **alle prozessualen Fristen** im Geltungsbereich der ZPO (Art. 1 f. ZPO) anwendbar[681]. Hierzu zählt seit 1. Januar 2025 auch die Frist nach Art. 53 Abs. 3 ZPO zur Wahrnehmung des Replikrechts, das aus Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK hergeleitet wird[682].

6 Aufgrund des Verweises in Art. 31 SchKG gelten auch für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der **Fristen des SchKG** die Bestimmungen der ZPO, sofern das SchKG nichts anderes bestimmt. Besonderheiten – namentlich auch für gerichtliche Angelegenheiten des SchKG – ergeben sich aus diesem Vorbehalt in Bezug auf die Erstreckung (Art. 33 Abs. 2 SchKG, nur für im

677. BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 1.
678. Siehe Art. 101 Abs. 3 ZPO; siehe auch Art. 223 Abs. 1 ZPO (versäumte Klageantwort) als weiteres Beispiel.
679. Vgl. BGer 2C_30/2017 vom 10.5.2017, E. 2.2.3; Steuerbuch des Kantons Zug, Ziff. 57.1 und 57.2.
680. CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 6.
681. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 3; Tanner, Art. 142 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 3 und Art. 143 ZPO N. 1; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 1.
682. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5a–5d; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4.

Ausland wohnhafte Verfahrensbeteiligte oder bei öffentlicher Bekanntmachung), die Wiederherstellung (Art. 33 Abs. 4 SchKG, nur bei fehlendem Verschulden) sowie den Rechtsstillstand und die Berücksichtigung der Betreibungsferien (Art. 56 ff. SchKG und Art. 63 SchKG)[683].

Auch in Bezug auf die Klagefristen des SchKG sind aufgrund von Art. 31 SchKG die Bestimmungen der ZPO hinsichtlich ihrer Berechnung, ihres Laufs und ihrer Einhaltung zu berücksichtigen, unter Vorbehalt der soeben ausgeführten Abweichungen, welche sich aus dem SchKG ergeben[684]. Mit den per 1. Januar 2025 revidierten **Art. 145 Abs. 4 ZPO** und Art. 56 Abs. 2 SchKG wird die Koordination des Fristenstillstands zwischen dem SchKG und der ZPO verbessert, indem diese beiden Bestimmungen übereinstimmend festhalten, dass für alle Klagen nach dem SchKG, die vor einem Gericht einzureichen sind, die Bestimmungen der ZPO über den Fristenstillstand gelten. Vereinfacht sind neu ausschliesslich die Bestimmungen der ZPO bei allen Verfahren vor einem Gericht und die Bestimmungen des SchKG bei allen Verfahren vor einer Verwaltungs- oder Aufsichtsbehörde anwendbar[685]. Hierzu näher die Kommentierung zu Art. 145 ZPO. 7

Im **internationalen Verhältnis** richtet sich das auf verfahrensrechtliche Fragen anwendbare Recht im Grundsatz nach dem Gerichtsort (lex fori processualis). Entsprechend kommen die Bestimmungen der ZPO zum Fristenrecht auch bei Verfahren mit Auslandbezug zur Anwendung[686]. Gleiches gilt für die Beschwerde gegen die Vollstreckbarerklärung (sog. Exequatur) nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.12), wo das Fristenrecht des Vollstreckungsstaats zur Anwendung gelangt[687]. Auch im Rahmen des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die 8

683. BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 4; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 7; Tanner, Art. 142 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 5 f.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 3; Gasser/Rickli/Josi, Art. 142 ZPO N. 1; Spühler, Art. 142 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 11; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 8; Abbet, Art. 142 ZPO N. 3.
684. ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 7 und Art. 143 ZPO N. 3; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 8; Abbet, Art. 142 ZPO N. 3.
685. Votum Lüscher, AB 2022 NR S. 670; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1179.
686. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 3a.
687. Art. 327a Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 43 Abs. 3 LugÜ; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 3 mit Verweis auf KGer GR KSK 23 31 vom 4.12.2023, E. 1.3.

zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ; SR 0.211.230.02) wird in der Schweiz auf die Fristenregelung der ZPO zurückgegriffen, da das HKÜ selbst keine spezifischen Bestimmungen zu den Modalitäten des Fristenlaufs enthält[688].

9 Neben den Bestimmungen der ZPO ist das Europäische Übereinkommen vom 16. Mai 1972 über die Berechnung von Fristen (**EuFrÜb**; SR 0.221.122.3) sowohl bei internationalen als auch innerstaatlichen Sachverhalten (aufgrund seiner Natur als unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Bestimmung, sog. «self-executing» Norm[689]) zu beachten[690]. Im Verhältnis zu Art. 142 ZPO[691] enthält das Übereinkommen lediglich Ergänzungen und keine inhaltlichen Abweichungen[692].

C. Abgrenzungen

1. Uneigentliche Fristen (Ordnungsfristen)

10 Fristen in der ZPO lassen sich je nach ihrem Zweck und Adressatenkreis in **eigentliche und uneigentliche Fristen** unterscheiden. Eigentliche Fristen richten sich an die Parteien (oder auch an Dritte[693]) und werden ihnen zur Vornahme einer bestimmten Prozesshandlung, zur Ausübung eines Rechts oder zur Abgabe einer Willenserklärung angesetzt (hierzu vorne Kap. I.A). Uneigentliche Fristen (auch Ordnungsfristen genannt) richten sich an Gerichte und andere Organe der Rechtspflege, womit ihnen das Gesetz bestimmte Zeiträume für die Vornahme von Amtshandlungen vorschreibt. Beispiel für eine solche uneigentliche Frist ist Art. 203 Abs. 1 ZPO. Diese

688. BGer 5A_576/2018 vom 31.7.2018, E. 4.3.3; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 3.
689. Anders in Bezug auf Art. 2 und 3 EuFrÜb, siehe BGer 5P.200/1991 vom 3.12.1991, E. 3b (in SJ 1992 145 ff.) und CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 3.
690. BGE 150 III 367, E. 4.1; BGer 4A_113/2023 vom 28.2.2023, E. 6.2; BGer 9C_396/2018 vom 20.12.2018, E. 2.2 (mit Verweis auf BGE 124 II 527, E. 2b); BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 10; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 5; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 4; Tanner, Art. 142 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 14; Spühler, Art. 142 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 3 f.; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 3.
691. Das Übereinkommen regelt einzig die Berechnung von Fristen (Art. 1 Abs. 1 EuFrÜb).
692. Vgl. BGE 150 III 367, E. 5.7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 1; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 3 (mit Ausnahme des Stillstands von Jahresfristen während der Gerichtsferien).
693. Tanner, Art. 142 ZPO N. 6, bspw. Sachverständige, Zeugen etc.

Bestimmung gibt vor, dass die Schlichtungsverhandlung innert zwei Monaten seit Einreichung des Schlichtungsgesuchs stattzufinden hat[694]. Als Ordnungsfrist gilt mangels prozessrechtlicher Natur auch die siebentägige Abholungsfrist gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nach einem erfolglosen Zustellversuch[695].

Das Fristenrecht der ZPO findet keine Anwendung auf uneigentliche Fristen. Einzige Ausnahme ist wohl die Bestimmung von Art. 142 ZPO zur Fristberechnung[696]. Ordnungsfristen können somit weder erstreckt werden, noch stehen sie in bestimmten Zeiträumen still. 11

2. Fristen der Bundesrechtspflege

In Verfahren vor dem Bundesgericht ist nicht die Fristenregelung nach Art. 142–149 ZPO, sondern das **Fristenrecht nach Art. 44–50 BGG** anzuwenden. Dies gilt es insbesondere bei Fristen für Rechtsmittel an das Bundesgericht zu beachten[697]. 12

Das Fristenrecht der ZPO wurde weitgehend auf die bisherige Bundesrechtspflege **abgestimmt**. Art. 142 Abs. 1 ZPO stimmt mit Art. 44 Abs. 1 BGG, und Art. 142 Abs. 3 ZPO nahezu wörtlich mit Art. 45 Abs. 1 BGG überein[698]. Gleiches gilt auch für Art. 143 Abs. 1 ZPO, der mit Art. 48 Abs. 1 BGG übereinstimmt. Die entsprechenden Kommentierungen zum Bundesgerichtsgesetz können deshalb beigezogen werden[699]. 13

694. BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 3; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 3; Tanner, Art. 142 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 22.
695. BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 3; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 2 f.; Tanner, Art. 142 ZPO N. 7 und 33; Abbet, Art. 142 ZPO N. 1.
696. Tanner, Art. 142 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 22.
697. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 6; Tanner, Art. 142 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 10.
698. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 9; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 5; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 1; Tanner, Art. 142 ZPO N. 1; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 1; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 3; Gasser/Rickli/Josi, Art. 142 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 9.
699. BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 5; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 7; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 3; vgl. BGer 5A_976/2021 vom 2.12.2021, E. 3; OGer ZH NE220001 vom 7.10.2022, E. 3.4.3; KGer SG BO.2019.20 vom 9.9.2020, E. 3a.

3. Materiellrechtliche Fristen

14 Die Berechnung einer Frist richtet sich grundsätzlich nach dem Recht, welches die Frist setzt[700]. Die Berechnung der Klage- und Verwirkungsfristen des Bundeszivilrechts richtet sich deshalb nicht nach den Bestimmungen der ZPO, sondern **nach dem ZGB oder OR** (sofern die ZPO nicht durch Verweis (analog) anwendbar ist, bspw. im Kindes- und Erwachsenenschutz aufgrund von Art. 450f ZGB). Solche materiellrechtlichen Fristen sind zum Beispiel die Monatsfrist zur Anfechtung gesetzes- oder statutenwidriger Vereinsbeschlüsse (Art. 75 ZGB), die zweijährige Trennungsfrist (Art. 292 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 114 ZGB), die relative und absolute Verjährungsfrist der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage (Art. 521 Abs. 1 ZGB), die Probezeit nach Art. 335b OR[701] sowie die Frist von zwei Monaten zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Art. 706a Abs. 1 OR). Sie sind – vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen[702] – weder erstreck- oder wiederherstellbar, noch stehen sie während den Gerichtsferien still[703].

15 Im Übrigen ergeben sich für Beginn und Berechnung sowie die Einhaltung von Fristen nur **geringfügige Abweichungen** (z.B. Massgeblichkeit von Feiertagen am Wohnsitz oder Sitz der klagenden Partei)[704]. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollten Fristen jedoch nach ein und derselben Methode berechnet werden, und zwar unabhängig davon, ob sie sich aus dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht ergeben[705]. Massgebend für die Wahrung materiellrechtlicher Klagefristen ist wiederum die Begründung der Rechtshängigkeit nach der ZPO[706].

---

700. BGE 143 III 554, E. 2.5.2; BGE 143 III 15, E. 4.1; BGE 137 III 208, E. 3.1.2; BGE 123 III 67, E. 2a.
701. Siehe zur Berechnung BGE 144 III 152, E. 4.4.2 und 4.4.3.
702. z.B. Fristwiederherstellung nach Art. 256c Abs. 3 ZGB für die Klagefrist bei Anfechtung der Vaterschaft möglich.
703. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 7; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 2, die Fristerstreckungen und -wiederherstellungen zulassen möchte, wenn das Bundesrecht die Ansetzung einer Frist an sich, nicht aber deren Dauer vorsieht (z.B. Art. 961 Abs. 3 ZGB zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch); Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 5, welcher gestützt auf BGE 143 III 554, E. 2.5.2 und BGE 119 II 434, E. 2a f. die Meinung von BK-Frei teilt; ebenso Tanner, Art. 142 ZPO N. 9–11 und Art. 145 ZPO N. 13; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 3 f. und Art. 144 ZPO N. 3; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 33 ff.; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 7 und 9, wonach auch die Verjährungsfristen gemäss Art. 112 und 123 Abs. 2 ZPO zu den materiellrechtlichen Fristen zählen; Abbet, Art. 142 ZPO N. 2.
704. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 5.
705. BGE 150 III 367, E. 5.5.4.2.

II. BEGINN DES FRISTENLAUFS (ART. 142 ABS. 1 ZPO)

Zivilprozessrechtliche Fristen werden durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst und beginnen am folgenden Tag zu laufen[707]. 16

A. Fristauslösende Mitteilungen

Mit einer «Mitteilung» im Sinn von Art. 142 Abs. 1 ZPO setzt das Gericht bzw. die mit der Verfahrensleitung betraute Person den Parteien oder Verfahrensbeteiligten eine Frist an, welche damit gleich ausgelöst wird. Fristauslösende Mitteilungen stellen **prozessleitende Verfügungen** dar[708]. Diese sind den Parteien oder ihrer Vertretung gehörig zur Kenntnis zu bringen, andernfalls beginnt die Frist nicht zu laufen[709]. Bei wirksamer Vertretung ist grundsätzlich die Kenntnisnahme durch den Vertreter massgebend, und nicht diejenige durch den Vertretenen[710]. 17

Zur gehörigen Kenntnisnahme ist die Verfügung **korrekt zu eröffnen** und den Parteien bei schriftlicher Eröffnung[711] – in den Formen von Art. 138 ff. ZPO[712] – rechtsgültig zuzustellen[713]. Schriftliche Mitteilungen sind empfangs-, aber nicht annahmebedürftig. Massgebend ist damit der Zeitpunkt des Eintreffens in den Machtbereich des Adressaten; tatsächliche Empfang- oder 18

706. Siehe Art. 64 Abs. 2 ZPO; BGE 142 III 782, E. 3.1.3.2; BGer 5A_13/2018 vom 11.4.2019, E. 3.3.2; BGer 4A_230/2017 vom 4.9.2017, E. 2.
707. Art. 142 Abs. 1 ZPO.
708. Vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 9; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 2; Tanner, Art. 142 ZPO N. 13; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 120.
709. Tanner, Art. 142 ZPO N. 14; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 12.
710. Vgl. Art. 137 ZPO; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 15; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 13.
711. Vgl. Art. 136 lit. b ZPO.
712. Zustellung durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise durch Empfangsbestätigung (Art. 138 ZPO), qualifizierte elektronische Zustellung (Art. 139 ZPO) oder öffentliche Bekanntmachung (Art. 141 ZPO); BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 13; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 2; Tanner, Art. 142 ZPO N. 14; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 125 ff.
713. Vgl. BGer 5A_117/2017 vom 7.6.2017, E. 2.3; Tanner, Art. 142 ZPO N. 14; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 122 ff.; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 12; Abbet, Art. 142 ZPO N. 5.

Kenntnisnahme ist nicht erforderlich[714]. Bei Mehrfachzustellungen gilt grundsätzlich die erste rechtskonforme Mitteilung als fristauslösend[715].

19 Welchen Inhalt eine (schriftliche) prozessleitende Verfügung aufweisen muss bzw. welche **Formalien** bei einer (schriftlichen) prozessleitenden Verfügung eingehalten sein müssen, um korrekt eröffnet zu werden, kann nicht zwingend aus Art. 238 ZPO abgeleitet werden. Das Bundesgericht liess bis anhin offen, ob die Vorgaben von Art. 238 ZPO auch auf prozessleitende Verfügungen anwendbar sind[716]. Eine Verfügung kann allerdings auch mündlich (anlässlich einer Verhandlung) eröffnet werden[717].

20 **Beispiele** für fristauslösende Mitteilungen: Fristansetzung zur Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten (Art. 101 Abs. 1 ZPO); Fristansetzung zur Klage- bzw. Widerklageantwort und zu einem allfälligen zweiten Schriftenwechsel (Art. 222 Abs. 1 ZPO, Art. 224 Abs. 3 ZPO, Art. 225 ZPO); Ansetzung einer Nachfrist (Art. 101 Abs. 3 ZPO, Art. 131 ZPO, Art. 132 ZPO, Art. 223 Abs. 1 ZPO)[718].

B. Eintritt eines Ereignisses

21 Von einem **fristauslösenden Ereignis** nimmt in der Regel zuerst die betroffene Partei Kenntnis, bevor sie das Geschehene an das Gericht heranträgt. Häufig kennt nur die Partei selbst den Zeitpunkt des fristauslösenden Ereignisses und hat diesen sowie die Fristeinhaltung im entsprechenden Verfahren deshalb zu belegen[719].

22 **Beispiele** für fristauslösende Ereignisse: Kenntnis eines Ausstandsgrunds ist fristauslösend für die Stellung eines Ausstandsgesuchs (Art. 49 Abs. 1 ZPO); Rückzug einer Eingabe mangels Zuständigkeit oder Zustellung eines

714. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 14; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 3; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 120; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 13.
715. Tanner, Art. 142 ZPO N. 17; vgl. BSK-Amstutz/Arnold, Art. 44 BGG N. 27.
716. BGer 4A_569/2020 vom 14.12.2020, E. 4.2; BGer 5A_120/2012 vom 21.6.2012, E. 4.1.
717. Art. 235 Abs. 1 lit. e ZPO; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 13; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 2; Tanner, Art. 142 ZPO N. 13; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 120 f.; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 12.
718. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 8; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 120.
719. CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 15.

Nichteintretensentscheids ist fristauslösend für die Wiedereinreichung einer Eingabe (Art. 63 ZPO); Eintritt der Zustellfiktion ist fristauslösend für Beschwerde gegen betreffenden Entscheid (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO); Wegfall des Säumnisgrunds ist fristauslösend für die Stellung eines Wiederherstellungsgesuchs (Art. 148 Abs. 2 ZPO); Entdeckung eines Revisionsgrunds ist fristauslösend für die Stellung eines Revisionsgesuchs (Art. 329 Abs. 1 ZPO); Auflage des Kollokationsplans ist fristauslösend für die Einreichung einer Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG)[720]. Daneben kann für die Auslösung einer gerichtlichen Frist auch auf den (sicheren) Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abgestellt werden (bspw. Fristansetzung zur Stellungnahme zu einer erst noch zu edierenden Urkunde)[721].

C. Andere fristauslösende Sachverhalte

Lehre und Rechtsprechung sind teilweise **uneinig** darüber, ob ein bestimmter fristauslösender Sachverhalt als Mitteilung oder als Eintritt eines Ereignisses zu qualifizieren ist[722]. Aufgrund der einheitlichen Regelung des Fristbeginns sowohl für fristauslösende Mitteilungen als auch für fristauslösende Ereignisse zeitigt die dogmatische Auseinandersetzung allerdings keine praktischen Auswirkungen[723]. 23

D. Erster Tag der Frist

Der Tag, an dem die fristauslösende Mitteilung erfolgt oder ein bestimmtes fristauslösendes Ereignis eintritt, wird nicht bei der Fristberechnung 24

720. BGE 149 III 179, E. 2; BGer 5A_61/2022 vom 28.2.2022, E. 2; BGer 5A_976/2021 vom 2.12.2021, E. 3; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 3; Tanner, Art. 142 ZPO N. 18; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 119.

721. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 3; Tanner, Art. 142 ZPO N. 18; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 98 ZPO/BE N. 3.

722. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 121; BGE 140 III 227, E. 3.1, wonach die Zustellung der Klagebewilligung als fristauslösendes Ereignis gilt; vgl. auch BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 12a betreffend Klagebewilligung; BGE 131 V 305, E. 4.2.1 sowie KGer GR ZK2 2022 51 vom 26.1.2023, E. 2.3 erachten die Zustellung eines begründeten Entscheids als fristauslösendes Ereignis (für die Rechtsmittelfrist); a.M. betreffend Zustellung eines begründeten Entscheids sind ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; Abbet, Art. 142 ZPO N. 5 sowie BSK-Amstutz/Arnold, Art. 44 BGG N. 8, welche die schriftlich begründete Eröffnung eines anfechtbaren Entscheids als fristauslösende Mitteilung sehen; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 1 mit weiteren Hinweisen.

berücksichtigt. Die Frist beginnt gemäss Art. 142 Abs. 1 ZPO erst **am darauffolgenden Tag** zu laufen. Dabei spielt es im Zusammenhang mit dem Fristbeginn keine Rolle, ob dieser Tag auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen anerkannten Feiertag am Gerichtsort fällt[724]. Der Fristenstillstand nach Art. 145 ZPO ist allerdings zu beachten[725].

25 Beim EuFrÜb fällt der Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt (sog. «dies a quo») allerdings mit dem **Tag der Mitteilung bzw. des fristauslösenden Ereignisses** zusammen[726]. Weil die Frist von Mitternacht (24.00 Uhr) des dies a quo zu laufen beginnt[727], ist der Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt (dies a quo) nicht mitzurechnen («dies a quo non computatur»). Dies entspricht einem aus dem römischen Recht stammenden Grundprinzip des Fristenrechts, wonach die Fristberechnung nach Kalendertagen erfolgt, also Zeiträumen zwischen Mitternacht und Mitternacht (sog. Zivilkomputation). Es werden folglich nur Tage mitgezählt, die voll (d.h. 24 Stunden) zur Verfügung stehen[728]. Im Ergebnis widersprechen sich die Regelung des Art. 142 Abs. 1 ZPO und Art. 3 Abs. 1 EuFrÜb deshalb nicht[729].

III. ZUSTELLUNG DURCH GEWÖHNLICHE POST (ART. 142 ABS. 1BIS ZPO)

26 Um die Problematik der Zustellung einer fristauslösenden Mitteilung an einem Samstag mittels «A-Post Plus» – und damit ein Fristbeginn am Sonntag – zu beheben, hat der Gesetzgeber mit Art. 142 Abs. 1bis ZPO (in Kraft seit 1. Januar 2025) eine neue Zustellungsregel eingeführt. Danach gilt die Zustellung

723. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 121; vgl. OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 2.

724. Vgl. BGer 5A_976/2021 vom 2.12.2021, E. 3; BGer 5D_7/2020 vom 11.2.2020, E. 4.2; OGer ZH PP250017 vom 22.5.25, E. 3.2; KGer FR 101 2024 38 vom 10.2.25, E. 2.3; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 12 und 19; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 4; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20 und Art. 146 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 10 und 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 6 und 12; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 23; Abbet, Art. 142 ZPO N. 4.

725. Vgl. Art. 146 Abs. 1 ZPO; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 12; Tanner, Art. 142 ZPO N. 21; Abbet, Art. 142 ZPO N. 6.

726. BGE 150 III 367, E. 4.3.1.3; vgl. BGE 125 V 37, E. 4b; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 6; Weber, N. 13; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 262.

727. Art. 3 Abs. 1 EuFrÜb.

728. BGE 150 III 367, E. 4.2.2; BGE 144 III 152, E. 4.4.2; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 2.

729. BGE 150 III 367, E. 5.5.1.2.

fristauslösender Mitteilungen an einem Wochenende oder einem Feiertag erst am nächsten Werktag als erfolgt. Die Frist beginnt somit am darauffolgenden Tag, d.h. am ersten Tag nach diesem Werktag[730], zu laufen. Inwiefern diese Zustellungsregel für die Fristberechnung nach der ZPO im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs von Gerichten und anderen Behörden von Relevanz ist, ist allerdings unklar. Denn nach Art. 138 Abs. 1 ZPO ist die Zustellung von (prozessleitenden) Verfügungen – wie bei fristauslösenden Mitteilungen – nur durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zulässig, was bei der Versandmethode «A-Post Plus» gerade nicht der Fall ist[731].

IV. FRISTBERECHNUNG (ART. 142 ABS. 2 ZPO)

A. Monatsfristen

In der ZPO ist nur die Berechnung von Monatsfristen ausdrücklich geregelt[732]. 27
Dabei sind die **Anzahl Monate** zum Monat des Fristbeginns hinzuzuzählen. Die Frist endet im letzten Monat an dem Tag, der dieselbe Zahl trägt wie der Tag, an dem die Frist zu laufen begann. Fehlt der entsprechende Tag, so endet die Frist am letzten Tag des Monats[733].

In der Lehre und kantonalen Rechtsprechung war umstritten, an welchem Tag 28
die Monatsfrist zu laufen beginnt, d.h. wie die Absätze 1 und 2 von Art. 142 ZPO auszulegen sind: Nach vorherrschender Ansicht sei – entsprechend dem Wortlaut und der Systematik von Art. 142 Abs. 2 ZPO in Kombination mit Art. 142 Abs. 1 ZPO und von Art. 2 und 4 Ziff. 2 des EuFrÜb – auf den Tag abzustellen, der seiner Zahl nach dem *Folgetag* der fristauslösenden Mitteilung bzw. des fristauslösenden Ereignisses entspricht[734]. Vereinzelte Autoren und das Kantonsgericht Schwyz hingegen betrachteten Art. 142 Abs. 2 ZPO isoliert von Art. 142 Abs. 1 ZPO und erachteten für die Bestimmung des Fristablaufs das fristauslösende Ereignis bzw. die fristauslösende Mitteilung als massgebend. Ansonsten werde bei Monatsfristen der Tag des

730. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 12.
731. BGE 142 III 599, E. 2.4.2; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 27 f.; Tanner, Art. 142 ZPO N. 22–25; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 9a f.; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 139 und 236; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1179; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 822.
732. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 5.
733. Art. 142 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Art. 4 Abs. 2 EuFrÜb.

Fristenbeginns doppelt gezählt und effektiv eine Frist von einem Monat plus ein Tag gewährt, was u.a. nicht logisch und Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 142 Abs. 2 ZPO sei. Die Monatsfrist sollte demnach am Tag ablaufen, der seiner Zahl nach dem Tag der fristauslösenden Mitteilung oder des fristauslösenden Ereignisses entspricht[735].

29 Im Entscheid **BGE 150 III 367** klärte das Bundesgericht erstmals die Frage der Berechnung einer nach Monaten bestimmten Frist nach Art. 142 Abs. 2 ZPO, nachdem die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesbezüglich lange uneinheitlich war[736]. Dabei schloss sich das Bundesgericht der Mindermeinung an. Demnach ist Art. 142 Abs. 2 ZPO in dem Sinn auszulegen, als der «Tag, an dem die Frist zu laufen begann», sich nicht nach Art. 142 Abs. 1 ZPO richtet, sondern auf den Tag des fristauslösenden Ereignisses Bezug nimmt[737]. Für die Berechnung einer Frist nach Monaten stellt somit der Ereignistag bzw. der Tag der fristauslösenden Mitteilung selbst der relevante Bezugspunkt für den Beginn der Frist dar.

30 **Beispiel**: Erfolgt die fristauslösende Zustellung am 15. Januar, beginnt eine dreimonatige Frist gleichentags zu laufen und endet am 15. April, sofern es sich dabei nicht um einen Samstag, Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt (Art. 142 Abs. 3 ZPO) und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist (Art. 145 ZPO). Erfolgt die fristauslösende Mitteilung bzw. das fristauslösende Ereignis am 31. August, endet eine dreimonatige Frist am 30. November, sofern es sich dabei wiederum nicht um einen Samstag, Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist.

734. ZR 2015 Nr. 13; OGer ZH LB140093 vom 17.2.2015, E. II.4–6; KGer SG BO.2019.20 vom 9.9.2020, E. 3; OGer AG ZSU.2022.274 vom 22.12.2022, E. 3; KGer BL 400 19 246 vom 21.1.2020, E. 3.1; KGer GR KSK 2018 66 vom 5.11.2018, E. 3.3 f.; KGer FR 101 2015 9 vom 31.3.2015, E. 2; KGer GL ZG.2013.01187 vom 25.2.2014, E. 4; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 17; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 12; Tanner, Art. 142 ZPO N. 26; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 11; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 5; BSK-Amstutz/Arnold, Art. 45 BGG N. 4.

735. KGer SZ ZK1 2023 14 vom 17.8.2023, E. 4; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 1; Weber, N. 1 ff.; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 262; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 17 f.; Abbet, Art. 142 ZPO N. 8.

736. BGE 150 III 367, E. 5.4.3 und 6.

737. BGE 150 III 367, E. 5.5 und 5.6.; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 12a und 17; Gasser/Rickli/Josi, Art. 142 ZPO N. 2a; a.M. Tanner, Art. 142 ZPO N. 26.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass eine Monatsfrist **nicht** mit einer **30-tägigen Tagesfrist** gleichzusetzen bzw. zu verwechseln ist (hierzu nachfolgend Kap. IV.B)[738]. 31

B. Tagesfristen

Häufiger als Monatsfristen werden Tagesfristen angesetzt. Sowohl die ZPO als auch das EuFrÜb enthalten keine explizite Bestimmung, wie nach Tagen bestimmte Fristen zu berechnen sind. Mit Lehre und Rechtsprechung ist auf den in Art. 142 Abs. 1 ZPO definierten Fristbeginn abzustellen und anschliessend sind die **einzelnen Tage abzuzählen**[739]. Dabei wird jeder Tag gezählt, d.h. auch Samstage, Sonntage und anerkannte Feiertage. Ein Fristenstillstand ist hingegen auch während laufender Frist zu berücksichtigen (Art. 145 ZPO)[740]. 32

Beispiel: Ein gerichtliches Verbot wurde am 2. April bekanntgemacht und auf dem Grundstück angebracht[741]. Die 30-tägige Frist zur Erhebung einer Einsprache beim Gericht beginnt somit am 3. April zu laufen und endet am 2. Mai (Tag 30), sofern es sich dabei nicht um einen Samstag, einen Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt (Art. 142 Abs. 3 ZPO) und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist (Art. 145 ZPO)[742]. 33

C. Stunden-, Wochen- und Jahresfristen

Stundenfristen treten im Zivilprozess – im Gegensatz zum Strafprozess[743] – kaum in Erscheinung. Andernfalls ist die **genaue Anzahl Stunden** zum Beginn des Fristenlaufs, welcher grundsätzlich um 24.00 Uhr am dies a quo erfolgt[744], hinzuzuzählen[745]. 34

738. Vgl. BGE 138 III 610, E. 2.8; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 254.
739. BGE 150 III 367, E. 5.5.1.2; vgl. BGE 149 III 179, E. 2.
740. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 19; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 10; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 10; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 12; Spühler, Art. 142 ZPO N. 3.
741. Siehe Art. 259 und 260 Abs. 1 ZPO.
742. Vgl. BGer 4A_635/2023 vom 3.7.2024, E. 5.5.
743. Vgl. Art. 219 Abs. 4 StPO (Entlassung und Zuführung vorläufig festgenommener Personen spätestens nach 24 Stunden); Art. 224 Abs. 2 StPO (Antrag auf Anordnung der Untersuchungshaft oder einer Ersatzmassnahme spätestens 48 Stunden seit der Festnahme).
744. Vgl. Art. 3 Abs. 1 EuFrÜb.

35 **Beispiel**: Eine gerichtlich angesetzte 12-stündige Frist beginnt um 24.00 Uhr am Tag der Zustellung der entsprechenden prozessleitenden Verfügung zu laufen und endet am Folgetag um 12.00 Uhr, sofern es sich dabei nicht um einen Samstag, einen Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt (Art. 142 Abs. 3 ZPO) und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist (Art. 145 ZPO).

36 Ebenfalls nicht ausdrücklich in der ZPO geregelt ist die Berechnung von **Wochenfristen**. Das Gericht kann gleichwohl eine Wochenfrist ansetzen. Diese endet analog wie die Monatsfrist am Tag der letzten Woche, der den gleichen Namen trägt wie der Tag der fristauslösenden Mitteilung oder des fristauslösenden Ereignisses[746].

37 **Beispiel**: Erfolgte die rechtsgültige Zustellung der Mitteilung einer gerichtlich angesetzten Frist von zwei Wochen an einem Montag, beginnt die Frist gleichentags zu laufen und endet zwei Wochen später wiederum an einem Montag, sofern es sich dabei nicht um einen anerkannten Feiertag handelt (Art. 142 Abs. 3 ZPO) und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist (Art. 145 ZPO).

38 **Jahresfristen** kommen in der ZPO nur selten vor (bspw. Art. 329 Abs. 2 ZPO) und haben vermutlich deshalb ebenfalls keine gesetzliche Regelung zu ihrer Berechnung erhalten. Bei einer Jahresfrist werden die genaue Anzahl Jahre zum dies a quo (analog zu Art. 142 Abs. 2 ZPO für die Berechnung von Monatsfristen) hinzugezählt. Der letzte Tag einer Jahresfrist trägt nach neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung dieselbe Zahl wie der Tag der fristauslösenden Mitteilung oder des fristauslösenden Ereignisses[747].

39 **Beispiel**: Die zehnjährige Revisionsfrist nach Art. 329 Abs. 2 ZPO wird am Tag des Eintritts der Rechtskraft eines materiellen Entscheids ausgelöst. Trat

745. BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 13; Tanner, Art. 142 ZPO N. 35, wonach eine solche Frist ab der auf die Eröffnung folgenden Stunde läuft; Spühler, Art. 142 ZPO N. 4, wonach 60 Minuten nach Beginn des Fristlaufs dazuzuzählen sind.

746. Vgl. BGE 150 III 367, E. 4.2.4 und 4.2.5; vgl. Art. 4 Abs. 1 EuFrÜb; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 17a; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 11a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 10; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 265; Abbet, Art. 142 ZPO N. 9; a.M. Tanner, Art. 142 ZPO N. 34.

747. Vgl. BGE 150 III 367, E. 4.2.4 und 4.2.5; Art. 4 Abs. 2 EuFrÜb; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 17a; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 11a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 10; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 264; Abbet, Art. 142 ZPO N. 9; a.M. Tanner, Art. 142 ZPO N. 34.

die Rechtskraft am 10. April 2022 ein, so endet die Frist am 10. April 2032, sofern es sich dabei nicht um einen Samstag, einen Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt (Art. 142 Abs. 3 ZPO) und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist (Art. 145 ZPO).

V. ENDE DES FRISTENLAUFS (ART. 142 ABS. 3 ZPO)

Prozessuale Fristen enden **am letzten Tag um Mitternacht (24.00 Uhr)**, sofern nichts anderes bestimmt ist und kein Fristenstillstand zu berücksichtigen ist (Art. 145 ZPO)[748]. Gerichtliche Fristen können auch auf einen bestimmten Tageszeitpunkt festgesetzt werden (bspw. auf eine bestimmte Uhrzeit an einem bestimmten Tag oder auf den Beginn einer bestimmten Verhandlung). Dies kann insbesondere im superprovisorischen Massnahmeverfahren (Art. 265 ZPO) sinnvoll sein[749]. 40

Art. 142 Abs. 3 ZPO beinhaltet eine gesetzliche **Fristverlängerung**: Fällt der letzte Tag einer gesetzlichen oder richterlichen Frist auf einen Samstag, Sonntag oder einen am Gerichtsort vom Bundesrecht oder kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet sie am nächsten Werktag[750]. Dies gilt auch dann, wenn das Ende einer gerichtlichen Frist ausdrücklich (und irrtümlicherweise) auf ein bestimmtes Datum an einem Wochenende oder einem Feiertag gesetzt wurde[751]. Samstage, Sonntage oder anerkannte Feiertage wirken sich allerdings nur auf das Ende einer Frist aus; bei laufender Frist sind sie mitzuzählen und nicht fristverlängernd zu berücksichtigen[752]. Der gleiche Grundsatz enthält auch Art. 5 EuFrÜb, wobei das EuFrÜb selbst keine Feiertage festlegt[753]. 41

748. Vgl. BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 4, präzisierend 24.00 Uhr am Gerichtsort; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 1; Abbet, Art. 142 ZPO N. 7.
749. Abbet, Art. 142 ZPO N. 7.
750. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 18; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 9; Tanner, Art. 142 ZPO N. 29; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 11; Abbet, Art. 142 ZPO N. 10.
751. Tanner, Art. 142 ZPO N. 29; BSK-Amstutz/Arnold, Art. 45 BGG N. 4; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 6 und 25; Abbet, Art. 142 ZPO N. 10.
752. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 19; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 14; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 9; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20 und Art. 146 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 10; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 12; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 23.
753. BGer 5A_550/2017 vom 25.7.2017, E. 4; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 268.

42 **Feiertage** müssen am Gerichtsort staatlich anerkannt sein, damit sie das Ende eines Fristenlaufs verlängern[754]. Einziger vom Bundesrecht anerkannter Feiertag ist der 1. August[755]. Kantonale Feiertage bedürfen einer ausdrücklichen kantonalrechtlichen Grundlage in Form einer generell-abstrakten Norm des öffentlichen Rechts[756]. Allerdings schliesst Art. 142 Abs. 3 ZPO nicht nur gesetzliche Feiertage ein, sondern auch solche Tage, die vom kantonalen Recht wie gesetzliche Feiertage behandelt werden[757]. Eine lediglich kommunalrechtliche Grundlage genügt nicht. Lokale Feierlichkeiten (auf Gemeinde- oder Bezirksebene) können das Fristende (auch im bundesgerichtlichen Verfahren) nur beeinflussen, wenn sie vom kantonalen Recht ausdrücklich anerkannt werden oder wenn sich deren kommunalgesetzliche Anerkennung auf eine explizite kantonale Ermächtigungsnorm stützt (bspw. zu finden in den jeweiligen kantonalen Ruhetags- oder Gerichtsorganisationsgesetzen)[758]. Für die Nachmittage des Sechseläutens und Knabenschiessens in der Stadt Zürich sowie für den Güdismontag in der Stadt Luzern fehlt bislang eine solche kantonale Anerkennung oder Ermächtigung, weshalb diese lokalen Feierlichkeiten eine laufende Frist nicht verlängern[759].

---

754. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 21 und 23; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 15; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 10 und 13; Tanner, Art. 142 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 11; Gasser/Rickli/Josi, Art. 142 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 269; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 24; Abbet, Art. 142 ZPO N. 10.

755. Art. 110 Abs. 3 BV; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 22; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 11; Tanner, Art. 142 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 270; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 24; Abbet, Art. 142 ZPO N. 10.

756. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 24; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 10; Tanner, Art. 142 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 275.

757. Art. 5 EuFrÜb; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 11; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 142 ZPO N. 6; Gasser/Rickli/Josi, Art. 142 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 274, wonach umstritten ist, ob damit Tage gemeint sind, die durch untergesetzliche Rechtssetzung (Verordnung u. dgl.) zu Feiertagen bestimmt sind, oder Tage, die ohne geschriebene Normgrundlage kraft Herkommens für bestimmte Feiern genutzt werden; Abbet, Art. 142 ZPO N. 10.

758. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 25; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 11; Tanner, Art. 142 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12; BSK-Amstutz/Arnold, Art. 45 BGG N. 11; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 11; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 276 f.; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 24.

Das vom Bundesamt für Justiz gestützt auf Art. 11 EuFrÜb erstellte **Verzeichnis** «Gesetzliche Feiertage und Tage, die in der Schweiz wie gesetzliche Feiertage behandelt werden» (Stand: 1. Januar 2011) verschafft einen Überblick über die massgeblichen Feiertage in den Kantonen. Dem Verzeichnis kommt gemäss Mehrheitsmeinung jedoch nur deklaratorische Wirkung zu. Vorsichtshalber empfiehlt sich deshalb eine Rückfrage bei der massgeblichen Behörde, insbesondere da in bestimmten Kantonen auch innerkantonale Unterschiede bestehen (bspw. im Kanton Solothurn aufgrund des Josephstags (19. März) und der Patroziniumsfeste oder im Kanton Freiburg betreffend Fronleichnam, Maria Himmelfahrt (15. August), Allerheiligen (1. November) und Maria Empfängnis (8. Dezember)[760]. 43

LITERATURVERZEICHNIS

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Amstutz Kathrin/Arnold Peter, Kommentierung zu Art. 44 und 45 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Amstutz/Arnold).

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

759. Vgl. § 122 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 10.5.2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG/ZH; LS 211.1) und ZR 107 (2008) Nr. 69 (für das Sechseläuten); § 76 des Gesetzes des Kantons Luzern vom 10.5.2010 über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (JusG/LU; SRL 260) und BGer 5A_355/2013 vom 8.7.2013, E. 2.3.2 (für den Güdismontag).

760. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 10 und 26a, wonach ungeklärt ist, ob sich Rechtssuchende bei Abweichungen des Verzeichnisses vom kantonalen Recht auf das Verzeichnis berufen können oder nicht (vgl. hierzu BGer 4A_568/2024 vom 2.4.25, E. 3.3.3 zum 2. Januar (Berchtoldstag) im Kanton Luzern, wo diese Abweichung gerade besteht); BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 17; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 12 f.; Tanner, Art. 142 ZPO N. 31; ZK-Fuchs, Art. 142 ZPO N. 12a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 13; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 271 ff.

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 142 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 142, 143 und 144 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 142–149 ZPO und zu Art. 142 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO, AJP 10 (2023), S. 1157–1180.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Leuch Georg/Marbach Omar/Kellerhals Franz/Sterchi Martin, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Staehelin Daniel/Von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17.3.2023, SJZ 119 (2023), S. 815–833.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 142 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–196 ZPO, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

Weber Philipp, Monatsfristen nach ZPO: Dörfs es bitzeli meh sii?, Juslettter 19.3.2012.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Protokoll der Sondersession des Nationalrats vom 10.5.2022 (Zweitrat), Amtliches Bulletin 2022 S. 669 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920, besucht am 14.9.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 143 ZPO

Eine Kommentierung von Linda Novina

ZITIERVORSCHLAG

Linda Novina, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Novina, Art. 143 ZPO N. XXX.

Art. 143 Einhaltung

[1] Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden.

[1bis] Eingaben, die innert der Frist irrtümlich bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht werden, gelten als rechtzeitig eingereicht. Ist ein anderes Gericht in der Schweiz zuständig, leitet das unzuständige Gericht die Eingabe von Amtes wegen weiter.

[2] Bei elektronischer Einreichung ist für die Wahrung einer Frist der Zeitpunkt massgebend, in dem die Quittung ausgestellt wird, die bestätigt, dass alle Schritte abgeschlossen sind, die auf der Seite der Partei für die Übermittlung notwendig sind.

[3] Die Frist für eine Zahlung an das Gericht ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines zur Fristeinhaltung 159
II. Fristeinhaltung bei Eingaben in Papierform (Art. 143 Abs. 1 ZPO) 160
A. Expeditionsprinzip 160
B. Direkte Aushändigung 161
C. Postversand 162
D. Übergabe an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung 168
III. Fristwahrende Wirkung und Weiterleitung irrtümlich an ein unzuständiges Gericht eingereichter Eingaben (Art. 143 Abs. 1bis ZPO) 168
A. Bisherige Rechtslage 168
B. Anwendungsbereich von Art. 143 Abs. 1bis ZPO 170
1. Subjektiver Anwendungsbereich 170
2. Objektiver Anwendungsbereich 171
a. «Eingaben» (einer Partei) 171
b. ...«die innert der Frist» 171
c. ...«irrtümlich»... 171
d. ...«bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht»... 175
e. ...«eingereicht werden» 176
C. Wirkungen von Art. 143 Abs. 1bis ZPO 176
1. Fristwahrung trotz irrtümlicher Einreichung bei einem unzuständigen Gericht 176
2. Weiterleitung an ein anderes Gericht in der Schweiz 176
a. Voraussetzung: Zuständigkeit eines «anderen Gerichts» in der Schweiz 176
b. Vorgehen seitens des Gerichts 179
c. Folgen der Weiterleitung 183
d. Folgen der Rückweisung 184
IV. Fristeinhaltung bei elektronischen Eingaben (Art. 143 Abs. 2 ZPO) 185
A. Form 185
B. Empfangsprinzip 187
V. Fristeinhaltung für Zahlungen an das Gericht (Art. 143 Abs. 3 ZPO) 188
A. (Modifiziertes) Expeditionsprinzip 188
B. Bareinzahlung 189
C. Bank- oder Postüberweisung 189
D. Irrtümliche Zahlung an ein unzuständiges Gericht (Art. 143 Abs. 1bis ZPO analog) 191
Literaturverzeichnis 191
Materialienverzeichnis 193

I. ALLGEMEINES ZUR FRISTEINHALTUNG

Fristen enden immer an einem Werktag des Gerichtsorts **um 24.00 Uhr**[761], unter Vorbehalt der seltenen gerichtlichen Ansetzung von Stundenfristen oder einem anderen Zeitpunkt des Fristablaufs wie bspw. «bis zum Beginn der Verhandlung»[762]. Dabei darf die Frist bis zum Ende voll ausgenutzt werden, d.h. Prozesshandlungen können bis zum Fristablauf noch ergänzt, erweitert oder berichtigt werden[763]. 1

Die Nichteinhaltung von Fristen ist von Amtes wegen zu berücksichtigen[764], wobei diejenige Partei, die sich auf die Rechtzeitigkeit der Prozesshandlung beruft, (im Zweifelsfall) die **Beweislast** für die rechtzeitige Vornahme der prozessualen Handlung trägt[765]. Hat jedoch das Gericht die fehlende Beweislosigkeit der Rechtzeitigkeit einer Parteihandlung zu verantworten, 2

761. BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 142 V 389, E. 2.2; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 5; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 1; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 1; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20 und Art. 143 ZPO N. 2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 5; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 4; Spühler, Art. 143 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 1 und 114; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 3 und 12; Abbet, Art. 142 ZPO N. 7.

762. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 1; Tanner, Art. 143 ZPO N. 2; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 3 f.

763. BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; OGer AG ZSU.2025.24 vom 19.5.2025, E. 1.2.1; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 4 und Art. 143 ZPO N. 5; BK-Frei, Art. 142 ZPO N. 19 und Art. 143 ZPO N. 1; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 1; Tanner, Art. 143 ZPO N. 2 f., wonach dies jedoch die Ausnahme bleiben sollte; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 3; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 142 ZPO N. 6 und Art. 143 ZPO N. 5; Spühler, Art. 143 ZPO N. 3.

764. Vgl. Art. 60 ZPO; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 3; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 2; Tanner, Art. 143 ZPO N. 13–17, wobei kein Vertrauensschutz in Bezug auf eine gerichtliche Fristberechnung besteht, wenn sich diese später als falsch herausstellt; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 335.

765. Vgl. Art. 8 ZGB; BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 142 V 389, E. 2.2; BGE 124 V 372, E. 3b; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; BGer 4A_480/2016 vom 3.11.2016, E. 5; OGer AG ZSU. 2025.24 vom 19.5.2025, E. 1.2.1; ZR 2022 Nr. 44; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 11; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 23; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 335; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 8.

bspw. weil es die fristauslösende Mitteilung nicht mit eingeschriebener Post verschickt oder die Briefumschläge (mit dem Poststempel) einer Partei nicht aufbewahrt hat, so kommt es zu einer Umkehr der Beweislast[766].

II. FRISTEINHALTUNG BEI EINGABEN IN PAPIERFORM (ART. 143 ABS. 1 ZPO)

A. Expeditionsprinzip

3 Die Frist ist eingehalten, wenn die Eingabe am letzten Tag der Frist bei Gericht eingereicht wird oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung **übergeben** wird[767]. Bei Eingaben in Papierform gilt also das sog. Expeditionsprinzip: Eine Eingabe muss innert Frist versandt oder den soeben genannten Stellen übergeben worden sein. Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Eingabe innert Frist auch bei Gericht eintrifft[768].

4 Eine Ausnahme davon sah die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die Wahrnehmung des **verfassungsrechtlichen Replikrechts** gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wonach eine allfällige (unaufgeforderte) Stellungnahme zu den Vorbringen und Eingaben der Gegenpartei spätestens innert zehn Tagen beim Gericht eingehen musste, um im Verfahren noch berücksichtigt zu werden[769]. Seit 1. Januar 2025 sind die Gerichte hingegen verpflichtet, einer Partei für sämtliche Eingaben der Gegenpartei stets eine Frist zur Stellungnahme von mindestens zehn Tagen

766. BGE 124 V 372, E. 3b; vgl. BGE 138 V 218, E. 8.1.1; BGer 8C_545/2021 vom 4.5.2022, E. 5.1; KGer BL 400 19 246 vom 21.1.2020, E. 3.3; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 11; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 23; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 338; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 8a.

767. Art. 143 Abs. 1 ZPO.

768. BGE 145 V 90, E. 6.1.1; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.2; BGer 5A_866/2022 vom 29.8.2023, E. 2.3; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 5A_536/2018 vom 21.9.2018, E. 3.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 5; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 2; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 5; Tanner, Art. 143 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 320 ff. und 329; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 7 und 11; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2; Botschaft 2006, S. 7308.

769. BGer 5A_120/2019 vom 21.8.2019, E. 2.2; BGer 5A_929/2018 vom 6.6.2019, E. 2.2; OGer AG ZSU.2022.124 vom 26.9.2022, E. 3.2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 92.

anzusetzen[770]. Damit sind die Bestimmungen von Art. 142 ff. ZPO neu auch bei der Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Replikrechts zu beachten[771].

B. Direkte Aushändigung

Den Parteien steht es frei, Eingaben direkt dem Gericht einzureichen. Sie können ihre Eingabe beim **Empfangsschalter** des Gerichts – unter Berücksichtigung der entsprechenden Öffnungszeiten – gegen Aushändigung einer beweissichernden Empfangsbestätigung abgeben[772]. Es besteht kein Anspruch darauf, dass das Gericht auch ausserhalb ihrer regulären Schalteröffnungszeiten Eingaben der Parteien entgegennimmt[773]. 5

Sodann können die Parteien ihre Eingaben auch direkt in den **Briefkasten** des Gerichts – falls vorhanden – einwerfen. Vermutungsweise gilt die Eingabe an jenem Tag eingereicht, an dem sie mit dem Eingangsstempel des Gerichts versehen wurde[774]. Den Parteien steht es jedoch frei, mittels Zeugen o.Ä. den Gegenbeweis eines früheren Einwurfdatums anzutreten[775]. Soweit der Einwurf ausserhalb der Schalteröffnungszeiten erfolgt und offensichtlich ist, dass der Eingangsstempel auf ein späteres Datum lauten wird, hat diejenige Partei, welche sich auf die Rechtzeitigkeit der Eingabe beruft, – insbesondere wenn sie anwaltlich vertreten ist – dem Gericht unaufgefordert und vor Fristablauf Beweismittel für die Behauptung der Rechtzeitigkeit anzubieten[776]. Das Deponieren der Eingabe beim Eingangstor des Gerichts oder ein Einwurf 6

770. Art. 53 Abs. 3 ZPO.
771. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5a–5d; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4; vgl. Moret, Art. 53 ZPO N. 2.
772. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 6; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 4 f.; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 6; Tanner, Art. 143 ZPO N. 5 und 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 324; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 9; Abbet, Art. 143 ZPO N. 1 f.
773. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 6; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 4; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 6.
774. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 6; Tanner, Art. 143 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 9; Abbet, Art. 143 ZPO N. 1.
775. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 7 und 13; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 4; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 9; Abbet, Art. 143 ZPO N. 1.
776. Siehe hinten N. 11; BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.1 und 3.4.2; OGer AG ZSU.2025.24 vom 19.5.2025, E. 1.2.1.

in den privaten Wohnungsbriefkasten des zuständigen Gerichtsmitglieds ist nicht fristwahrend[777].

C. Postversand

7 Eingaben in Papierform werden am häufigsten per Post versandt[778]. Die Frist wird gewahrt, wenn die Eingabe zu Handen des Gerichts spätestens am letzten Tag bis 24.00 Uhr der **Schweizerischen Post** übergeben wird[779]. Die Sendungsaufgabe bei einer ausländischen Post – ausgenommen in Liechtenstein – oder bei einem privaten Zustelldienst ist hingegen nicht fristwahrend. Bei Versand mit einem anderen Zustelldienst als der Schweizerischen Post muss die Eingabe entweder am letzten Tag der Frist beim Gericht eingehen oder von der Schweizerischen Post zur Weiterbearbeitung in Empfang genommen werden[780]. Ein privater oder ein – privater oder staatlicher – ausländischer Zustelldienst handelt somit als Vertreter des Absenders bzw. der fristgebundenen Partei[781].

8 Die **Art** der Postaufgabe spielt für die Fristwahrung keine Rolle. Die Eingabe kann spätestens am letzten Tag der Frist an einem Postschalter der

777. Tanner, Art. 143 ZPO N. 5.

778. BGE 145 V 90, E. 6.1.1; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.2; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 6; Tanner, Art. 143 ZPO N. 7; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2.

779. Vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO; BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 142 V 389, E. 2.2; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.2; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; BGer 5A_972/2018 vom 5.2.2019, E. 4.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 5, BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 8; Tanner, Art. 143 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 3; Spühler, Art. 143 ZPO N. 1; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2; vgl. CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 3.

780. BGE 125 V 65, E. 1; BGer 6B_1446/2022 vom 11.1.2023, E. 2; BGer 6B_256/2022 vom 21.3.2022, E. 2.1; BGer 5A_427/2018 vom 2.7.2018, E. 4.1; BGer 4A_399/2014 vom 11.2.2015, E. 2.2; OGer ZH LF240060 vom 9.8.2024, E. 1.2; KGer SG BE.2022.32 vom 10.10.2022, E. II. 2a; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 8 und 9; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 6 f.; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 7; Tanner, Art. 143 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4 und 8, wobei eine im Ausland wohnhafte Partei in der Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich auf diesen Umstand hinzuweisen ist (mit Verweis auf KGer VD PT19.028021-211475 vom 22.12.2021, E. 6.2.1); OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 4 f. und 8; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 2 und 8; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 337 und 422; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 13; Abbet, Art. 143 ZPO N. 4.

781. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 8; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 7.

Schweizerischen Post (auch nach Annahmeschluss[782]), in einer Postagentur (bspw. in einem Einkaufszentrum, einem Quartierladen oder in einer Apotheke etc.) oder an einem «MyPost24»-Automaten aufgegeben, einem Postboten oder einem von der Schweizerischen Post beauftragten Kurierdienst übergeben oder in einen Briefkasten der Schweizerischen Post eingeworfen werden. Letzteres kann sogar noch nach der letzten Leerung erfolgen[783].

Die **Schweizerische Post** hat den Kurierdienst per 1. Juli 2016 an das Unternehmen swissconnect ag ausgelagert bzw. einen Kurierdienst beauftragt[784]. Sie verfügt somit über **keinen eigenen Kurierdienst** mehr[785]. Beauftragt eine Partei deshalb über die Schweizerische Post einen Kurier, hat sie sich zu vergewissern, ob es sich dabei um einen privaten Zustelldienst wie die swissconnect ag handelt oder ob die Schweizerische Post selbst die Kurierfahrt übernimmt bzw. einen Kurierdienst beauftragt. Eine Übergabe an die (auch über die Schweizerische Post, aber nicht von ihr selbst beauftragte) swissconnect ag ist nicht fristwahrend[786]. 9

Der allgemeinen Beweislastregel folgend hat auch hier die Partei, die sich auf die Rechtzeitigkeit der Eingabe beruft, zu beweisen, dass sie die Eingabe in Papierform (mit dem erforderlichen Inhalt) rechtzeitig der Schweizerischen Post zu Handen des Gerichts übergeben hat. In der Regel liefert der **Poststempel** auf dem Briefumschlag einer Eingabe, der datierte 10

782. BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.3.1: «Mit dem sog. Annahmeschluss regelt die Post, bis wann ihr bestimmte Sendungen zu übergeben sind, damit sie die Sendung innerhalb ihres Leistungsangebots dem Adressaten zustellen kann. Sie regelt beispielsweise, bis wann eine Sendung bei der Post eintreffen muss, damit diese am nächsten Werktag zugestellt wird.»
783. BGE 142 V 389, E. 2.2; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 5A_574/2023 vom 28.2.2024, E. 1.2; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.2; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2 betreffend Geschäftskundenschalter; BGer 5A_972/2018 vom 5.2.2019, E. 4.2 und KGer BL 400 22 186 vom 8.11.2022, E. 3 zum «MyPost24»-Automat; OGer ZH NE220001 vom 7.10.2022, E. 3.4.3 zum Kurierdienst; OGer AG ZOR.2023.44 vom 30.5.2024, E. 1.2.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 10 und 13d; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 7; Tanner, Art. 143 ZPO N. 4 und 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 5; Spühler, Art. 143 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 326 ff.; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 12; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2 f.
784. https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/luzern-post-lagert-kurierdienst-an-luzerner-unternehmen-aus-ld.5740, besucht am 14.9.2025.
785. BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 6; vgl. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 10.
786. Siehe vorne N. 7 betreffend privater Zustelldienst.

Frankaturaufkleber, die «MyPost24»-Quittung oder der Track&Trace-Zahlencode im Sinn einer natürlichen Vermutung den Beweis für das Datum der Übergabe an die Schweizerische Post[787]. Nicht hinreichend ist die eigene Datierung der Sendung mit einer Frankiermaschine[788]. Der Versand mittels Einschreiben ist zur Fristwahrung nicht erforderlich, erleichtert allerdings die Beweisführung wesentlich. Es empfiehlt sich deshalb – insbesondere für Anwältinnen und Anwälte[789] –, die Gerichtseingabe mittels eingeschriebener Post zu versenden, damit der Poststempel auch sicher am Datum der Übergabe erfolgt und die beweisbelastete Partei eine Empfangsbestätigung erhält[790]. Die Postaufgabe im Rahmen einer Abholungsvereinbarung ist mit einem erheblichen Risiko hinsichtlich der Beweisbarkeit der Rechtzeitigkeit einer Sendung verbunden, da die erstmalige Erfassung der Sendung durch die Schweizerische Post in ihrem System nicht zwingend dem Mitgabedatum entsprechen muss[791].

787. BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 145 V 90, E. 6.1.1; BGE 142 V 389, E. 2.2.; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.1; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 5A_574/2023 vom 28.2.2024, E. 1.2; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.3; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; BGer 5A_972/2018 vom 5.2.2019, E. 4.1; OGer AG ZSU.2025.24 vom 19.5.2025, E. 1.2.1; KGer GR ZK2 23 11 vom 27.2.2025, E. 1.2; OGer ZH NP230037 vom 6.5.2024, E. 3.1; ZR 2022 Nr. 44; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 11 ff.; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 7 f. und 11; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4a; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 6 und 9; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 335 und 339; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 8; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2.

788. BGE 109 Ib 343, E. 2a; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_972/2018 vom 5.2.2019, E. 4.1; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 335; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 8; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2.

789. BGE 147 IV 526, E. 4, wonach Anwältinnen und Anwälten die Kosten für das erforderliche Beweisverfahren zur Widerlegung der sich aus dem Poststempel ergebenden Vermutung persönlich auferlegt werden können; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13a, wonach im Lichte der neusten Rechtsprechung die Einreichung einer Eingabe mit «A-Post Plus» einer eingeschriebenen Sendung gleichzustellen sei; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 25; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3.

790. BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.2 für «A-Post Plus»-Sendungen; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 7; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 11.

791. BGE 142 V 389, E. 3.3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.4; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 7.

Der beweisbelasteten Partei steht es hingegen offen, die fristwahrende Übergabe an die Schweizerische Post – auch in Abweichung des mit dem Poststempel o.Ä. bescheinigten Datums[792] – mit **anderen tauglichen Mitteln** zu beweisen[793]. Bspw. kann auf der Rückseite des Briefumschlags der Hinweis auf einen unabhängigen Zeugen angebracht werden oder dieser kann gleich selbst schriftlich bestätigen (unter Angabe von Datum, Uhrzeit und Ort des Einwurfs), dass die Eingabe noch vor 24.00 Uhr in den Briefkasten geworfen wurde[794]. Denkbar ist auch eine Videoaufnahme des Briefeinwurfs[795]. Eine Fotografie des Briefumschlags, welche zeigen soll, wie dieser in den Briefkasten oder das Postfach geworfen worden ist, genügt 11

792. BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 145 V 90, E. 6.1.1; BGE 142 V 389, E. 2.2; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.1; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.3; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 4A_106/2022 vom 5.5.2022, E. 3.1.2; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; OGer AG ZSU.2025.24 vom 19.5.2025, E. 1.2.1; KGer GR ZK2 23 11 vom 27.2.2025, E. 1.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 9; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 336; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 12.

793. BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 142 V 389, E. 2.2; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.3; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 4A_106/2022 vom 5.5.2022, E. 3.1.2; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; OGer ZH NP230037 vom 6.5.2024, E. 3.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 336; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 8; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2.

794. BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGE 145 V 90, E. 6.1.1; BGE 142 V 389, E. 2.2; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 3.3; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.2; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 4A_106/2022 vom 5.5.2022, E. 3.1.2; BGer 6B_157/2020 vom 7.2.2020, E. 2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; BGer 5A_972/2018 vom 5.2.2019, E. 4.1; OGer ZH NP230037 vom 6.5.2024, E. 3.1; ZR 2022 Nr. 44; vgl. KGer GR ZK2 23 11 vom 27.2.2025, E. 1.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13 und 13b; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 9; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 4; Spühler, Art. 143 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 336 f.; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 8 und 12; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2.

795. BGE 147 IV 526, E. 3.4; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 4.2.1; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 4A_317/2019 vom 30.6.2020, E. 1.2; vgl. KGer GR ZK2 23 11 vom 27.2.2025, E. 1.2; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b.

nicht[796]. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die beweisbelastete Partei – vor allem wenn sie anwaltlich vertreten ist[797] – dem Gericht nach Treu und Glauben in der Regel unaufgefordert und sicherheitshalber vor Fristablauf entsprechende Beweismittel anzubieten hat, sollte sie hinsichtlich der Fristwahrung Unsicherheiten geschaffen haben (bspw. durch Briefkasteneinwurf nach Schalterschluss und Leerung kurz vor Fristablauf) oder begründete Zweifel an der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe haben[798]. Gleiches gilt auch bei einer erkennbaren Fehlfunktion des gewählten «MyPost24»-Automaten[799].

12 War die Partei nach Treu und Glauben nicht gehalten, unaufgefordert Beweise für die Fristwahrung zu offerieren (weil sie selbst keine Unsicherheiten hinsichtlich der Fristwahrung geschaffen hat und nicht an der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe zweifeln musste, bspw. bei Aufgabe einer Sendung mit «A-Post Plus» vor Fristablauf[800]), hat das Gericht dennoch Zweifel an der Rechtzeitigkeit der Eingabe, so ist dem Absender das **rechtliche Gehör** im Sinn von Art. 29 Abs. 2 BV zu gewähren und Gelegenheit zu geben, alle Beweismittel zu benennen, um die Fristeinhaltung zu belegen[801]. Nur wenn aus den Akten offensichtlich hervorgeht, dass eine Frist nicht eingehalten wurde und die Verfahrensleitung keinerlei Zweifel daran hat, kann darauf verzichtet werden, der handelnden Partei das

796. BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.3; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.2; OGer ZH NP230037 vom 6.5.2024, E. 3.1; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b; vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 337.

797. BGE 147 IV 526, E. 3.1; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.4.2; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 4.2.1; BGer 6B_569/2023 vom 31.7.2023, E. 1.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.1 f.; BGer 4A_466/2022 vom 10.2.2023, E. 2; BGer 5A_185/2022 vom 21.12.2022, E. 6; BGer 5A_965/2020 vom 11.1.2021, E. 4.2.3; BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4.1; OGer ZH NP230037 vom 6.5.2024, E. II.3.2; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 9; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b; Abbet, Art. 143 ZPO N. 2.

798. BGer 4A_317/2019 vom 30.6.2020, E. 1.2; ZR 2022 Nr. 44; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13 und 13b; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 9; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 2; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4b; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 6 und 9.

799. BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 3; BGer 5A_972/2018 vom 5.2.2019, E. 4.3; KGer BL 400 22 186 vom 8.11.2022, E. 4.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13d; Abbet, Art. 143 ZPO N. 3; vgl. Bohnet/Droese, Art. 143 ZPO N. 4 zur reichhaltigen Rechtsprechung mit Blick auf allerlei Fehlfunktionen.

800. BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 13a.

rechtliche Gehör zu gewähren, und direkt auf Säumnis erkannt werden bzw. allenfalls ein Nichteintretensentscheid ergehen[802].

13 Hat die Partei ihre Eingabe zwar rechtzeitig der Schweizerischen Post zu Handen des Gerichts übergeben, aber eine **falsche Adresse** verwendet oder **ungenügend frankiert**, kann diese Postaufgabe nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Umständen dennoch fristwahrend erfolgt sein[803]. Der Mangel ist zu beheben und die zurückgesandte, nicht zustellbare Eingabe ist ungeöffnet und (in einem neuen Briefumschlag mit Beifügung einer Erläuterung und eines Eventualbegehrens um Fristwiederherstellung) richtig adressiert und frankiert umgehend zu Handen des Gerichts neu bei der Schweizerischen Post aufzugeben[804]. Ein Wechsel der Art der Zustellung – bspw. durch direkte Aushändigung an das Gericht oder mittels Zuhilfenahme eines privaten Kurierdiensts – ist im Fall der erwähnten Mängel (Falschadressierung und -frankierung) unzulässig[805].

801. BGer 5A_360/2025 vom 18.7.2025, E. 3.1.4; BGer 4D_1/2024 vom 20.2.2025, E. 2.3; BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 4.2; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 4.2.1; BGer 4A_556/2022 vom 4.4.2023, E. 2.4; BGer 5A_79/2021 vom 22.6.2021, E. 4.1.1; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 9; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 2; Tanner, Art. 143 ZPO N. 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 9; CR-Tappy Art. 143 ZPO N. 8a.
802. BGer 5A_11/2024 vom 2.7.2024, E. 4.2; BGer 4A_95/2023 vom 12.12.2023, E. 4.2.1; BGer 5A_79/2021 vom 22.6.2021, E. 4.1.1; Tanner, Art. 143 ZPO N. 12.
803. BGer 5A_866/2022 vom 29.8.2023, E. 2.4.1; BGer 2C_196/2022 vom 11.3.2022, E. 4; BGer 5A_536/2018 vom 21.9.2018, E. 3.5; BGer 5A_485/2016 vom 19.12.2016, E. 1.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 8a; Tanner, Art. 143 ZPO N. 9; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 330; vgl. Abbet, Art. 143 ZPO N. 5; a.M. OGer ZH PF170029 vom 5.7.2017, E. 3.3, wonach der Absender das Risiko einer scheiternden Zustellung seiner Sendung trägt; a.M. auch OGer SH 40/2023/21 vom 14.11.2023, E. 3.1–3.3 mit Verweis auf OGer ZH PF170029 vom 5.7.2017.
804. BGer 5A_866/2022 vom 29.8.2023, E. 2.4 ff.; BGer 2C_196/2022 vom 11.3.2022, E. 4; BGer 5A_536/2018 vom 21.9.2018, E. 3.5; vgl. BGer 9C_520/2016 vom 27.10.2016, E. 5 betreffend Nachweis für die Identität der retournierten und neu versandten Eingabe; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 8a f.; Tanner, Art. 143 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 7.
805. BGer 5A_866/2022 vom 29.8.2023, E. 2.4.4 und 2.4.5 (Ausnahme bei unverschuldeter Rücksendung durch die Post wegen physischer Ablösung der Adressetikette während Zustellvorgang); BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 8b; a.M. Tanner, Art. 143 ZPO N. 9.

D. Übergabe an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung

14 Eine weitere Möglichkeit zur Fristwahrung stellt die **Übergabe** der Eingabe in Schriftform an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung im Ausland spätestens am letzten Tag der Frist dar. Diese Möglichkeit steht nicht nur Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland zu, sondern auch jeder Prozesspartei, die sich geschäfts- oder ferienhalber im Ausland befindet[806]. Dabei genügt auch der Einwurf in den Briefkasten der entsprechenden Institution. Nicht fristwahrend ist hingegen die blosse Postaufgabe zu deren Handen[807].

15 Für den **Nachweis** der Übergabe oder des Einwurfs in den Briefkasten der Vertretung gilt das bereits Ausgeführte[808]. Dabei verhält sich die direkte Übergabe einer Eingabe an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung wie die direkte Aushändigung bei einem schweizerischen Gericht, und der Einwurf der Eingabe in den Briefkasten einer schweizerischen Vertretung wie der Einwurf in einen Briefkasten der Schweizerischen Post[809].

III. FRISTWAHRENDE WIRKUNG UND WEITERLEITUNG IRRTÜMLICH AN EIN UNZUSTÄNDIGES GERICHT EINGEREICHTER EINGABEN (ART. 143 ABS. 1BIS ZPO)

A. Bisherige Rechtslage

16 Die Zivilprozessordnung enthielt bislang **keine Regelung**, inwiefern Prozesshandlungen gegenüber einem (örtlich oder sachlich) unzuständigen Gericht oder einer (örtlich oder sachlich) unzuständigen Behörde

806. BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 10; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 8; Tanner, Art. 143 ZPO N. 6; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 422; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 14; Abbet, Art. 143 ZPO N. 6; vgl. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 14.

807. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 14; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 10; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 8; Tanner, Art. 143 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 422; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 15; Abbet, Art. 143 ZPO N. 6.

808. Siehe vorne N. 5.

809. Vgl. BGer 5A_503/2019 vom 20.12.2019, E. 4; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 14; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 11; Tanner, Art. 143 ZPO N. 8.

fristwahrend sind[810]. Art. 63 ZPO betrifft die Wahrung der durch eine Eingabe begründeten Rechtshängigkeit bei Einreichung an eine unzuständige Stelle oder in einem falschen Verfahren, und nicht die Frage der Fristwahrung[811]. Das Bundesgericht erachtete die Rechtsmittelfrist bei einer rechtzeitigen, aber versehentlich an das entscheidende vorinstanzliche Gericht (iudex a quo) bzw. die entscheidende vorinstanzliche Behörde gerichteten Rechtsmitteleingabe als gewahrt und bejahte eine Weiterleitungspflicht an die zuständige Rechtsmittelinstanz (iudex ad quem)[812]. Darüber hinaus lehnte es eine allgemeine Weiterleitungspflicht – und damit verbunden auch eine fristwahrende Wirkung der Einreichung beim unzuständigen Gericht oder bei der unzuständigen Behörde – ab[813]. In der Lehre und kantonalen Rechtsprechung herrschte diesbezüglich Uneinigkeit[814].

Mit **Art. 143 Abs. 1bis ZPO** wird seit dem 1. Januar 2025 die Fristwahrung durch Eingaben, die irrtümlich an ein unzuständiges schweizerisches Gericht erfolgen, und deren Weiterleitung zuständigkeitshalber geregelt. Eingaben, die innert Frist irrtümlich bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht werden, gelten als rechtzeitig eingereicht[815]. Neu trifft in diesen Fällen das unzuständige Gericht unter bestimmten Voraussetzungen eine 17

810. Botschaft 2020, S. 2747; BGer 4A_453/2023 vom 18.12.2023, E. 2.3.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 3; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 15; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 1a; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 341.

811. BGer 4A_453/2023 vom 18.12.2023, E. 2.2.

812. BGE 140 III 636, E. 3.6 f., bestätigt in BGer 4A_453/2023 vom 18.12.2023, E. 2.3; so auch OGer ZH LF240057 vom 18.6.2024, E. 2.1.

813. BGE 140 III 636, E. 3.6.

814. ZR 2019 Nr. 60, wonach das Gericht die Sache von Amtes wegen intern dem zuständigen Spruchkörper weiterzuleiten hatte; OGer BE ZK 19 317 vom 21.6.2019, wonach das Rechtsmittelbegehren gegen einen unbegründeten Entscheid als Begehren um Begründung entgegenzunehmen und dieses zuständigkeitshalber an die Erstinstanz weiterzuleiten war; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 3, wonach bisher Art. 48 Abs. 3 BGG als allgemeiner Rechtsgrundsatz galt und die Frist eingehalten war, wenn die Eingabe fristgerecht einer unzuständigen Bundes- oder kantonalen Behörde eingereicht wurde; so auch CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 16, wonach zumindest bei rechtzeitig, aber irrtümlich gegenüber einem innerkantonalen, funktionell oder sachlich unzuständigen Gericht erfolgter Prozesshandlung eine fristwahrende Wirkung angenommen werden musste; ablehnend Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 4a und 4b; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 341, Abbet, Art. 143 ZPO N. 12 und Balmer, S. 207 ff. mit Verweis auf BGE 140 III 636; ablehnend auch CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 21-23 mit Verweis auf BGE 140 III 636 sowie Art. 59 und 63 ZPO.

815. Art. 143 Abs. 1bis Satz 1 ZPO.

allgemeine Weiterleitungspflicht: Ist ein anderes Gericht in der Schweiz zuständig, leitet das unzuständige Gericht die Eingabe von Amtes wegen weiter[816].

B. Anwendungsbereich von Art. 143 Abs. 1bis ZPO

1. Subjektiver Anwendungsbereich

18 In erster Linie haben schweizerische **Gerichte, deren Verfahren durch die ZPO geregelt wird**, Art. 143 Abs. 1bis ZPO anzuwenden. Daneben trifft diese allgemeine Verfahrensbestimmung gemäss Botschaft auch **Schlichtungsbehörden**[817].

19 Ob die **Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden** ebenfalls aufgrund von Art. 143 Abs. 1bis ZPO gehalten sind, irrtümlich an eine unzuständige Behörde eingereichte Eingaben als rechtzeitig gelten zu lassen und unter bestimmten Voraussetzungen weiterzuleiten, bestimmt sich grundsätzlich nach dem kantonalen Recht. Soweit die Kantone diesbezüglich nichts regeln, ist die ZPO – mithin auch Art. 143 Abs. 1bis ZPO – als ergänzendes (kantonales) Recht anwendbar[818].

20 **Nicht** in den subjektiven Anwendungsbereich von Art. 143 Abs. 1bis ZPO fallen das Bundesgericht, Verwaltungs- und Strafgerichte[819], Schiedsgerichte (auch im Bereich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit), Betreibungs- und Konkursämter, Aufsichtsbehörden, Handelsregisterbehörden, Erbschaftsämter, Notariate, Zivilstandsämter, Grundbuchämter, Steuerbehörden, Strafbehörden, die Stiftungsaufsicht oder auch die Datenschutzbeauftragten[820].

816. Art. 143 Abs. 1bis Satz 2 ZPO.
817. Botschaft 2020, S. 2747.
818. Vgl. Art. 450f ZGB; Lötscher/Plattner, S. 699.
819. a.M. Tanner, Art. 143 ZPO N. 20 und ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4c, die den Adressatenkreis der Weiterleitungspflicht von Art. 143 Abs. 1bis ZPO nicht auf Zivilgerichte beschränken.
820. Tanner, Art. 143 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4c; vgl. Lötscher/Plattner, S. 698 f.; vgl. Hurni/Hofmann, S. 216; vgl. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 3; vgl. auch OGer AG VKL. 2024.16 vom 27.6.2025 (betreffend Aufsichtsbehörden).

2. Objektiver Anwendungsbereich

Von Art. 143 Abs. 1bis ZPO betroffen sind «**Eingaben, die innert der Frist irrtümlich bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht werden**». 21

a. «Eingaben» (einer Partei)...

Der Wortlaut von Art. 143 Abs. 1bis ZPO umfasst nicht nur verfahrenseinleitende Schriftstücke wie eine Klage oder ein Gesuch, sondern **alle zivilprozessualen Eingaben** an ein unzuständiges Gericht ungeachtet der Verfahrensart oder dem Verfahrensstadium[821]. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob es sich um eine Eingabe in Papier- oder in elektronischer Form handelt[822]. 22

Beispiele: Klage/Gesuch, Klageantwort/Gesuchsantwort, Replik, Duplik, Fristerstreckungsgesuch, Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, Noveneingabe, Stellungnahme zur Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Replikrechts gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK, usw. 23

b. ...«die innert der Frist»...

Die Eingabe an ein unzuständiges Gericht hat **fristgerecht** zu erfolgen, ansonsten findet Art. 143 Abs. 1bis ZPO ohnehin keine Anwendung[823]. Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen zu Art. 142 ff. ZPO verwiesen werden. 24

c. ...«irrtümlich»...

Nur «irrtümlich» bei einem unzuständigen Gericht eingereichte Eingaben können als rechtzeitig eingereicht gelten und unter bestimmten Voraussetzungen weitergeleitet werden[824]. Was unter dem Begriff «irrtümlich» im Kontext von Art. 143 Abs. 1bis ZPO zu verstehen ist, ist eine **Auslegungsfrage**[825]. 25

821. Tanner, Art. 143 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4d; vgl. Lötscher/Plattner, S. 701.
822. Tanner, Art. 143 ZPO N. 19.
823. ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4c.
824. Vgl. Art. 143 Abs. 1bis ZPO.
825. Lötscher/Plattner, S. 701 ff.

26 **Benn** plädiert dafür, dass im Prinzip jede bei einer unzuständigen Behörde eingereichte Eingabe als «irrtümlich» angesehen werden soll[826].

27 Nach **Tanner** ist eine irrtümlich eingereichte Eingabe zu vermuten, wenn eine Partei dadurch keinen prozesstaktischen Vorteil erzielt. Bei Laien seien tiefe Anforderungen an die Irrtümlichkeit zu stellen. Ein fehlendes Verschulden am Irrtum sei nicht erforderlich. Im Zweifel sei stets von einer Anwendung von Art. 143 Abs. 1bis ZPO auszugehen[827].

28 Für **Lötscher/Plattner** ist entscheidend, ob die Partei «bewusst», d.h. mit Wissen und Willen, an das unzuständige Gericht gelangt ist oder nicht. Sie bejahen eine Anwendung von Art. 143 Abs. 1bis ZPO nur bei einer unbewussten Eingabe beim unzuständigen Gericht[828]. Liegt ein zwingender Gerichtsstand vor oder ist das angerufene Gericht sachlich unzuständig, sei grundsätzlich auf eine irrtümliche (unbewusste) Einreichung an das unzuständige Gericht zu schliessen[829]. Bei Vorliegen nicht-zwingender Gerichtsstände schliessen Lötscher/Plattner in folgenden Fällen auf eine irrtümliche Einreichung: (1) bei Laieneingaben, (2) bei Eingaben von anwaltlich vertretenen Personen, in welchen die Zuständigkeit ausführlich, aber falsch begründet wurde, (3) bei Eingaben, bei denen die fehlerhafte Einreichung auf einem tatsächlichen oder rechtlichen Umstand beruht, der nicht vorhersehbar war bzw. der erkennbar übersehen wurde (bspw. kürzlicher Wohnsitzwechsel, neuste Rechtsprechung)[830]. Auf eine «bewusste» Eingabe bzw. einen fehlenden Irrtum schliessen sie in folgenden Fällen: (1) erkennbarer Rechtsmissbrauch, (2) trotz gegenteiliger Aufklärung über das zuständige Gericht erfolgte Eingabe, (3) querulatorische oder unklare Eingabe, deren Zuständigkeit sich nicht ermitteln lässt[831], und weiter bei nicht-zwingendem Gerichtsstand (4) Eingaben, die mit dem Ziel eingereicht wurden, eine Einlassung der Gegenpartei bei einem unzuständigen Gericht zu provozieren, sowie (5) Eingaben, die bewusst in einer bestimmten, sich nachträglich als nicht zur Verfügung stehend herausstellenden Verfahrensart

826. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 3.
827. Tanner, Art. 143 ZPO N. 21.
828. Vgl. Lötscher/Plattner, S. 705 ff.
829. Lötscher/Plattner, S. 706 f.
830. Lötscher/Plattner, S. 707 f.
831. Vorbehältlich Art. 132 Abs. 2 und 3 ZPO.

eingereicht wurden (bspw. Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO)[832].

Ähnlich sieht es auch **Fuchs**, der eine irrtümliche Einreichung jedenfalls dann verneint, wenn sich die Partei bewusst für das unzuständige Gericht entscheidet (bspw. im formellen Teil einer Klage) oder sogar auf der Zuständigkeit beharrt, indem sie bspw. trotz entsprechendem Hinweis weitere Eingaben an das unzuständige Gericht macht. Ein Verschulden schliesse den Irrtum nicht aus, es sei denn, das Verhalten der Partei sei geradezu rechtsmissbräuchlich oder trölerisch[833]. 29

Hurni/Hofmann und **Balmer** plädieren dafür, dass ein offensichtlicher Irrtum vorliegen muss[834]. Dies trotz dem Umstand, dass das ursprünglich noch im Entwurf vorgesehene Erfordernis der Offensichtlichkeit im Verlauf der parlamentarischen Beratungen fallengelassen wurde[835]. Sodann ist ein Irrtum gemäss Balmer bei einer Partei ohne juristische Fachkenntnis eher zu bejahen als bei einer anwaltlich vertretenen Partei[836]. 30

Amstutz/Arnold halten in ihrer Kommentierung zu Art. 48 Abs. 3 BGG dafür, wer seine Eingabe bewusst oder trölerisch an eine unzuständige Behörde richte, könne sich nicht auf die entsprechende Bestimmung berufen[837]. Zudem werde der Nachweis einer irrtümlich eingereichten Eingabe kaum gelingen, wenn ein Verfahren bei einem Gericht rechtshängig und die Partei bereits instruiert worden sei (bspw. mittels Eingangsbestätigung, Kostenvorschussverfügung, Aufforderung zur Stellungnahme etc.). Dadurch wisse sie in jedem Fall um die Zuständigkeit des instruierenden Gerichts[838]. Auch **Jenny/Abegg** verneinen einen Irrtum, wenn das unzuständige Gericht wider besseres Wissens angerufen wird[839]. 31

Nach der hier vertretenen Meinung eignet sich die differenzierte Auseinandersetzung von Lötscher/Plattner als gute Leitlinie und Ausgangspunkt zur Beurteilung der Frage der Irrtümlichkeit. Bei 32

832. Lötscher/Plattner, S. 706 und 708 f.
833. ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4f; vgl. auch OGer SO ZKBER.2025.7 vom 30.7.2025, E. 6.2.
834. Hurni/Hofmann, S. 217; Balmer, S. 210.
835. Votum Bregy, AB 2022 NR S. 672; vgl. Referendumsvorlage.
836. Balmer, S. 210.
837. BSK-Amstutz/Arnold, Art. 48 BGG N. 23a.
838. BSK-Amstutz/Arnold, Art. 48 BGG N. 24.
839. OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 8a.

Laieneingaben ist m.E. jedoch stets (und damit in Abweichung von Lötscher/Plattner, Fuchs und wohl auch Amstutz/Arnold) von einer irrtümlichen Einreichung an ein unzuständiges Gericht auszugehen, insbesondere auch wenn die Partei über die Zuständigkeit aufgeklärt wurde und diese Aufklärung missverstanden wurde. Als Beispiel diene der häufige Fall, bei dem eine Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege an die Rechtsmittelinstanz richtet, weil die Kostenvorschussverfügung unter dem Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege die Rechtsmittelbelehrung enthält. Vorbehalten bleiben jedoch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten oder klare, wohl äusserst seltene Fälle von bewussten Eingaben an ein unzuständiges Gericht zwecks Provokation einer Einlassung oder einer bestimmten Verfahrensart durch Laien. Querulatorische Eingaben sind sodann nach Art. 132 Abs. 3 ZPO ohnehin zurückzuschicken, weshalb sich die Frage der Irrtümlichkeit hier m.E. nicht stellt. Gleiches gilt auch bei einer unklaren Eingabe, bei der sich die Zuständigkeit gar nicht ermitteln lässt. In diesem Fall hat das angerufene Gericht der Partei zuerst eine Nachfrist im Sinn von Art. 132 Abs. 1 i.V.m. 2 ZPO anzusetzen, um ihre Eingabe entsprechend zu verbessern, damit überhaupt erst ermittelt werden kann, ob die Eingabe auch tatsächlich irrtümlich erfolgte. Kommt die Partei dieser Aufforderung nicht nach, gilt die Eingabe ohnehin als nicht erfolgt[840]. Die Ausführungen von Tanner zur Irrtümlichkeit sind nach dem Gesagten grundsätzlich zu befürworten. Die Ansichten von Benn, Hurni/Hoffmann und Balmer lassen sich m.E. nicht mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 143 Abs. 1bis ZPO vereinbaren und sind daher abzulehnen.

33 Im Grundsatz lässt sich festhalten, dass eine irrtümliche Einreichung dort anzunehmen ist, wo eine Partei aus Mangel an Urteilskraft, Konzentration o.Ä. fälschlicherweise von der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ausgeht[841] oder nicht entsprechend ihrer richtigen Vorstellung handelt. Ihr Wille ist grundsätzlich darauf gerichtet, die Eingabe an ein zuständiges Gericht einzureichen, allerdings hat sie eine falsche Vorstellung in Bezug auf die Zuständigkeit oder ihre Handlung bzw. Eingabe stimmt nicht mit ihrer richtigen Vorstellung über die Zuständigkeit überein. Die Gründe hierfür (Rechtsunkenntnis, Versehen, Missverständnis usw.) sind irrelevant. Die

840. Vgl. Art. 132 Abs. 1 i.V.m. 2 ZPO.

841. Vgl. die Definition des «Irrtums» auf https://www.duden.de/rechtschreibung/Irrtum, besucht am 14.9.2025.

Annahme eines Irrtums bei Vorliegen eines zwingenden Gerichtsstands oder der sachlichen oder funktionalen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts mag augenscheinlicher sein als bei Vorliegen eines nicht-zwingenden Gerichtsstands. Um den Zweck von Art. 143 Abs. 1bis ZPO – der Schutz der Parteien vor Fristsäumnis aufgrund von Zuständigkeitsirrtümern oder Fehladressierungen[842] – nicht zu vereiteln oder dessen Verfolgung nicht unnötig zu erschweren, gebietet sich in jedem Fall eine grosszügige Auslegung dieser Bestimmung, unter Berücksichtigung der gesamten konkreten Umstände und ohne Verharren auf starre Prüfschemen[843].

d. ...«bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht»...

Art. 143 Abs. 1bis ZPO findet Anwendung bei Eingaben, die irrtümlich bei einem örtlich, sachlich oder funktional unzuständigen Gericht eingereicht wurden[844]. Das angerufene Gericht hat seine eigene Zuständigkeit wie gewohnt **von Amtes wegen** zu erforschen[845] und seine eigene Unzuständigkeit festzustellen[846]. 34

Handelt es sich beim angerufenen «Gericht» um eine **Schlichtungsbehörde**, ist diese gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung angesichts ihrer primären Aufgabe («Schlichten statt Richten»[847]) nicht befugt, über Eintretensfragen wie die örtliche oder sachliche Zuständigkeit abschliessend zu urteilen, ausser sie agiert als Entscheidbehörde nach Art. 210–212 ZPO[848]. Im reinen Schlichtungsverfahren kann sich die Schlichtungsbehörde deshalb gemäss Bundesgericht nur unter den folgenden Voraussetzungen für unzuständig erklären: (1) Die Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde ist offensichtlich, und kumulativ in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit (2a) es liegt ein (teil-)zwingender Gerichtsstand an einem anderen Ort vor, weshalb eine Einlassung nach Art. 18 ZPO ausgeschlossen ist, oder (2b) die beklagte Partei beruft sich auf die örtliche Unzuständigkeit[849]. Die Prüfung ihrer eigenen Zuständigkeit begrenzt sich somit hauptsächlich auf die Frage der 35

842. Tanner, Art. 143 ZPO N. 18.
843. So wohl auch Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1163.
844. Tanner, Art. 143 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4e f.; vgl. Lötscher/Plattner, S. 711.
845. Vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO.
846. Lötscher/Plattner, S. 711 f.; Tanner, Art. 143 ZPO N. 21; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4g.
847. Vgl. Art. 201 Abs. 1 ZPO.
848. Vgl. BGE 146 III 47, E. 4.2.3; Lötscher/Plattner, S. 693 f.
849. BGE 146 III 265, E. 4.3; BSK-Gehri, Art. 59 ZPO N. 4a; vgl. Lötscher/Plattner, S. 693 f.

offensichtlichen Unzuständigkeit. Dabei ist u.a. zu klären, ob für eine Streitigkeit überhaupt ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist[850]. Entsprechend ist im Hinblick auf Art. 143 Abs. 1bis ZPO nur die offensichtlich unzuständige Schlichtungsbehörde verpflichtet, irrtümlich bei ihr eingereichte Eingaben weiterzuleiten[851].

e. ...«eingereicht werden»

36 Art. 143 Abs. 1bis ZPO setzt logischerweise voraus, dass die Eingabe bei einem unzuständigen Gericht auch **tatsächlich eingereicht** wird. Hierfür kann auf die allgemeinen Ausführungen zu Art. 143 ZPO verwiesen werden[852].

C. Wirkungen von Art. 143 Abs. 1bis ZPO

1. Fristwahrung trotz irrtümlicher Einreichung bei einem unzuständigen Gericht

37 Eingaben, die innert Frist irrtümlich bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht werden, gelten als rechtzeitig eingereicht[853]. Analog zu Art. 63 Abs. 1 ZPO muss als Zeitpunkt der Fristwahrung das **Datum der ersten (irrtümlichen) Einreichung** beim unzuständigen Gericht gelten. Nicht irrtümlich eingereichte Eingaben bei einem unzuständigen Gericht sind nach wie vor nicht fristwahrend[854].

38 Gemäss Abbet ist Art. 143 Abs. 1bis ZPO auch auf die Wahrung **materiellrechtlicher Klagefristen** anzuwenden[855].

2. Weiterleitung an ein anderes Gericht in der Schweiz

a. Voraussetzung: Zuständigkeit eines «anderen Gerichts» in der Schweiz

39 Die Weiterleitung einer irrtümlich bei einem unzuständigen Gericht eingereichten Eingabe setzt voraus, dass «ein anderes Gericht in der Schweiz»

850. Vgl. Art. 198 ZPO; Lötscher/Plattner, S. 714.
851. Lötscher/Plattner, S. 714; Tanner, Art. 143 ZPO N. 21; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4g.
852. Siehe vorne N. 3 ff.
853. Art. 143 Abs. 1bis Satz 1 ZPO.
854. Siehe vorne N. 25 ff.
855. Abbet, Art. 143 ZPO N. 15.

zuständig ist[856]. Dies betrifft hauptsächlich **andere schweizerische Zivilgerichte und Schlichtungsbehörden**[857].

Noch **unklar** ist, ob Eingaben auch an ein Verwaltungs- oder Strafgericht, an eine Verwaltungsbehörde – insbesondere an eine Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, an ein Betreibungs- oder Konkursamt, an eine Aufsichtsbehörde, an eine Steuerbehörde oder an eine Strafbehörde – oder an ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde des Bundes weitergeleitet werden müssen. Lötscher/Plattner tendieren zu einer restriktiven Auslegung von Art. 143 Abs. 1bis ZPO und bejahen eine Weiterleitungspflicht nur dann, wenn die Zuständigkeit der anderen kantonalen Instanz im Anwendungsbereich von Art. 1 ZPO besteht, d.h. wenn deren Verfahren durch die ZPO geregelt wird, oder wenn für den betreffenden Streitgegenstand die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 BGG offensteht[858]. Hurni/Hofmann und Abbet gehen ebenfalls von einem begrenzten Anwendungsbereich von Art. 143 Abs. 1bis ZPO aus[859]. 40

Die Weiterleitung an (nationale und internationale) **Schiedsgerichte** in der Schweiz wäre nach dem Wortlaut von Art. 143 Abs. 1bis ZPO grundsätzlich ebenfalls möglich. Lötscher/Plattner lehnen eine Weiterleitungspflicht in diesem Fall jedoch mangels Bezugs zu den Regeln des 1. und 2. Teils der ZPO und aus praktischen Erwägungen ab[860]. 41

Eine Weiterleitung kann nur erfolgen, wenn die **Ermittlung** der richtigen Zuständigkeit durch das erstangerufene Gericht überhaupt **möglich** ist[861]. Zur Feststellung der Zuständigkeit darf sich das unzuständige Gericht nach Ansicht von Lötscher/Plattner dabei auf Tatsachen stützen, die sich aus den Eingaben der Parteien ergeben oder die als erstellt zu erachten respektive notorisch sind. Das Gericht sei mithin nicht verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und zu ergänzen[862]. Bei unklarer Zuständigkeit 42

856. Vgl. Art. 143 Abs. 1bis ZPO.
857. Lötscher/Plattner, S. 699 f.; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 22; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4d; vgl. Botschaft 2020, S. 2747; a.M. Balmer, S. 211 f., der die Weiterleitungspflicht auf innerkantonale Sachverhalte beschränken möchte.
858. Lötscher/Plattner, S. 700; so wohl auch Tanner, Art. 143 ZPO N. 22; a.M. eher ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4d, wonach keine Eingrenzung bei den Gerichten innerhalb der Schweiz vorgesehen sei.
859. Hurni/Hofmann, S. 216; Abbet, Art. 143 ZPO N. 14.
860. Lötscher/Plattner, S. 701; siehe auch Tanner, Art. 143 ZPO N. 22.
861. Lötscher/Plattner, S. 712.

besteht die Möglichkeit eines Meinungsaustauschs zwischen dem unzuständigen erstangerufenen und dem mutmasslich zuständigen Gericht (in analoger Anwendung von Art. 29 Abs. 2 BGG), allerdings ist eine Weiterleitung auch gegen den Willen des zweitangerufenen Gerichts denkbar[863].

43 Im Einklang mit ihrer eingeschränkten Prüfungskompetenz in Bezug auf die örtliche und sachliche Zuständigkeit[864] dürfe und müsse gemäss Lötscher/Plattner die offensichtlich unzuständige **Schlichtungsbehörde** Eingaben nur an die offensichtlich zuständige Behörde bzw. Instanz weiterleiten. Ist keine offensichtliche Zuständigkeit einer anderen Behörde oder eines Gerichts gegeben, treffe die erstangerufene Schlichtungsbehörde keine Weiterleitungspflicht[865].

44 Liegen mehrere «andere», **alternative Gerichtsstände** vor, lässt sich «ein» zuständiges Gericht im Sinn von Art. 143 Abs. 1bis ZPO nicht durch das erstangerufene Gericht feststellen. Die Weiterleitungspflicht entfällt, wenn mehrere «andere» alternativ zuständige Gerichte in der Schweiz – oder auch im Ausland – bestehen[866]. Die klagende Partei müsse gemäss Lötscher/Plattner und Balmer in solchen Fällen auch nicht angehört werden[867]. Allerdings könne sie ihrem Willen mit einem Eventualantrag, wonach die Klage an ein bestimmtes Gericht weiterzuleiten sei, Ausdruck verleihen. Handelt es sich bei diesem Gericht um eines der alternativ zuständigen Gerichte, hat das unzuständige Gericht nach Lötscher/Plattner die Eingabe nach durchgeführter Zuständigkeitsprüfung entsprechend weiterzuleiten[868].

862. Lötscher/Plattner, S. 712; siehe auch Balmer, S. 210; vgl. ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4e; vgl. Abbet, Art. 143 ZPO N. 13.
863. Tanner, Art. 143 ZPO N. 23.
864. Siehe vorne N. 35.
865. Lötscher/Plattner, S. 714; Tanner, Art. 143 ZPO N. 21.
866. Lötscher/Plattner, S. 712 f.; Balmer, S. 211; Abbet, Art. 143 ZPO N. 14; vgl. ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4e; vgl. auch OGer SO ZKBER.2025.7 vom 30.7.2025, E. 6.5; a.M. Tanner, Art. 143 ZPO N. 23.
867. Lötscher/Plattner, S. 712 f.; Balmer, S. 211; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4e, wonach nichts dagegen spreche, wenn das Gericht ohnehin das rechtliche Gehör zu gewähren hat; a.M. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 3, Tanner, Art. 143 ZPO N. 23 und Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1162, wonach das unzuständige Gericht der klagenden Partei eine Frist anzusetzen hat, um eines von mehreren möglichen Foren zu bezeichnen.
868. Lötscher/Plattner, S. 713 f.

Eine **teilweise Weiterleitung** bei Vorliegen mehrerer Begehren in einer Eingabe, für die unterschiedliche Gerichte zuständig sind, muss möglich sein[869]. 45

b. Vorgehen seitens des Gerichts

Das unzuständige Gericht hat die irrtümlich eingereichte Eingabe **von Amtes wegen** weiterzuleiten[870]. Entsprechend ist das Gericht gehalten, in jedem Fall – insbesondere auch bei komplexen Zuständigkeitsfragen – die Voraussetzungen von Art. 143 Abs. 1bis ZPO zu prüfen[871]. Will die klagende bzw. gesuchstellende Partei eine allfällige Weiterleitung durch das angerufene Gericht für den Fall ihrer Unzuständigkeit verhindern, um die verfahrenseinleitende Eingabe selbst nach Art. 63 Abs. 1 ZPO beim (aus ihrer Sicht) zuständigen Gericht einreichen zu können, kann sie in ihren Rechtsbegehren einen entsprechenden Eventualantrag auf Nicht-Weiterleitung stellen[872]. In zeitlicher Hinsicht hat die Weiterleitung gemäss Botschaft «wie stets beförderlich zu erfolgen, jedoch nicht unverzüglich»[873]. 46

Nach Ansicht von **Lötscher/Plattner** hat das erstangerufene (örtlich oder sachlich) unzuständige Gericht im Fall einer irrtümlich eingereichten verfahrenseinleitenden Eingabe (Klage oder Gesuch) stets einen anfechtbaren Nichteintretensentscheid zu erlassen[874], wobei der Entscheid über die Weiterleitung als Nebenfolge davon Teil des Nichteintretensentscheids bildet[875]. Das angerufene unzuständige Gericht sei nach Lötscher/Plattner auch nicht verpflichtet, den Parteien vorgängig zu einer Weiterleitung das Ergebnis der Zuständigkeitsprüfung bekanntzugeben und ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren[876]. Ein verfahrenseinleitendes Schriftstück sei jedoch grundsätzlich vorab an die Gegenpartei zuzustellen, um ihr insbesondere bei Vorliegen eines nicht-zwingenden Gerichtsstands die Möglichkeit der Einlassung zu geben[877]. Eine Weiterleitung ohne Nichteintretensentscheid, 47

869. Tanner, Art. 143 ZPO N. 24.
870. Vgl. Art. 143 Abs. 1bis Satz 2 ZPO.
871. Vgl. Lötscher/Plattner, S. 710 f.
872. Lötscher/Plattner, S. 713.
873. Botschaft 2020, S. 2748.
874. Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario und Art. 236 Abs. 1 ZPO.
875. Lötscher/Plattner, S. 709 f. und 715 ff.
876. Lötscher/Plattner, S. 712; a.M. Hurni/Hofmann, S. 217, wenn das Bestehen eines Irrtums unsicher oder umstritten ist.

insbesondere in offensichtlichen Fällen, entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers und könne ausnahmsweise nur bei einer nicht verfahrenseinleitenden Eingabe an ein unzuständiges Gericht getätigt werden[878].

48 Nach **Tanner** hat das erstangerufene unzuständige Gericht die Parteien grundsätzlich anzuhören und so festzustellen, ob die Partei ihre Eingabe bewusst oder irrtümlich bei ihr eingereicht hat. Ebenfalls werde der Gegenpartei damit bei einer nicht-zwingenden Zuständigkeit eine allfällige Einlassung ermöglicht[879]. Alsdann habe das Gericht einen Nichteintretensentscheid (mit Weiterleitungsanordnung oder Festhalten des Weiterleitungsverzichts im Entscheiddispositiv) zu erlassen[880]. In klaren Fällen, d.h. wenn es sich bei der Eingabe offensichtlich um einen Irrläufer handle wie bspw. bei nicht verfahrenseinleitenden Schriftstücken, könne auf das Einholen von Stellungnahmen und die Anlegung eines eigenen Verfahrens verzichtet werden und die Eingabe informell mit Kurzbrief weitergeleitet werden[881]. Im Ergebnis entspricht dies auch der Ansicht von **Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann**, die aus rechtsdogmatischen Überlegungen zwischen amtswegiger Weiterleitung (ohne Eröffnung eines Verfahrens vor der betreffenden Instanz) und der Prozessüberweisung (als Folge des Nichteintretensentscheids bei Eröffnung eines Verfahrens) unterscheiden, wobei Ersteres nur in zweifelsfreien Fällen bei offensichtlicher Unzuständigkeit möglich sein soll. In allen anderen Fällen ist ein Verfahren zu eröffnen und ein Nichteintretensentscheid (mit Prozessüberweisung) zu fällen[882]. Diese Ansicht vertritt auch **Fuchs**, der sich in der Mehrheit der Fälle für eine förmliche Weiterleitung verbunden mit einem anfechtbaren Nichteintretensentscheid (unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien) ausspricht. Eine eigentliche formlose Weiterleitung könne nur dann erfolgen, wenn der Irrtum und die Zuständigkeitsfrage derart klar und offensichtlich seien, dass ein formelles Verfahren ein Leerlauf wäre und beiden Parteien nicht dienen würde. Dies sei jedoch bereits dann nicht mehr

877. Lötscher/Plattner, S. 710; Balmer, S. 211.
878. Lötscher/Plattner, S. 710.
879. Tanner, Art. 143 ZPO N. 21.
880. Tanner, Art. 143 ZPO N. 24.
881. Tanner, Art. 143 ZPO N. 21 und 24.
882. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1162.

gegeben, wenn der Gerichtsstand nicht zwingend und eine Einlassung somit möglich sei[883].

Zu beachten gilt, dass die Gesetzgebung mit Art. 143 Abs. 1bis ZPO eine anwenderfreundliche Regelung des Umgangs mit Eingaben an unzuständige Gerichte in der Schweiz vorsehen wollte[884]. Die Partei, welche irrtümlich an ein unzuständiges Gericht gelangt, hat ein massgebliches Interesse daran, dass ihre Eingabe zeitnah und speditiv weitergeleitet wird. Dies liegt auch im allgemeinen Interesse der Rechtssicherheit und eines geordneten Verfahrensablaufs. Schliesslich müssen sich das Gericht und eine allfällige Gegenpartei auch vergewissern können, dass – vorbehältlich der Fälle, die eine Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO rechtfertigen – nach einer gewissen Zeit nach Fristablauf nicht mehr mit einer Eingabe gerechnet werden muss. Müsste das Gericht in jedem Fall einen Nichteintretensentscheid (inkl. Entscheid über die Weiterleitung) fällen, würde dies **nach der hier vertretenen Meinung** – trotz der nunmehr bestehenden Möglichkeit, Entscheide auch unbegründet zu eröffnen[885] – zu einem wesentlich höheren Aufwand und entsprechend zu einer vergleichsweise längeren Reaktionsdauer seitens der Gerichte führen. Denn sie müssten für jede irrtümlich an sie gerichtete Eingabe ein neues Verfahren eröffnen, um dieses gemäss Lötscher/Plattner folgend mit einem Nichteintretensentscheid auch wieder beenden zu können[886]. Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass die Gerichte in den meisten Fällen wohl mit Eingaben konfrontiert werden, für die sie ganz offensichtlich nicht zuständig sind (bspw. Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege an die Rechtsmittelinstanz für ein erstinstanzliches Verfahren) und die keine komplexen Zuständigkeitsfragen beinhalten, womit der Aufwand seitens der Gerichte für den Erlass eines Nichteintretensentscheids in solchen Fällen unverhältnismässig erscheint. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die irrende Partei mit ihrer Eingabe ja gerade keine Einleitung eines Verfahrens beim unzuständigen Gericht beabsichtigt. Insbesondere kann es nicht angehen, dass die klagende/gesuchstellende Partei, die ihre Eingabe irrtümlich an ein unzuständiges Gericht eingereicht hat, bei Vorliegen eines nicht-zwingenden Gerichtsstands auf ihrem Versehen (und ein nicht von ihr bewusst gewähltes Gericht) 49

883. ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4g.
884. Botschaft 2020, S. 2719.
885. Vgl. Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO.
886. Vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO.

behaftet wird, wenn sich die Gegenpartei nach Art. 18 ZPO auf den irrtümlich angerufenen Gerichtsstand einlässt. Was die Vorteile eines formellen Entscheids betrifft, werden die Parteien voraussichtlich in den meisten Fällen mit der Weiterleitung an das zuständige Gericht einverstanden sein. Die Anfechtbarkeit eines Nichteintretensentscheids (inkl. Entscheid über die Weiterleitung) steht deshalb wohl eher im Hintergrund.

50 Aufgrund dieser Überlegungen erscheint es nach der hier vertretenen Meinung und entgegen der Ansicht von Lötscher/Plattner nicht sachgerecht, in jedem Fall einer irrtümlich eingereichten Eingabe ein neues Verfahren zu eröffnen und einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Bei offensichtlichen Fällen, in denen die Zuständigkeit eines anderen Gerichts augenscheinlich ist, und insbesondere bei nicht verfahrenseinleitenden Schriftstücken muss es ausreichen, diese mit einem Eingangsstempel zu versehen und unter Beilage des Briefumschlags oder der elektronischen Empfangsquittung an das zuständige Gericht (und in Kopie zur Kenntnis an die Parteien) **formlos** – d.h. ohne ein entsprechendes Verfahren zu eröffnen – mit einem Kurzbrief weiterzuleiten oder bei fehlender Zuständigkeit eines anderen Gerichts an die Partei zurückzuschicken. Zu Beweiszwecken empfiehlt es sich, eine Kopie oder ein Scan der weitergeleiteten oder zurückgeschickten Eingabe (einschliesslich Beilagen) zu machen und gerichtsintern aufzubewahren. Ist eine Partei mit diesem Vorgehen nicht einverstanden, kann sie immer noch einen anfechtbaren Nichteintretensentscheid (inkl. Entscheid über die Weiterleitung) verlangen.

51 Ergibt sich die Zuständigkeit eines anderen Gerichts nicht augenscheinlich aus der irrtümlich eingereichten Eingabe, sind komplexe Zuständigkeitsfragen zu beantworten oder handelt es sich um ein verfahrenseinleitendes Schriftstück, bei dem keine Weiterleitung erfolgt[887], rechtfertigt sich **in Einzelfällen** die Eröffnung eines formellen Verfahrens, wobei je nach Ausgangslage ein Schriftenwechsel anzuordnen oder den Parteien vor dem Erlass eines Nichteintretensentscheids (inkl. Entscheid über die Weiterleitung) das rechtliche Gehör zu gewähren ist[888]. Nicht nachvollziehbar ist das skizzierte Vorgehen von Gasser/Rickli/Josi, wonach die Weiterleitung durch eine (anfechtbare) prozessleitende Verfügung – und explizit nicht durch

887. Anwendungsfall von Art. 63 Abs. 1 ZPO (Wahrung der Rechtshängigkeit), bei welchem die Monatsfrist zur Neueinreichung *mit dem Nichteintretensentscheid* zu laufen beginnt.

888. Domej, Art. 59 ZPO N. 8; vgl. BSK-Gehri, Art. 59 ZPO N. 9 ff.

einen Nichteintretensentscheid – erfolgen soll[889]. Einerseits bedingt dies vorgängig ebenfalls die Eröffnung eines formellen Verfahrens, was bei einem nicht verfahrenseinleitenden Schriftstück von vornherein nicht gerechtfertigt ist (da von keiner Partei beabsichtigt). Andererseits müsste das entsprechende Verfahren schliesslich auch mit einem verfahrenserledigenden Entscheid formell abgeschlossen werden, wobei in diesem Fall das Verfahren vermutlich zufolge Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO abgeschrieben werden müsste. Der Erlass einer prozessleitenden Verfügung zur Weiterleitung erscheint m.E. daher noch aufwendiger als ein Nichteintretensentscheid (inkl. Entscheid über die Weiterleitung). Im Übrigen dient eine prozessleitende Verfügung grundsätzlich der zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens[890]. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Weiterleitung im Rahmen von Art. 143 Abs. 1bis ZPO diesen Zweck erfüllt.

Abschliessend bleibt jedoch festzuhalten, dass sich erst mit der Zeit zeigen wird, welches Vorgehen sich in der **Praxis** bewährt[891] und im Sinn einer Best Practice empfohlen werden kann. 52

c. Folgen der Weiterleitung

Mit der rechtskräftigen Weiterleitung wird der Fall bzw. die Eingabe vom zweitangerufenen Gericht oder der zweitangerufenen Behörde **übernommen**. Der Entscheid über die in der Weiterleitungsanordnung festgehaltene Zuständigkeit hat grundsätzlich keine präjudizierende Wirkung. Nur das darin genannte Gericht oder die Schlichtungsbehörde selbst kann rechtskräftig über ihre eigene Zuständigkeit befinden. Es ist somit nicht ausgeschlossen (und auch zulässig), dass sich ein Gericht als Weiterleitungsempfängerin selbst für unzuständig erachtet und eine weitere Weiterleitungsanordnung trifft[892]. 53

Leitet ein Gericht eine Eingabe im Rahmen von Art. 143 Abs. 1bis ZPO an eine **Schlichtungsbehörde** weiter, ist davon auszugehen, dass Letztere den Fall 54

889. Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 1a.

890. Vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO.

891. Siehe hierzu OGer ZH RU250044 vom 5.6.2025, E. 4; OGer ZH PA250008 vom 27.5.2025; OGer ZH RT250014 vom 13.5.2025, E. 1; OGer ZH PZ250019 vom 1.4.2025; OGer ZH RU250016 vom 11.3.2025; OGer AG ZOR.2025.8 vom 19.2.2025; OGer AG ZBE.2025.1 vom 31.1.2025.

zu übernehmen hat, da eine Schlichtungsbehörde ihre Zuständigkeit nur eingeschränkt verneinen darf[893] und die Voraussetzungen hierfür bei einer Weiterleitung durch ein Gericht voraussichtlich nicht erfüllt sind. Insbesondere dürfte kein Fall einer «offensichtlichen Unzuständigkeit» vorliegen[894].

55 Das Gericht übernimmt das Verfahren in demjenigen **Stadium**, in welchem es sich im Zeitpunkt der Weiterleitung befindet. Die Parteien dürfen sich grundsätzlich erneut zweimal frei zur Zuständigkeit des als zuständig erachteten Gerichts äussern. Bereits durch das (irrtümlich) angerufene Gericht angeordnete vorsorgliche Massnahmen gelten bis zur allfälligen Aufhebung oder Änderung durch das zweitangerufene zuständige Gericht weiter[895].

56 Wird ein verfahrenseinleitendes Schriftstück weitergeleitet, so gilt als Zeitpunkt der **Rechtshängigkeit** das Datum der ersten (irrtümlichen) Einreichung beim unzuständigen Gericht[896]. Die Rechtshängigkeit dauert somit fort und die klagende bzw. gesuchstellende Partei hat keine Möglichkeit, ihre Klage oder ihr Gesuch bei einem anderen Gericht selbst neu einzureichen[897].

d. Folgen der Rückweisung

57 Erfolgt
keine Weiterleitung, kann die klagende bzw. gesuchstellende Partei ihr **verfahrenseinleitendes Schriftstück** innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid beim zuständigen Gericht oder bei der zuständigen Schlichtungsbehörde neu einreichen, wobei als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gilt[898].

58 Ein **nicht verfahrenseinleitendes Schriftstück**, das mangels Feststellung eines anderen zuständigen Gerichts an die Partei zurückgeschickt wurde, ist

892. Lötscher/Plattner, S. 717–719; Tanner, Art. 143 ZPO N. 22 und 24, wonach in dringenden Fällen auch sofort (ohne Abwarten der Rechtskraft) weitergeleitet werden kann; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 4g.
893. Siehe vorne N. 35.
894. Lötscher/Plattner, S. 719.
895. Lötscher/Plattner, S. 720 f.
896. Vgl. Art. 63 Abs. 1 ZPO.
897. Lötscher/Plattner, S. 719 f.; siehe nachfolgend N. 57.

durch die Partei ebenfalls beförderlich beim zuständigen Gericht einzureichen, um unter Art. 143 Abs. 1bis Satz 1 ZPO dennoch die Frist zu wahren.

IV. FRISTEINHALTUNG BEI ELEKTRONISCHEN EINGABEN (ART. 143 ABS. 2 ZPO)

A. Form

Elektronische Eingaben bedürfen einer bestimmten Form zur Fristwahrung. Art. 130 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass die Eingabe (einschliesslich die darin erwähnten und mit ihr eingereichten Beilagen) bei elektronischer Einreichung mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** gemäss ZertES[899] versehen sein muss. Eingaben per einfacher E-Mail oder andere elektronische Eingaben an die Adresse des Gerichts sind in der Regel nicht fristwahrend[900]. Wenn der Formfehler vor Ablauf der Frist behoben werden kann, muss das Gericht die betroffene Partei grundsätzlich darauf aufmerksam machen[901]. Zur Wiederholung einer formell korrekten Zustellung (qualifiziert elektronisch signiert, zulässiges Dateiformat etc.) kann das Gericht der Partei keine Nachfrist im Sinn von Art. 132 Abs. 1 ZPO gewähren[902]. Eine nachträgliche Heilung ist gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls nicht möglich[903]. 59

Die **Modalitäten** des elektronischen Verkehrs zwischen den Verfahrensbeteiligten und den Behörden werden in der Verordnung vom 18. 60

898. Vgl. Art. 63 Abs. 1 ZPO.

899. Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (SR 943.03; auch Bundesgesetz über die elektronische Signatur).

900. BGE 121 II 252, E. 4a; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.5.1; BGer 4A_596/2015 vom 9.12.2015; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 15 und 15a; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 12; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 9; Tanner, Art. 143 ZPO N. 27 f.; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5 f.; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 342; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 17; Abbet, Art. 143 ZPO N. 8.

901. BGE 142 V 152, E. 4.6; BGer 2C_738/2020 vom 23.11.2020, E. 4.4.2; Tanner, Art. 143 ZPO N. 28; Abbet, Art. 143 ZPO N. 9.

902. BGer 2C_997/2021 vom 11.5.2022, E. 3.2–3.6; KGer GR ZK1 21 58 vom 23.8.2021, E. 2.3; Tanner, Art. 143 ZPO N. 28.

903. BGE 142 V 152, E. 4.5; BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.5.2; BGer 4A_596/2015 vom 9.12.2015.

Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV; SR 272.1) geregelt[904]. Sie gilt allerdings nicht für Verfahren vor dem Bundesgericht[905]. Eingaben (einschliesslich Beilagen) sind im Format PDF an die Adresse der Behörde auf der von ihr verwendeten anerkannten Zustellplattform zu senden[906]. Als anerkannte Zustellplattformen im Sinn von Art. 2 VeÜ-ZSSV gelten bislang PrivaSphere Secure Messaging der Firma PrivaSphere AG und IncaMail der Schweizerischen Post[907]. Zu beachten gilt, dass es bei IncaMail die Versandarten «Vertraulich», «Persönlich» und «Eingeschrieben» gibt, wobei nur bei Letzterem eine Abgabequittung im Sinn von Art. 143 Abs. 2 ZPO generiert wird[908]. Sodann besteht bei der Verwendung der Zustellplattform PrivaSphere AG die Möglichkeit, eine elektronische Eingabe einzureichen, ohne diese mit einer hinreichenden digitalen Signatur zu versehen und ohne die erforderliche Abgabequittung zu bewirken[909]. Die Bundeskanzlei führt zwei Verzeichnisse von Behördenadressen, die im Internet aufgeschaltet sind[910].

61 Eine Behörde kann die **Nachreichung** von Eingaben und Beilagen auf Papier verlangen, wenn diese aufgrund von technischen Problemen nicht geöffnet werden können oder beim Anzeigen am Bildschirm oder in gedruckter Form nicht lesbar sind[911]. Sie hat den betroffenen Verfahrensbeteiligten eine angemessene Frist für die Nachreichung zu gewähren[912].

62 Gewisse Autorinnen und Autoren halten es auch für denkbar und möglich, dass die handelnde Partei einen Teil der Dokumente elektronisch und den anderen Teil in Papierform per Post oder direkte Übergabe dem Gericht einreicht[913]. Dagegen ist m.E. nichts einzuwenden, sofern die jeweiligen **Teil-**

904. Art. 1 Abs. 1 VeÜ-ZSSV.
905. Art. 1 Abs. 2 VeÜ-ZSSV.
906. Art. 4 und 6 Abs. 1 VeÜ-ZSSV.
907. Liste der anerkannten Zustellplattformen auf https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/rechtsinformatik/e-uebermittlung.html, besucht am 14.9.2025.
908. ZR 2023 Nr. 15; vgl. OGer ZH PS250068 vom 20.3.2025, E. 2.2.2–2.2.5; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 17; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 9a.
909. Vgl. BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.5.2; PKG 2020 4, E. 7.3.1.
910. Vgl. Art. 5 Abs. 1 VeÜ-ZSSV; https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/e-government/elektronischer-rechtsverkehr-mit-behoerden.html#-1941006937, besucht am 14.9.2025.
911. Art. 8a Abs. 1 lit. a und b VeÜ-ZSSV.
912. Art. 8a Abs. 2 VeÜ-ZSSV.

Eingaben hinreichend als solche gekennzeichnet werden, sodass eine einfache Zuordnung stattfinden kann. Es versteht sich sodann von selbst, dass die jeweiligen Teil-Eingaben für sich genommen fristwahrend eingereicht werden müssen[914].

B. Empfangsprinzip

Die elektronische Übermittlung untersteht dem Empfangsprinzip: Die Frist gilt als eingehalten, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Gerichts spätestens am letzten Tag der Frist (bis 24.00 Uhr) durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist[915]. Konkret ist für die Wahrung einer Frist bei elektronischer Einreichung der Zeitpunkt massgebend, in dem die Zustellplattform die **Abgabequittung** ausstellt[916]. Der Absendezeitpunkt ist nicht relevant, allerdings wird die Quittung in der Regel unverzüglich danach automatisch ausgestellt. Für die handelnde Partei ist somit gleich erkennbar, ob die Übermittlung erfolgreich war[917]. 63

Das **Risiko** einer nicht funktionierenden Übermittlung bzw. einer technischen Panne trägt bis zum Empfangsserver des Gerichts – und damit bis zur Ausstellung einer Abgabequittung seitens der Zustellplattform – die Partei[918]. 64

913. BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 14; Tanner, Art. 143 ZPO N. 26; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5.
914. Tanner, Art. 143 ZPO N. 26.
915. BGer 2C_502/2018 vom 4.4.2019, E. 2.4; LGVE 2025 I Nr. 2, E. 5.2.1; OGer ZH PS250068 vom 20.3.2025, E. 2.2.4; KGer SG BE.2020.27 vom 30.9.2020, E. II.2a; PKG 2020 4, E. 7.2.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 16; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 2 und 13; Tanner, Art. 143 ZPO N. 27; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5; Abbet, Art. 143 N. 7 f.; Botschaft 2006, S. 7308; a.M. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 9, OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 9, CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 10 f., Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 2 und Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 344, welche aufgrund der per 1. Januar 2017 geänderten Fassung des ZertES eine Annäherung an das Expeditionsprinzip erkennen.
916. Art. 8b Abs. 1 VeÜ-ZSSV; LGVE 2025 I Nr. 2, E. 5.2.1 (falls die Behörde ihr Postfach für eine automatische Annahme eingerichtet hat, stellt die Abholquittung eine Empfangsbestätigung dar); BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 15a; Tanner, Art. 143 ZPO N. 1 und 27; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 11.
917. BGE 145 V 90, E. 6.1.2; BGE 139 IV 257, E. 3.1; LGVE I Nr. 2, E. 5.2.1; KGer SG BE.2020.27 vom 30.9.2020, E. II.2a; Tanner, Art. 143 ZPO N. 27; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 346; Abbet, Art. 143 ZPO N. 8; vgl. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 17; vgl. auch Art. 2 lit. b VeÜ-ZSSV.
918. BGE 139 IV 257, E. 3.1; BGer 2C_502/2018 vom 4.4.2019, E. 2.4; LGVE 2025 I Nr. 2, E. 5.2.1; PKG 2020 4, E. 7.2.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 9; Tanner, Art. 143 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 346; Abbet, Art. 143 ZPO N. 8.

Es ist deshalb zu empfehlen, die elektronische Übermittlung nicht kurz vor Fristende vorzunehmen, sondern genügend Zeit hierfür einzuberechnen, damit sicherheitshalber noch weitere Versuche oder die Eingabe in Papierform offensteht[919].

V. FRISTEINHALTUNG FÜR ZAHLUNGEN AN DAS GERICHT (ART. 143 ABS. 3 ZPO)

A. (Modifiziertes) Expeditionsprinzip

65 Die Frist für eine Zahlung an das Gericht ist gewahrt, wenn der zu leistende Betrag spätestens am letzten Tag der Frist **einbezahlt** oder dem Konto der betreffenden Partei bzw. deren Vertretung **belastet** wird. Es genügt nicht, wenn lediglich der Zahlungsauftrag innert Frist erfolgt. Andererseits ist nicht erforderlich, dass der Betrag vom Gericht bereits innert Frist in Empfang genommen bzw. dem Gerichtskonto gutgeschrieben wird[920].

66 Die **Beweislast** liegt wiederum bei derjenigen Partei, welche sich auf die Rechtzeitigkeit der Zahlung beruft[921].

---

919. BGE 145 V 90, E. 6.1.2; BGE 139 IV 257, E. 3.1; BGer 2C_502/2018 vom 4.4.2019, E. 2.5; PKG 2020 4, E. 7.2.2; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 17 f.; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 13; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 9; Tanner, Art. 143 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 5; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 9; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 347; Abbet, Art. 143 ZPO N. 8.

920. BGE 143 IV 5, E. 2.6; BGE 139 III 364, E. 3.1 und 3.2.1; BGer 2C_133/2024 vom 17.5.2024, E. 5.2; BGer 6B_725/2019 vom 28.10.2019, E. 1; BGer 6B_884/2017 vom 22.2.2018, E. 3.1.1; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.1; BGer 2C_795/2016 vom 10.10.2016, E. 4.4; KGer GR ZK2 15 53 vom 19.7.2016, E. II.2a/aa; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 17; Tanner, Art. 143 ZPO N. 32–34; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 10; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 12; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 3; Spühler, Art. 143 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 349 f.; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 19; Abbet, Art. 143 ZPO N. 10 f.; vgl. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 19 und 23; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 11 und 13; vgl. ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7.

921. BGE 139 III 364, E. 3.1; vgl. BGE 143 IV 5, E. 2.4; BGer 4D_55/2024 vom 18.6.2024, E. 4; BGer 2C_133/2024 vom 17.5.2024, E. 5.2; BGer 6B_725/2019 vom 28.10.2019, E. 1; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.1; BGer 4A_163/2016 vom 22.6.2016, E. 2.1; KGer GR ZR2 2024 36 vom 28.1.2025, E. 4.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 19; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 24; Tanner, Art. 143 ZPO N. 40; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 11; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 13; Spühler, Art. 143 ZPO N. 5; Abbet, Art. 143 ZPO N. 11; vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 351.

B. Bareinzahlung

Der zahlungspflichtigen Partei steht es zur Fristwahrung offen, den zu leistenden Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Schweizerischen Post mittels Einzahlung am **Postschalter** (oder am Schalter einer ihrer Postagenturen) zugunsten des Gerichts zu übergeben[922]. Die Einzahlungsfunktion am Postomaten steht per 31. Juli 2021 nicht mehr zur Verfügung[923]. Die Einzahlung des Betrags in bar in einer Filiale der Bank, welche das Gerichtskonto führt, ist ebenfalls denkbar[924]. Die Übergabe an eine ausländische Post oder Bank ist nicht fristwahrend; der Betrag muss wiederum spätestens am letzten Tag der Frist der Schweizerischen Post oder der Bank, welche das Gerichtskonto führt, zur Weiterbearbeitung übergeben werden oder bei der Gerichtskasse eingehen[925]. 67

Nicht gesetzlich vorgesehen, aber allgemein anerkannt ist auch die Möglichkeit, den Barbetrag direkt **beim Gericht** am Schalter zugunsten der Gerichtskasse gegen Quittung zu übergeben[926]. Dabei hat eine Partei allerdings keinen Anspruch darauf, dass das Gericht jedwede Summe entgegennimmt. Im Hinblick auf das Geldwäschereirisiko erscheint eine Betragsobergrenze von Fr. 15'000.00 als vertretbar[927]. 68

C. Bank- oder Postüberweisung

Bei Zahlungen an das Gericht mittels Bank- oder Postüberweisung ist zur Fristwahrung der Zeitpunkt der **Kontobelastung** massgebend: Das 69

922. Vgl. Art. 143 Abs. 3 ZPO; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 21; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 18; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 11; Tanner, Art. 143 ZPO N. 32; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 12; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 349.
923. https://www.srf.ch/news/schweiz/service-abbau-den-postomaten-mit-einzahlfunktion-wird-der-stecker-gezogen, besucht am 14.9.2025.
924. Tanner, Art. 143 ZPO N. 32.
925. Siehe vorne N. 7; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 21; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 18; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 10; Tanner, Art. 143 ZPO N. 36; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 352; Abbet, Art. 143 ZPO N. 10.
926. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 20; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 19; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 11; Tanner, Art. 143 ZPO N. 33; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 10; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 14; Spühler, Art. 143 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 349; CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 20; Abbet, Art. 143 ZPO N. 10.

schweizerische Konto der Partei muss spätestens am letzten Tag der Frist mit dem zu leistenden Betrag belastet werden (sog. Valutatag)[928]. Bei Überweisungen aus dem Ausland ist darüber hinaus erforderlich, dass der geforderte Betrag rechtzeitig dem Konto der Gerichtskasse gutgeschrieben wird oder zumindest in den Einflussbereich der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen Bank gelangt; die blosse Abbuchung von einem ausländischen Konto genügt nicht zur Fristwahrung[929]. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass Transaktions- und Wechselgebühren vollständig zu Lasten der überweisenden Partei gehen, damit der gesamte Betrag innert Frist bezahlt wird[930].

70 Die Partei ist deshalb gehalten, den Zahlungsauftrag so **zeitgerecht** vorzunehmen, damit die Bank oder die Post diesen noch innerhalb der Zahlungsfrist verarbeiten kann. Ebenfalls hat sie sicherzustellen, dass auf dem zu belastenden Konto ausreichend Guthaben vorhanden ist. Das Risiko einer verspäteten Belastung trägt die zahlungspflichtige Partei[931].

71 Erfolgt die Gutschrift nur einen Tag nach Ablauf der Frist auf dem Gerichtskonto, muss das Gericht am Fehlen der Rechtzeitigkeit Zweifel haben und eine **Rückfrage** betreffend den Belastungszeitpunkt bei der

927. Siehe analog die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, Art. 4 Abs. 2 lit. g, Art. 20 Abs. 5 lit. f und Art. 27 Abs. 3 lit. f; a.M. wohl ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7 unter Hinweis auf Art. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG; SR 941.10); a.M. auch CR-Tappy, Art. 143 ZPO N. 20, wonach das Gericht verpflichtet ist, auch einen grossen Bargeldbetrag gegen Quittung zu akzeptieren, nicht aber die Hinterlegung von Wertpapieren oder Devisen.

928. BGE 139 III 364, E. 3.2.1; vgl. BGE 143 IV 5, E. 2.6; BGer 6B_725/2019 vom 28.10.2019, E. 1; BGer 6B_884/2017 vom 22.2.2018, E. 3.1.1; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.1; BGer 4A_163/2016 vom 22.6.2016, E. 2.1; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 22; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 20; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 12 f.; Tanner, Art. 143 ZPO N. 34; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 10; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 143 ZPO N. 13; Gasser/Rickli/Josi, Art. 143 ZPO N. 4; Spühler, Art. 143 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 350; Abbet, Art. 143 ZPO N. 10.

929. BGer 4A_303/2019 vom 21.11.2019, E. 8; BGer 6B_725/2019 vom 28.10.2019, E. 1; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.2; BGer 2C_1022/2012, 2C_1023/2012 vom 25.3.2013, E. 6.3; KGer GR ZR2 2024 36 vom 28.1.2025, E. 4.2; Tanner, Art. 143 ZPO N. 36; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 352 und 424; Abbet, Art. 143 ZPO N. 10.

930. Tanner, Art. 143 ZPO N. 37.

931. BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 4.3; BGer 2C_1096/2013 vom 19.7.2014, E. 3.3; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 22 f.; BK-Frei, Art. 143 ZPO N. 24; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 13; Tanner, Art. 143 ZPO N. 35 f.; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 10.

zahlungspflichtigen Partei vornehmen[932]. Wird das Konto der zahlungspflichtigen Partei vor Fristablauf mit dem geforderten Betrag belastet, erfolgt danach jedoch keinerlei Gutschrift auf dem Gerichtskonto, ist gemäss Gerichtspraxis zu berücksichtigen, ob das Misslingen der Überweisung der zahlungspflichtigen Partei oder der Bank oder Post zuzuschreiben ist[933].

D. Irrtümliche Zahlung an ein unzuständiges Gericht (Art. 143 Abs. 1bis ZPO analog)

Mit Benn und Tanner ist davon auszugehen, dass Art. 143 Abs. 1bis ZPO sinngemäss auch auf Zahlungen anzuwenden sein dürfte[934]. Eine Zahlung, die innert Frist irrtümlich an ein unzuständiges Gericht erfolgt, gilt als rechtzeitig. Die Zahlung ist von Amtes wegen **weiterzuleiten**, wenn ein anderes Gericht in der Schweiz zuständig ist[935]. 72

LITERATURVERZEICHNIS

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Amstutz Kathrin/Arnold Peter, Kommentierung zu Art. 48 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Amstutz/Arnold).

Balmer Dominik, Transmission d'office et décision d'irrecevabilité, recht 4 (2022), S. 207 ff.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

932. Vgl. BGE 143 IV 5, E. 2.7; BGE 139 III 364, E. 3.2.2; BGer 4D_55/2024 vom 18.6.2024, E. 4; Tanner, Art. 143 ZPO N. 39; OFK-Jenny/Abegg, Art. 143 ZPO N. 11; vgl. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 19.
933. BGer 2C_133/2024 vom 17.5.2024, E. 5.2; BGer 4A_481/2016 vom 6.1.2017, E. 3.1.3; BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 143 ZPO N. 7.
934. BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 24; Tanner, Art. 143 ZPO N. 19 und 35.
935. Siehe vorne N. 18 ff.

Bohnet François/Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, Präjudizienbuch ZPO, 2. Aufl., Basel 2023.

Domej Tanja, Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Gehri Myriam A., Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Gehri).

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO, AJP 10 (2023), S. 1157 ff.

Hurni Baptiste/Hofmann David, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 5 (2023), S. 209 ff.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Lötscher Cordula/Plattner Patrick, Die Weiterleitungspflicht nach Art. 143 Abs. 1bis revZPO – Von Irrtümern über die Zuständigkeit und ihren neuen Folgen, SZZP/RSPC 6 (2023), S. 689 ff.

Moret Sébastien, Kommentierung zu Art. 53 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Schweizerische Bankiervereinigung, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung einerseits und den unterzeichnenden Banken andererseits vom 13.6.2018, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/e/2/5/4/e254d3078d72c23dcbc13352a34223c518303ec8/SBVg_Vereinbarung_VSB_2020_DE.pdf, besucht am 14.9.2025.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006 S. 7221 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/914/de, besucht am 14.9.2025.

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26.2.2020, BBl 2020 S. 2697 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/de, besucht am 14.9.2025.

Protokoll der Sondersession des Nationalrats vom 10.5.2022 (Zweitrat), Amtliches Bulletin 2022 S. 669 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920, besucht am 14.9.2025.

Beschluss des Parlaments vom 17.3.2023 (Referendumsvorlage), BBl 2023 S. 786, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/786/de, besucht am 14.9.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 144 ZPO

Eine Kommentierung von Linda Novina

ZITIERVORSCHLAG

Linda Novina, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Novina, Art. 144 ZPO N. XXX.

Art. 144 Erstreckung

[1] Gesetzliche Fristen können nicht erstreckt werden.

[2] Gerichtliche Fristen können aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn das Gericht vor Fristablauf darum ersucht wird.

GLIEDERUNG

I. Nichterstreckbarkeit gesetzlicher Fristen (Art. 144 Abs. 1 ZPO) 197
II. Erstreckung gerichtlicher Fristen (Art. 144 Abs. 2 ZPO) 199
A. Gerichtliche Fristen 199
B. Erstreckung aus zureichenden Gründen 200
C. Fristerstreckungsgesuch 204
D. Entscheid über die Fristerstreckung 206
1. Prozessleitende Verfügung 206
2. Entscheidfolgen 207
3. Dauer und Anzahl der Fristerstreckung 208
Literaturverzeichnis 210

I. NICHTERSTRECKBARKEIT GESETZLICHER FRISTEN (ART. 144 ABS. 1 ZPO)

Gesetzliche Fristen sind solche, deren Dauer **vom Gesetz** bestimmt wird[936]. Sie sind grundsätzlich unabänderlich und können deshalb nicht erstreckt werden[937], auch nicht mittels Parteiabrede[938]. 1

Die **Nachfristansetzung** zur Verbesserung mangelhafter Eingaben nach Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO wird nicht als Erstreckung verstanden. Sie steht damit auch Eingaben offen, die einer gesetzlichen Frist unterliegen. Allerdings dürfen dabei keine nachträglichen materiellen Ergänzungen oder Verbesserungen gemacht werden. Die Nachfrist dient lediglich der Verhinderung bestimmter Formmängel[939]. 2

Gewisse Autoren plädieren für eine Geltung von Art. 43 lit. b BGG als allgemeiner Rechtsgrundsatz und erachten die Gewährung einer angemessenen **Fristerstreckung** auch bei gesetzlichen Fristen in besonders komplexen oder umfangreichen Ausnahmefällen für geboten[940]. 3

---

936. Vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO; OGer ZH PP250017 vom 22.5.2025, E. 3.1; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 4; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 2; Tanner, Art. 144 ZPO N. 3; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 31; vgl. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5.

937. BGE 141 III 554, E. 2.4; BGer 5A_573/2023 vom 21.5.2025, E. 7.1; BGer 5A_959/2023 vom 23.1.2024, E. 3.2; BGer 5A_665/2023 vom 17.1.2024, E. 4.1.1; BGer 5D_105/2021 vom 1.6.2021, E. 2; BGer 4A_643/2017 vom 15.3.2018, E. 4.2; BGer 5A_736/2016 vom 30.3.2017, E. 4.2; OGer ZH PF240023 vom 6.6.2024, E. 4.3; BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5 sowie Art. 144 ZPO N. 1; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 2 f.; Tanner, Art. 142 ZPO N. 2 und Art. 144 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 2; Spühler, Art. 144 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 31 f. und 317; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 4 mit einer Relativierung, wonach gesetzliche Fristen bloss in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen stillstehen, abgekürzt oder erstreckt werden können.

938. Siehe auch OK-Novina, Art. 142 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 4; Tanner, Art. 144 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4.

939. Vgl. BGE 137 III 617, E. 6.4; vgl. BGE 131 II 449, E. 1.3; vgl. BGer 5A_665/2023 vom 17.1.2024, E. 4.1.2; vgl. BGer 5A_736/2016 vom 30.3.2017, E. 4.3; vgl. OGer AG ZVE.2024.10 vom 18.6.2025, E. 1.2.3; vgl. OGer ZH PQ180082 vom 6.12.2018, E. 2.3; vgl. KGer SZ BEK 2023 57 vom 17.5.2023, E. 2a; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 3 f., wonach Gleiches sinngemäss auch für Art. 101 Abs. 3 ZPO und Art. 223 Abs. 1 ZPO gilt; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 2; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 2; Spühler, Art. 144 ZPO N. 1; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 4; Abbet, Art. 144 ZPO N. 4, wonach Gleiches auch für Art. 56 ZPO gilt; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 6.

4 Unabhängig davon kann eine versäumte gesetzliche Frist nach den Bestimmungen von Art. 148 ZPO **wiederhergestellt** werden[941].

5 **Beispiele** gesetzlicher Fristen sind Rechtsmittelfristen (Art. 311 Abs. 1, Art. 314 Abs. 1, Art. 321 Abs. 1 und 2 und Art. 329 Abs. 1 ZPO), Fristen für die Rechtsmittelantwort (Art. 312 Abs. 2, Art. 314 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 2 ZPO), für ein Ausstandsgesuch (Art. 49 Abs. 1 ZPO), für ein Wiederherstellungsgesuch (Art. 148 Abs. 2 und 3 ZPO), für die Einreichung einer Klage bei Gericht nach Ausstellung der Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO), für die Ablehnung eines Urteilsvorschlags (Art. 211 Abs. 1 ZPO) sowie für ein Gesuch um schriftliche Begründung des Entscheids (Art. 239 Abs. 2 ZPO)[942].

6 Art. 144 Abs. 1 ZPO ist grundsätzlich nur auf Fristen, die in der ZPO geregelt sind, anwendbar[943]. Die Erstreckbarkeit **gesetzlicher Fristen des materiellen Rechts** (bspw. Art. 439 Abs. 2, Art. 450b, Art. 521, Art. 533 und Art. 600 ZGB etc.) **und des Schuld- und Konkursbetreibungsrechts** (bspw. Art. 17 Abs. 2, Art. 18 Abs. 1, Art. 83 Abs. 2 und Art. 174 Abs. 1 SchKG etc.) ist nicht von Art. 144 Abs. 1 ZPO erfasst und richtet sich nach eigenen Bestimmungen (bspw. Art. 576 ZGB, Art. 33 Abs. 2 SchKG)[944]. Dabei ist zu beachten, dass die entsprechenden Bestimmungen auf Art. 144 Abs. 1 ZPO verweisen können[945].

---

940. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 1a; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 3; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 2; ablehnend ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4a, Tanner, Art. 144 ZPO N. 4 sowie Spühler, Art. 144 ZPO N. 1.
941. Vgl. OGer ZH RU240010 vom 8.3.2024, E. 3.3.1; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 4; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 3; Tanner, Art. 144 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 363.
942. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 1; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 5; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 2; Tanner, Art. 144 ZPO N. 3; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 3; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 101; Abbet, Art. 144 ZPO N. 5.
943. Siehe auch OK-Novina, Art. 142 ZPO N. 5 ff.
944. ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 3; Gasser/Rickli/Josi, Art. 144 ZPO N. 1; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 5; Abbet, Art. 144 ZPO N. 2; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 2 f.; vgl. Spühler, Art. 144 ZPO N. 1; vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 32.
945. Bspw. im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht: Soweit die Kantone diesbezüglich nichts regeln, ist die ZPO – mithin auch Art. 144 Abs. 1 ZPO – nach Art. 450f ZGB als ergänzendes (kantonales) Recht anwendbar; siehe hierzu auch BGer 5A_861/2024 vom 18.3.2025, E. 4.1 und OGer GE C/13658/2017 vom 2.10.2024, E. 2.

II. ERSTRECKUNG GERICHTLICHER FRISTEN (ART. 144 ABS. 2 ZPO)

A. Gerichtliche Fristen

Gerichtliche (oder richterliche) Fristen sind solche, deren Dauer im Einzelfall **vom Gericht** bzw. von der Verfahrensleitung festgesetzt werden[946]. Hierzu zählen sowohl Fristen für Eingaben als auch Zahlungsfristen[947]. Sodann erachtet ein Teil der Lehre eine Frist, deren Ansetzung die Zivilprozessordnung zwar ausdrücklich vorsieht, deren Dauer das Gesetz jedoch nicht (hinreichend) bestimmt und deshalb vom Gericht festzusetzen ist, ebenfalls als gerichtliche Frist[948]. 7

Die Bemessung einer gerichtlichen Frist liegt im pflichtgemässen **Ermessen** des Gerichts. Zu berücksichtigen sind dabei bspw. der geschätzte Zeitbedarf für die Prozesshandlung, die Dringlichkeit der Streitsache, vorhersehbare Schwierigkeiten bei der Instruktion und Beschaffung von Beweismaterial sowie die siebentägige Abholfrist für eingeschriebene Postsendungen bei auf einen bestimmten Kalendertag fixierten Fristen[949]. 8

Beispiele für erstreckbare gerichtliche Fristen sind die Frist zur Beauftragung einer Vertreterin oder eines Vertreters bei fehlender Prozessführungsfähigkeit (Art. 69 Abs. 1 ZPO), die (Nach-)Frist zur Leistung des Kostenvorschusses (Art. 101 Abs. 1 und 3 ZPO), die Nachfrist bei ungenügender Anzahl Eingaben (Art. 131 ZPO), die Nachfrist bei formell mangelhafter Eingabe (Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO), die Frist zur Erstattung eines Gutachtens (Art. 185 Abs. 3 ZPO), die Frist zur Klage- bzw. Widerklageantwort (Art. 222 Abs. 1 bzw. 224 Abs. 3 ZPO), die Nachfrist bei versäumter Klageantwort (Art. 223 Abs. 1 ZPO), die Fristen im 9

946. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; Tanner, Art. 142 ZPO N. 2 und Art. 144 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 7; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 31.

947. OGer ZH RU240049 vom 22.1.2025 E. 3.4.1; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 5; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 8; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; Abbet, Art. 144 ZPO N. 6; vgl. ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5a, wonach ein Gesuch um Ratenzahlung eine «gestaffelte» Fristerstreckung darstellt.

948. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 7.

949. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 4; Tanner, Art. 144 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 31.

zweiten Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO), die Klagefrist bei vorsorglichen Massnahmen vor Rechtshängigkeit (Art. 263 ZPO) oder für eine Schadenersatzklage (Art. 374 Abs. 5 ZPO)[950]. Seit dem 1. Januar 2025 gehört hierzu auch die Frist zur Wahrnehmung des Replikrechts, das aus Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK hergeleitet wird (Art. 53 Abs. 3 ZPO)[951].

10 Auch für Art. 144 Abs. 2 ZPO gilt, dass sich die Berechnung einer Frist – und damit auch die Möglichkeit ihrer Erstreckung – grundsätzlich **nach dem Recht** richtet, **welches die Frist setzt**[952]. Die Erstreckbarkeit materiellrechtlicher Fristen richtet sich somit ebenfalls nach den eigenen Bestimmungen im ZGB oder OR. Gleiches gilt auch für das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht[953]. Vorbehalten ist die Erstreckbarkeit der gerichtlichen Frist für die Erhebung einer Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 961 Abs. 3 ZGB, die zwar materiellrechtlicher Natur ist, aber dennoch nach Art. 144 Abs. 2 ZPO erstreckt werden kann[954].

B. Erstreckung aus zureichenden Gründen

11 Gerichtliche Fristen können aus **zureichenden** Gründen erstreckt werden[955]. Ein Grund wird als «zureichend» erachtet, wenn er nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet ist, die rechtzeitige Vornahme der Prozesshandlung zu verhindern oder zumindest zu erschweren[956]. Das Gericht bzw. die Verfahrensleitung entscheidet nach pflichtgemässem Ermessen, wobei die konkreten Umstände des Einzelfalls (Wichtigkeit des angeführten Grunds, Interesse am ordnungsgemässen Verfahrensgang, Dringlichkeit der Streitsache

950. Tanner, Art. 144 ZPO N. 5 und 7; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 101; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 4.
951. BSK-Benn, Art. 142 ZPO N. 5d.
952. BGE 143 III 554, E. 2.5.2; siehe auch OK-Novina, Art. 142 ZPO N. 14.
953. Siehe vorne N. 6.
954. BGE 143 III 554, E. 2.5.2; vgl. HGer ZH HE250004 vom 13.3.2025, E. 5.2; HGer ZH HE240182 vom 28.1.2025, E. 4.2; Tanner, Art. 142 ZPO N. 11 und Art. 144 ZPO N. 5; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 15; Abbet, Art. 144 ZPO N. 2.
955. Art. 144 Abs. 2 erster Teilsatz ZPO.
956. BGer 5A_545/2017 vom 13.4.2018, E. 5.2; OGer GE C/6960/2022 vom 23.8.2024, E. 3.1; OGer ZH PC230017 vom 19.6.2023, E. 3.3; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 8; Tanner, Art. 144 ZPO N. 17; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 9; Abbet, Art. 144 ZPO N. 7.

usw.) bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind[957]. Art. 144 Abs. 2 ZPO ist demnach als «Kann»-Vorschrift ausgestaltet. Allerdings muss eine Fristerstreckung bei Vorliegen zureichender Gründe bewilligt werden; eine Ablehnung stellt eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar[958].

Die bundesgerichtliche Praxis ist grundsätzlich **grosszügig** bei der Bejahung der zureichenden Gründe, wenn das Verfahren keine besondere Dringlichkeit aufweist und der Fristerstreckung keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen[959]. Gemäss einem Teil der Lehre sollte mit zumindest einer Fristerstreckung gerechnet werden können, wenn «einigermassen plausible Gründe» dafür bestehen, weshalb eine Frist nicht eingehalten werden kann[960]. Zurückhaltender sind Fristerstreckungen jedenfalls im vereinfachten und summarischen Verfahren zu gewähren[961]. 12

Beispiele für zureichende Gründe: Krankheit, Ferien, Spitalaufenthalt, Todesfall naher Angehöriger, Militär- oder Zivildienst, Zivilschutz, Inhaftierung, Abwesenheit, Arbeitsüberlastung bzw. Belastung mit anderen 13

957. KGer VS C1 23 52, C1 23 53 vom 27.5.2025, E. 2.2.3; OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2; vgl. OGer ZH PC230017 vom 19.6.2023, E. 3.3; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 8 und 12; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 8; Tanner, Art. 144 ZPO N. 16 f.; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 7; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 1; Spühler, Art. 144 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 305; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 11; Abbet, Art. 144 ZPO N. 8.

958. BGer 5A_545/2017 vom 13.4.2018, E. 5.2, wonach das Gericht nicht grundlos wesentliche Entscheidkriterien übergehen oder umgekehrt auf bedeutungslose Gesichtspunkte abstellen darf, da es damit den Gehörsanspruch des Gesuchstellers verletzen würde; ZR 2020 Nr. 31, E. 4.13; vgl. KGer VS C1 23 52, C1 23 53 vom 27.5.2025, E. 2.2.3; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 8 und 17; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 5; Tanner, Art. 144 ZPO N. 16; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 8 f.; vgl. ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5, wonach ein rechtlicher Anspruch auf eine Fristerstreckung bei Vorliegen zureichender Gründe nur dann besteht, wenn die Verweigerung einer Fristerstreckung einen definitiven Rechtsverlust zur Folge hat.

959. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 8; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 9; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 8; Tanner, Art. 144 ZPO N. 22 bei erstmaligen Fristerstreckungsgesuchen; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 8; vgl. ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; vgl. CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 10; vgl. Abbet, Art. 144 ZPO N. 9.

960. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 8; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 8; a.M. eher BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 14, wonach Fristerstreckungen im Grundsatz nur zurückhaltend und nur im Falle sachlicher Rechtfertigung gewährt werden sollen.

961. Vgl. BPatGer S2023_004 vom 5.7.2023, E. 12; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 10; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 4; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; vgl. ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5.

fristgebundenen Arbeiten, Kündigung von wichtigen Angestellten, Umstrukturierung der Kanzlei, kurzfristige Beauftragung eines Anwalts, fehlende Unterlagen, Notwendigkeit der Übersetzung umfangreicher Beweismittel, technische Schwierigkeiten, kurzfristige fehlende Geldmittel, Distanz, Büroabwesenheit, Auslandaufenthalt, Weitläufigkeit oder Komplexität der Sache oder prozessökonomische Gründe wie das Bevorstehen von Vergleichsverhandlungen oder eine kurz bevorstehende Einigung der Parteien[962]. Die genannten Hinderungsgründe können sowohl die Partei selbst als auch ihren Prozessbevollmächtigten oder Rechtsvertreter betreffen[963].

14 Das **Einverständnis** der Gegenseite zur Fristerstreckung vermag – vor allem in Verfahren unter Geltung der Dispositionsmaxime – als zureichender Grund zu dienen, allerdings obliegt die Prozessleitung nach wie vor dem Gericht. Dieses bzw. die Verfahrensleitung ist nicht gehalten, (mehrere) Erstreckungsgesuche basierend auf einer Parteiübereinkunft unbesehen zu bewilligen, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen[964]. Die Widerrufsfrist in Vergleichen ist eine privatrechtliche und keine gerichtliche Frist. Sie kann deshalb nur von der Gegenpartei erstreckt werden, nicht vom Gericht[965].

15 Grundsätzlich sind auch **mehrmalige** Fristerstreckungen möglich, wobei mit jedem weiteren Erstreckungsgesuch von tendenziell steigenden

962. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 8 und 10, wobei die selbstverschuldete zeitliche Bedrängnis oder zeitliche Engpässe von Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertretern keinen zureichenden Grund darstellen; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 9, wobei ein zeitlicher Engpass allein keinen zureichenden Grund darstellt; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 9; Tanner, Art. 144 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 10; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 1; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; Gasser/Rickli/Josi, Art. 144 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 305; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 8.

963. Tanner, Art. 144 ZPO N. 8; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 8; Abbet, Art. 144 ZPO N. 7.

964. Vgl. BGer 4A_127/2021 vom 19.5.2021, E. 3.4.2; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 10; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 9, wonach die Zustimmung der Gegenseite nicht erforderlich ist, unter Umständen aber hilfreich sein kann; Tanner, Art. 144 ZPO N. 17; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5, wonach die Zustimmung der Gegenpartei für die Fristerstreckung nicht erforderlich, aber im Hinblick auf die Interessenabwägung zweckdienlich ist; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 9; Abbet, Art. 144 ZPO N. 8, wonach ein Fristerstreckungsgesuch bei Zustimmung der Gegenpartei normalerweise bewilligt werden muss, ausser bei dringenden Massnahmen; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 5 und 9; vgl. CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 10.

Anforderungen an die zureichenden Gründe auszugehen ist[966]. Nur in äussersten Ausnahmefällen sind als «unerstreckbar» bezeichnete Fristen erstreckbar oder erscheint die Bewilligung einer weiteren Erstreckung auf eine bereits «einmalig», «letztmalig» oder «nicht mehr erstreckbar» bezeichnete Fristerstreckung als sachgerecht[967]. Gleiches gilt auch für (kurze) Nachfristen[968]. Wo die Voraussetzungen einer Fristwiederherstellung (Art. 148 ZPO) erfüllt sind, ist eine Fristerstreckung in jedem Fall zu gewähren, um Leerläufe zu vermeiden[969].

---

965. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 10; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 9; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Vorb. zu Art. 142–149 ZPO N. 3; Tanner, Art. 142 ZPO N. 7 und Art. 144 ZPO N. 7.

966. BGer 5A_350/2019 vom 26.10.2020, E. 3.4.2; BGer 5A_545/2017 vom 13.4.2018, E. 5.2; OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 12; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 18 f.; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 10; Tanner, Art. 144 ZPO N. 9 und 22; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5 und 6b; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 11; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 4; Spühler, Art. 144 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 312; Abbet, Art. 144 ZPO N. 9; vgl. CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 6 und 10, wonach gesetzlich keine erhöhten Anforderungen vorgesehen sind, die mehrmalige Erstreckung jedoch ermessensweise beim Entscheid berücksichtigt werden kann.

967. BGer 5A_280/2018 vom 21.9.2018, E. 4.1 und 4.2; OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2; AppGer BS ZB.2016.18 vom 23.12.2016; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 14, wonach letztmalige Fristerstreckungen nur insoweit noch einmal erstreckt werden können, als dies durch schwerwiegende Gründe geboten erscheint oder die Zustimmung der Gegenpartei vorliegt; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 14 und 19, wonach eine weitere Fristerstreckung bei «letztmals», «einmalig» oder «nicht (mehr) erstreckbar» bezeichneter Fristerstreckung nur noch in eigentlichen Notfällen in Betracht kommt oder wenn neue Verhältnisse eingetreten sind, auch wenn die Gegenpartei einer Verlängerung zustimmen würde; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 10, wonach selbstverschuldete Zeitnot jedenfalls nicht genügt; Tanner, Art. 144 ZPO N. 7 und 23, wonach für die Erstreckung von als unerstreckbar bezeichneten Fristen besonders triftige Gründe vorausgesetzt sind und «letztmalig» erstreckte Fristen nur bei veränderten Verhältnissen oder einer nicht vorhersehbaren Notsituation zu erstrecken sind; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6b, wonach eine weitere Fristverlängerung nur in Notfällen und kumulativ oder alternativ mit Zustimmung der Gegenpartei infrage kommt oder bei veränderten Verhältnissen; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 12; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 5; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 313, die ausserordentliche Umstände oder die Zustimmung der Gegenpartei verlangen; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 11, wonach wichtige Gründe vorausgesetzt sind; Abbet, Art. 144 ZPO N. 10.

968. BGer 5A_654/2015 vom 22.12.2015, E. 5.1 f.; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 10; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 10; Tanner, Art. 144 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 7, wobei im Falle der Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs zur Bezahlung eines Kostenvorschusses die kurze Nachfrist (siehe hinten N. 24) direkt mit der Nachfrist von Art. 101 Abs. 3 ZPO kombiniert werden kann (hierzu a.M. wohl OGer ZH RU240049 vom 22.1.2025 E. 3.4.1); CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 16; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 2; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 6 und 10; Abbet, Art. 144 ZPO N. 6.

C. Fristerstreckungsgesuch

16 Obwohl sich die Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich zur Form äussert, ist das Fristerstreckungsgesuch grundsätzlich **schriftlich oder elektronisch** – unter Einhaltung der allgemeinen Formerfordernisse nach Art. 130 ZPO – beim zuständigen Gericht einzureichen[970]. Zuständig ist grundsätzlich dasjenige Gericht oder diejenige Behörde, welche die zu erstreckende Frist ursprünglich ansetzte[971].

17 Das Fristerstreckungsgesuch ist **vor Ablauf der Frist**, spätestens am letzten Tag um 24.00 Uhr, einzureichen. Für die Fristwahrung gilt die allgemeine Regel von Art. 143 ZPO; das Gesuch muss nicht während laufender Frist bei Gericht eintreffen oder durch dieses sogar beurteilt werden[972]. Ein verspätet eingereichtes Fristerstreckungsgesuch ist als Wiederherstellungsgesuch entgegenzunehmen[973]. Eine Erstreckung von Amtes wegen – vorbehalten der Fälle der Nachfristansetzung nach Art. 101 Abs. 3 und Art. 223 Abs. 1 ZPO – ist grundsätzlich ausgeschlossen[974].

---

969. OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 10; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6b; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 12; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 23.
970. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 6, wobei bei eigentlichen Notfällen vom Erfordernis der Schriftlichkeit abzusehen ist; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 12, wonach eine Lockerung aus praktischen Gründen bei ausgeräumten Identifikationszweifeln wünschbar wäre; Tanner, Art. 144 ZPO N. 8, der in Notsituationen mündlich oder per E-Mail gestellte Gesuche als zulässig erachtet; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 15; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 3a; Spühler, Art. 144 ZPO N. 3; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 16; a.M. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 13, wonach Fristerstreckungsgesuche grundsätzlich auch formlos gestellt werden können.
971. KGer GR ZK2 2020 7 vom 19.2.2020, E. 1.1; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 14; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 17; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 7 und 17; siehe hingegen Tanner, Art. 144 ZPO N. 12, wonach bei gerichtlichen Klagefristen wie bspw. Art. 263 ZPO (vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit) das die Prosequierungsklage zu beurteilende Gericht zuständig sein soll.
972. BGer 4A_202/2022 vom 7.7.2022, E. 4.1; BGer 5A_545/2017 vom 13.4.2018, E. 5.2; OGer ZH RU240049 vom 22.1.2025, E. 3.4.1; vgl. OGer AG ZSU.2023.189 vom 24.10.2023, E. 3.1; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 6; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 12; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 11; Tanner, Art. 144 ZPO N. 6 und 13; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 6 und 15; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 3; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; Gasser/Rickli/Josi, Art. 144 ZPO N. 3; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 304 und 306; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 12; Abbet, Art. 144 ZPO N. 11.
973. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 11; Tanner, Art. 144 ZPO N. 13; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6; vgl. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 12; vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 307.

Eine **Begründung** des Fristerstreckungsgesuchs ist zwingend notwendig. Die zureichenden Gründe sind in gedrängter Form anzugeben und grundsätzlich glaubhaft zu machen. Dabei kann es auch erforderlich sein, entsprechende Beweismittel wie bspw. ein Arztzeugnis, einen Marschbefehl, eine Buchungsbestätigung o.Ä. einzureichen[975]. Anzugeben ist auch die gewünschte Dauer der Fristerstreckung, die sich danach bestimmt, bis zu welchem Zeitpunkt die Partei unter den bekannten Umständen in der Lage sein wird, die geforderte Prozesshandlung vorzunehmen[976]. 18

Dem Fristerstreckungsgesuch kommt insofern **aufschiebende Wirkung** zu, als dass die ursprüngliche Frist nicht ablaufen kann, bevor das Gericht bzw. die Verfahrensleitung über die Fristerstreckung entscheidet. Vorbehalten sind trölerische und rechtsmissbräuchliche Gesuche ohne ernsthaft in Betracht fallenden Grund[977]. Vorsichtshalber sollten Fristerstreckungsgesuche dennoch so früh wie möglich, d.h. sobald ein zureichender Grund bekannt ist, gestellt werden[978]. 19

974. Tanner, Art. 144 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 6; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 15.

975. BGer 4A_202/2022 vom 7.7.2022, E. 4.1; OGer ZH RB230021 vom 5.9.2023, E. 3.1; OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 8 f.; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 11; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 13; Tanner, Art. 144 ZPO N. 8 f.; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 9; Spühler, Art. 144 ZPO N. 5; Abbet, Art. 144 ZPO N. 9.

976. Tanner, Art. 144 ZPO N. 8; vgl. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 11; vgl. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 18, wonach es Sinn macht, wenn die Prozessparteien lediglich eine, dafür aber eine von Anfang an genügend lange Fristerstreckung verlangen.

977. OGer ZH RU240049 vom 22.1.2025 E. 3.4.1; KGer GR ZK2 2020 7 vom 19.2.2020, E. 4; vgl. ZR 2020 Nr. 19; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 7; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 14; Tanner, Art. 144 ZPO N. 21, wonach abgelehnte Erstreckungsgesuche mit Hinweis auf ZR 2020 Nr. 19 bloss in einem Teil der Fälle (wenn rechtzeitig, erstmals und in guten Treuen gestellt) aufschiebende Wirkung entfalten; Spühler, Art. 144 ZPO N. 4; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 7; vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 310; vgl. Abbet, Art. 144 ZPO N. 10.

978. Vgl. hinten N. 24; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 14; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 7; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 13; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 3; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 10, wonach die Partei, welche am letzten Tag der Frist ein Erstreckungsgesuch stellt, das latente Risiko der Säumnis trägt.

D. Entscheid über die Fristerstreckung

1. Prozessleitende Verfügung

20 Das Gericht bzw. die Verfahrensleitung **entscheidet** mittels prozessleitender Verfügung über die Fristerstreckung[979]. Eine Begründung ist nur bei unüblich kurzer oder langer Fristerstreckung sowie bei Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs erforderlich; in allen anderen Fällen kann das Gesuch auch unbegründet mittels Stempel unter Angabe der konkreten Erstreckungsdauer bewilligt werden[980].

21 Auf eine **vorgängige Stellungnahme** der Gegenpartei zum Fristerstreckungsgesuch ist aus Praktikabilitätsgründen – zumindest bei erstmaligen Gesuchen – in der Regel zu verzichten[981]. Der Entscheid über die Fristerstreckung ist den Parteien allerdings mitzuteilen[982]. Aus einer unterlassenen Antwort des Gerichts bzw. der Verfahrensleitung auf ein Fristerstreckungsgesuch darf nicht ohne Weiteres auf dessen Gutheissung geschlossen werden. Die gesuchstellende Partei ist gehalten, sich beim Gericht bzw. bei der Verfahrensleitung danach zu erkundigen[983].

22 Eine prozessleitende Verfügung betreffend Fristerstreckung kann nur mit Beschwerde **angefochten** werden, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht[984]. Gemäss einem Teil der Lehre

979. BGer 5D_119/2018 vom 30.10.2018, E. 1.1; BGer 5A_783/2014 vom 4.11.2014, E. 1; OGer AG ZSU.2023.189 vom 24.10.2023, E. 1.1; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 12; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 15; Tanner, Art. 144 ZPO N. 25; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6c; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 18; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 6; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 18.

980. Tanner, Art. 144 ZPO N. 18, 21 und 31; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 18.

981. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 12; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 17, wonach sich eine Anhörung aufdrängt, wenn eine Partei mehrmals ein Fristerstreckungsgesuch stellt, sofern das Gericht überhaupt in Erwägung zieht, dem Begehren stattzugeben; Tanner, Art. 144 ZPO N. 15; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6a, wonach die Gegenpartei ausnahmsweise anzuhören ist, wenn die infrage stehende Frist zu einem definitiven Rechtsverlust führt; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 17, wonach die Anhörung der Gegenpartei bei einer ungewöhnlichen Fristerstreckung (hinsichtlich Dauer oder Häufigkeit) geboten sein kann; Abbet, Art. 144 ZPO N. 9.

982. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 5; Tanner, Art. 144 ZPO N. 21, wonach ein abweisender Entscheid jedoch nicht der Gegenseite eröffnet werden muss.

983. ZR 2020 Nr. 19; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 7; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 5; Tanner, Art. 144 ZPO N. 19; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6c.

liegen bei Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs jedoch regelmässig keine Gründe vor, welche einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil begründen[985]. Bei Bewilligung der Fristerstreckung ist sodann auch die Gegenpartei mangels nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils grundsätzlich nicht beschwert; sie vermag deshalb nur in sehr seltenen Fällen – wenn überhaupt[986] – erfolgreich ein Rechtsmittel zu ergreifen[987].

2. Entscheidfolgen

Bewilligt das Gericht bzw. die Verfahrensleitung das Fristerstreckungsgesuch, schliesst die Fristverlängerung ohne Unterbruch an die ursprüngliche Frist an[988]. Beispiele: Endet die Frist am Dienstag, 6. September, fällt der Beginn der Fristverlängerung bei bewilligter Erstreckung auf den Mittwoch, 7. September. Fällt das Ende der ursprünglichen Frist auf den Samstag, 10. September, endet die Frist am folgenden Werktag (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Die laufende Frist verlängert sich am Dienstag, 13. September. Die Bewilligung einer Fristerstreckung lässt den gesetzlichen Anspruch der Partei auf die Ansetzung einer Nachfrist – bspw. für die Leistung des Kostenvorschusses nach Art. 101 Abs. 3 ZPO – nicht untergehen[989]. 23

984. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 15; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 21; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 15; Tanner, Art. 144 ZPO N. 26; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 8; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 18; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 6; Spühler, Art. 144 ZPO N. 6; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 18.

985. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 15; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 21; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 8 f.; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 27–29; vgl. auch BGer 5A_783/2014 vom 4.11.2014, E. 1; vgl. OGer SH 40/2025/20 vom 23.5.2025, E. 2.2, wonach die Verweigerung einer Fristerstreckung für die Replik keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil begründet; BGer 5A_194/2013 vom 21.6.2013, E. 1.3 bejahte allerdings einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil beim Entscheid über die Erstreckung einer Prosequierungsfrist zur Geltendmachung vorsorglich gesicherter Ansprüche auf Eigentumsübertragung (Dahinfallen der Sicherungsmassnahme und entsprechender Verfügungsbeschränkungen).

986. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 15; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 18.

987. Tanner, Art. 144 ZPO N. 30; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6a und 8; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 18; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 6; Spühler, Art. 144 ZPO N. 6; siehe jedoch BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 21 und Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 15, wonach eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung nach Art. 319 lit. c ZPO in Ausnahmefällen vorbehalten bleibt, z.B. bei unbefristeten Fristerstreckungen.

988. KGer GR ZK2 2020 7 vom 19.2.2020, E. 4; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 7; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 15; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 1; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20 und Art. 144 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6b und 6c; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 308.

989. CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 10; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 27.

24 Bei **Abweisung** des Fristerstreckungsgesuchs wird in der Praxis eine kurze Nachfrist (sog. «Notfrist») gewährt, sofern das Gesuch nicht von vornherein aussichtslos war[990]. In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht fest, dass der gesuchstellenden Partei gleichwohl eine Nachfrist zur Vornahme der fristgebundenen Handlung anzusetzen ist, es sei denn, das Gesuch müsse als trölerisch angesehen werden oder die gesuchstellende Partei habe nach Treu und Glauben von Beginn an annehmen müssen, es werde keine Fristerstreckung gewährt, weil z.B. die Fristansetzung mit dem Vermerk «nicht erstreckbar» oder «letztmalig» versehen war[991]. Bei «einmaligen», «unerstreckbaren» oder «letztmals erstreckten» Fristen ist eine Erstreckung dennoch nicht vollends ausgeschlossen; die gesuchstellende Partei darf nur nicht auf die Ansetzung einer Notfrist bei Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs vertrauen[992]. Bei Ansetzung der Notfrist auf einen bestimmten Kalendertag ist die siebentägige Abholfrist für eingeschriebene Sendungen nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zu beachten[993].

3. Dauer und Anzahl der Fristerstreckung

25 Dem Gericht bzw. der Verfahrensleitung kommt beim Entscheid darüber, wie lange oder wie oft eine Frist erstreckt werden kann, ein **weiter Ermessensspielraum** zu[994]. Die Dauer der gewährten Fristerstreckung sowie die Anzahl möglicher Fristerstreckungen muss dem Einzelfall angepasst

990. BGer 5A_280/2018 vom 21.9.2018, E. 4.1; vgl. BGer 4A_202/2022 vom 7.7.2022, E. 4; ZR 2020 Nr. 19 sowie Nr. 31, E. 4.13; OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2; OGer ZH LF230061 vom 12.9.2023, E. 3.5; KGer GR ZK2 2020 7 vom 19.2.2020, E. 4; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 7; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 14; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 310; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 3; Spühler, Art. 144 ZPO N. 4; CR-Tappy, Art. 144 ZPO N. 14; Abbet, Art. 144 ZPO N. 10; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 21, wonach dies nur sachgerecht erscheine bei einem rechtzeitig, erstmals und in guten Treuen gestellten Erstreckungsgesuch; vgl. ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6b, wonach sich grundsätzlich ein Anspruch auf eine kurze Nachfrist aus der Garantie des rechtlichen Gehörs ergibt, solange eine Frist nicht als unerstreckbar bezeichnet wird; a.M. CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 144 ZPO N. 13.

991. BGer 4A_202/2022 vom 7.7.2022, E. 4.2; BGer 5A_280/2018 vom 21.9.2018, E. 4.1; vgl. OGer AG ZOR.2024.4 vom 9.4.2024, E. 2.3.2 f.; BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6b, vorbehältlich des Vorliegens veränderter Verhältnisse.

992. Siehe vorne N. 15; vgl. allerdings BGer 4A_202/2022 vom 7.7.2022, E. 4.2, wo eine Fristerstreckung als «einmalig», aber nicht als «nicht erstreckbar» bezeichnet wurde und deshalb die Ansetzung einer Notfrist sachgerecht war.

993. BGer 5A_280/2018 vom 21.9.2018, E. 5.2 f.; Abbet, Art. 144 ZPO N. 10.

994. ZR 2020 Nr. 31, E. 4.13; Tanner, Art. 144 ZPO N. 16; vgl. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 12.

sein[995]. Abzuwägen sind die geltend gemachten Erstreckungsgründe gegen das Interesse an einer raschen Prozesserledigung[996].

Im **summarischen und im vereinfachten Verfahren** sind kürzere Fristerstreckungen als im ordentlichen Verfahren zu gewähren, wobei auch die Anzahl gewährter Erstreckungen eher geringer zu halten ist. Noch mehr Zurückhaltung ist im superprovisorischen Massnahmeverfahren geboten[997]. 26

Nicht statthaft sind Fristerstreckungen auf eine unbestimmte Zeit oder ein unbestimmtes Datum sowie zu kurz bemessene Fristerstreckungen. Dies ist der Fall, wenn die erstreckte Frist bereits bei Erhalt der Erstreckungsbewilligung beinahe schon abläuft[998]. 27

Die **Dauer** der Fristerstreckung ist in Anzahl Tagen, Wochen oder Monaten anzugeben oder die verlängerte Frist ist bis zu einem bestimmten Kalendertag festzusetzen. Bei Letzterem ist die siebentägige Abholfrist für eingeschriebene Sendungen zu beachten[999]. Ebenfalls bei der Berechnung zu berücksichtigen ist ein allfälliger Fristenstillstand (Art. 145 ZPO)[1000]. 28

In der prozessleitenden Verfügung zur Bewilligung der Fristerstreckung hat das Gericht bzw. die Verfahrensleitung ausserdem **klar kennzuzeichnen**, wenn er oder sie keine weiteren Erstreckungsgesuche (mehr) gutheissen will. Hierfür dient der Hinweis der bewilligten Fristerstreckung als «letztmalig», «einmalig» oder «nicht (mehr) erstreckbar»[1001]. Andernfalls dürfen die Parteien 29

995. BSK-Benn, Art. 144 ZPO N. 13; Tanner, Art. 144 ZPO N. 16 und 18, wonach Gerichte in der Praxis gewisse Pauschalisierungen vornehmen; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6c; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 4; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 311; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 5, wonach die Bemessung der Verlängerung dem Hinderungsgrund angemessen Rechnung zu tragen hat.

996. BGer 5A_545/2017 vom 13.4.2018, E. 5.2; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 6; Tanner, Art. 144 ZPO N. 17; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 5.

997. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 20; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 6; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 4; Spühler, Art. 144 ZPO N. 2; vgl. Tanner, Art. 144 ZPO N. 18.

998. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 15; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 5; Tanner, Art. 144 ZPO N. 18; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6c.

999. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Tanner, Art. 144 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 144 ZPO N. 6c; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 308; vgl. BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 15.

1000 Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 309.

1001 BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 18; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 144 ZPO N. 6; Tanner, Art. 144 ZPO N. 22; OFK-Jenny/Abegg, Art. 144 ZPO N. 5; vgl. Gasser/Rickli/Josi, Art. 144 ZPO N. 5, wonach die Ansetzung einer von vornherein nicht erstreckbar erklärten Frist keine gesetzliche Grundlage findet.

nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ein weiteres Fristerstreckungsgesuch behandelt und im Fall einer Abweisung zumindest eine kurze Nachfrist angesetzt wird, soweit das Gesuch nicht trölerisch ist[1002].

LITERATURVERZEICHNIS

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 142 und 144 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 144 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 142–149 ZPO und Art. 144 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur

1002 Siehe vorne N. 24; BGer 5A_280/2018 vom 21.9.2018, E. 4.2; OGer ZH NG190005 vom 5.3.2019, E. 4.2 f.; BK-Frei, Art. 144 ZPO N. 18; Tanner, Art. 144 ZPO N. 22; Abbet, Art. 144 ZPO N. 10.

Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 144 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142 und 144 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 145 ZPO

Eine Kommentierung von Linda Novina

ZITIERVORSCHLAG

Linda Novina, Kommentierung zu Art. 145 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Novina, Art. 145 ZPO N. XXX.

Art. 145 Stillstand der Fristen

[1] Gesetzliche und gerichtliche Fristen stehen still:

a. vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern;

b. vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;

c. vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

[2] Dieser Fristenstillstand gilt nicht für:

a. das Schlichtungsverfahren;

b. das summarische Verfahren.

[3] Die Parteien sind auf die Ausnahmen nach Absatz 2 hinzuweisen.

[4] Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Stillstand der Fristen sind für alle Klagen nach dem SchKG, die vor einem Gericht einzureichen sind, anwendbar. Sie sind für die Beschwerde vor der Aufsichtsbehörde nicht anwendbar.

GLIEDERUNG

I. Fristenstillstand (Art. 145 Abs. 1 ZPO) 215
A. Gerichtsferien 215
B. Auswirkungen 216
1. Hemmung des Fristbeginns 216
2. Verlängerung bereits laufender Fristen 217
II. Ausnahmen (Art. 145 Abs. 2 ZPO) 219
A. Schlichtungsverfahren 220
B. Summarverfahren 220
III. Hinweispflicht (Art. 145 Abs. 3 ZPO) 223
IV. Fristenstillstand bei Klagen nach dem SchKG (Art. 145 Abs. 4 ZPO) 224
Literaturverzeichnis 226
Materialienverzeichnis 229

I. FRISTENSTILLSTAND (ART. 145 ABS. 1 ZPO)

A. Gerichtsferien

Grundsätzlich sind **bei sämtlichen zivilprozessualen Fristen** – sowohl gesetzlichen als auch gerichtlichen, nach Tagen, Wochen, Monaten oder anders berechneten, Nachfristen als auch erstreckten oder wiederhergestellten Fristen – die abschliessend in Art. 145 Abs. 1 ZPO aufgezählten Gerichtsferien zu beachten[1003]. Dies im Gegensatz zu Art. 46 Abs. 1 BGG, wonach die Gerichtsferien in Verfahren vor dem Bundesgericht nur bei nach Tagen bestimmten Fristen zu berücksichtigen sind[1004]. 1

Die Gerichtsferien dauern: 2

- Vom siebten Tag vor **Ostern** bis und mit dem siebten Tag nach Ostern[1005] (insgesamt 15 Tage), wobei der Ostersonntag massgebend ist und die Ferien somit am Sonntag vor Ostern (d.h. am Palmsonntag) beginnen und bis und mit Sonntag nach Ostern laufen[1006];
- Vom **15. Juli** bis und mit dem **15. August**[1007] (insgesamt 32 Tage);
- Vom **18. Dezember** bis und mit dem **2. Januar**[1008] (insgesamt 16 Tage).

Tappy ist der Ansicht, dass das Gericht bzw. die Verfahrensleitung bei der Ansetzung einer gerichtlichen Frist, insbesondere im Fall der Ansetzung einer kurzen Nachfrist nach Art. 101 Abs. 3 oder Art. 223 Abs. 1 ZPO oder der 3

1003 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 1, 3, 8 f. und 11; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 2 f.; Tanner, Art. 145 ZPO N. 3, 6 und 12 f. sowie Art. 146 ZPO N. 2 und 6; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3 und 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 1; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 1; Spühler, Art. 145 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 282 und 292; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 6 und 8 f.; Abbet, Art. 145 ZPO N. 1.

1004 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 2a; Tanner, Art. 146 ZPO N. 6; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 284; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 8; Abbet, Art. 145 ZPO N. 3.

1005 Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO.

1006 BGE 139 V 490, E. 2.2; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 3; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 3; Tanner, Art. 145 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 4; Spühler, Art. 145 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 292; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 11.

1007 Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO.

1008 Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO.

Ansetzung einer kurzen Notfrist bei Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs, ausdrücklich den **Ausschluss des Fristenstillstands** vorsehen kann. Gleiches müsse auch möglich sein mit Zustimmung der Parteien sowie stillschweigend bei der Ansetzung einer Stundenfrist[1009]. Diese Überlegungen werden angesichts des klaren Gesetzeswortlauts von Art. 145 Abs. 1 und 2 sowie Art. 146 Abs. 2 ZPO und aus Gründen der Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit der ZPO nicht geteilt.

B. Auswirkungen

4 Während der Gerichtsferien **stehen die Fristen still**, d.h. der Beginn einer Frist wird gehemmt und bereits laufende Fristen ruhen[1010].

1. Hemmung des Fristbeginns

5 Fristauslösende Sachverhalte können während der Gerichtsferien ungehemmt eintreten. Gerichtliche Zustellungen (von fristauslösenden Mitteilungen und Entscheiden) sind somit auch während der Gerichtsferien möglich[1011]. Eine Frist beginnt währenddessen einfach nicht zu laufen, obwohl sie bereits ausgelöst wurde. Der Fristenstillstand wirkt sich somit lediglich auf den **Lauf** einer konkreten Frist – und nicht auf deren Auslösung – aus[1012]. Der erste Tag einer an sich nach Art. 142 Abs. 1 ZPO während den Gerichtsferien beginnenden gesetzlichen oder gerichtlichen Frist fällt immer auf den ersten Tag nach Ende des Fristenstillstands bzw. der Ferien, unabhängig davon, ob es

---

1009 CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 6; vgl. Tanner, Art. 145 ZPO N. 11 und Art. 146 ZPO N. 23.

1010 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 6; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 6 und Art. 146 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 2; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 2; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 281; Abbet, Art. 145 ZPO N. 1.

1011 Vgl. BGE 138 III 610, E. 2.8; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 7; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20, Art. 145 ZPO N. 18 sowie Art. 146 ZPO N. 5 und 11; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4 und Art. 146 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 2; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1; Spühler, Art. 145 ZPO N. 5 und Art. 146 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 4; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 295; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 3; Abbet, Art. 146 ZPO N. 1.

1012 Tanner, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 2; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 4; vgl. BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a und Art. 146 ZPO N. 1; vgl. ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4 und Art. 146 ZPO N. 4; vgl. Spühler, Art. 145 ZPO N. 5; vgl. CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 3.

sich dabei um einen Samstag, Sonntag oder einen anerkannten Feiertag handelt[1013]. Gleich verhält es sich auch, wenn der fristauslösende Sachverhalt am letzten Tag vor den Gerichtsferien eintritt[1014]. Unerheblich ist, ob es sich um eine Tages-, Wochen-, Monats- oder Jahresfrist handelt[1015]. Den Parteien ist es grundsätzlich unbenommen, die geforderte Prozesshandlung schon vor Fristbeginn vorzunehmen[1016].

Beispiele: Eine fristauslösende Mitteilung wird der Partei am 14. Juli zugestellt. Aufgrund der Gerichtsferien vom 15. Juli bis 15. August und des damit verbundenen Fristenstillstands beginnt die Frist erst am 16. August zu laufen, wobei es sich dabei auch um einen Samstag, Sonntag oder einen anerkannten Feiertag handeln kann. Gleich verhielte es sich auch, wenn die fristauslösende Mitteilung den Parteien am 18. Juli zugestellt würde. 6

2. Verlängerung bereits laufender Fristen

Eine bereits vor den Gerichtsferien zu laufen begonnene Frist **ruht währenddessen** und wird um die Dauer des Fristenstillstands verlängert[1017]. 7

Für die Berechnung von **Tagesfristen** ist bis zum letzten Tag vor den Gerichtsferien bzw. dem Fristenstillstand zu zählen und ab dem ersten Tag danach um so viele Tage weiterzurechnen, wie vor Beginn des Fristenstillstands noch offen waren. Fällt das so berechnete Fristende auf einen Samstag, Sonntag oder anerkannten Feiertag, endet die Frist am 8

1013. Siehe auch Art. 146 Abs. 1 ZPO; OGer ZH RU170054 vom 29.1.2018, E. 3.3; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 6; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 4 f.; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20 sowie Art. 146 ZPO N. 5 und 11; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1; Spühler, Art. 146 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 295; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 12 und Art. 146 ZPO N. 3; Abbet, Art. 146 ZPO N. 1.

1014. Tanner, Art. 146 ZPO N. 4.

1015. Vgl. BGE 138 III 610, E. 2.8, wonach eine Monatsfrist an dem Tag endet, der dieselbe Zahl trägt wie der erste Tag nach dem Ende des Fristenstillstands; vgl. auch BGE 150 III 367, E. 5.4.3; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 297; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 21 f., Art. 145 ZPO N. 8 f. und Art. 146 ZPO N. 5.; vgl. BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 3a f.; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 4 und Art. 146 ZPO N. 2 f. mit der Minderheitsmeinung, wonach eine Monatsfrist an demjenigen Tag abläuft, der seiner Zahl nach dem letzten Tag des Fristenstillstands (d.h. Ostersonntag, 15.8. oder 2.1.) entspricht; vgl. Tanner, Art. 145 ZPO N. 6 sowie Art. 146 ZPO N. 6 und 11; vgl. ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 4.

1016. Tanner, Art. 142 ZPO N. 21; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 258.

1017. BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 6; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 4; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 6; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 298.

nachfolgenden Werktag (Art. 142 Abs. 3 ZPO)[1018]. Beispiel: Der Partei wird am 11. Juli (Freitag) eine fristauslösende Mitteilung zugestellt. Die Frist beträgt 10 Tage und beginnt am 12. Juli zu laufen. Bis zu den Gerichtsferien sind drei Tage (12.–14. Juli) verstrichen. Am 16. August wird der Fristenlauf fortgesetzt (Tag 4), wobei noch sieben Tage der Frist offen sind. Fristende ist der 22. August (Freitag). Fällt der letzte Tag der Frist auf den 17. Dezember (Sonntag), wird sie aufgrund von Art. 142 Abs. 3 ZPO bis zum nächsten Werktag (Montag, der 18. Dezember) erstreckt. Da dieser Tag in die Gerichtsferien fällt, endet die Frist am 3. Januar oder allenfalls am folgenden Werktag.

9 **Monatsfristen** werden in einem ersten Schritt gemäss Art. 142 Abs. 2 ZPO – vorerst ohne Berücksichtigung der Gerichtsferien – berechnet[1019]. Alsdann werden die Anzahl Tage der Gerichtsferien hinzugezählt, an welchen die Frist stillstand[1020]. Fällt der so berechnete letzte Tag auf einen Samstag, Sonntag oder anerkannten Feiertag, endet die Frist wiederum am darauffolgenden Werktag[1021]. Gleiches gilt analog auch für Wochenfristen[1022]. Beispiel: Eine fristauslösende Mitteilung wird der Partei am 13. Dezember (Freitag) zugestellt. Die Frist beträgt drei Monate und beginnt am 14. Dezember (Samstag) zu laufen. Ohne Berücksichtigung der Gerichtsferien vom 18. Dezember bis 2. Januar würde die Frist bis zum 13. März (Donnerstag) laufen. Unter Einrechnung der Gerichtsferien von insgesamt 16 Tagen (ab dem 14. März gerechnet) endet die Frist sodann erst am 29. März (Samstag) bzw. aufgrund von Art. 142 Abs. 3 ZPO am darauffolgenden Werktag (Montag, 31. März), sofern dieses Datum nicht in den Osterferien liegt.

10 Für die Berechnung von **Jahresfristen** erscheint es nicht sinnvoll, diese um die Dauer der Gerichtsferien – analog wie Monats- und Wochenfristen – zu

---

1018 BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 6; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 5 f.; Tanner, Art. 146 ZPO N. 3; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 299 f.; Abbet, Art. 145 ZPO N. 4 f.; vgl. BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a und 4; vgl. OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 3 und Art. 146 ZPO N. 1.

1019 Siehe OK-Novina, Art. 142 ZPO N. 27 ff.

1020 Vgl. BGer 4D_76/2024 vom 13.9.2024, E. 3.3; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 3a f.; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 9; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 2; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 298; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 21; Abbet, Art. 145 ZPO N. 4.

1021 Art. 142 Abs. 3 ZPO.

1022 Tanner, Art. 146 ZPO N. 8; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 298.

verlängern. Allerdings ist der damit verbundene Fristenstillstand bei Fristbeginn und -ablauf zu berücksichtigen[1023].

Fällt das **Fristende** – auch bei (bewusst oder versehentlich) auf einen bestimmten Kalendertag während des Fristenstillstands terminierten Fristen oder Jahresfristen – in die Gerichtsferien, so wird die Frist bis zum ersten Tag nach Ablauf des Fristenstillstands verlängert, allenfalls bis zum nachfolgenden Werktag (Art. 142 Abs. 3 ZPO)[1024]. Gleiches gilt auch, wenn die Frist an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag abläuft und der nachfolgende Werktag in die Gerichtsferien fällt[1025]. Terminiert das Gericht bzw. die Verfahrensleitung das Fristende auf einen bestimmten Kalendertag ausserhalb der Gerichtsferien (z.B. am 5. Januar), so sind die Gerichtsferien ohne Einfluss[1026]. 11

II. AUSNAHMEN (ART. 145 ABS. 2 ZPO)

Art. 145 Abs. 2 ZPO zählt **abschliessend** auf, in welchen Verfahren die Fristen während der Gerichtsferien nicht stillstehen[1027]. 12

1023 Siehe hingegen BGer 2C_412/2022 vom 7.12.2022, E. 4.1.2, wonach sich die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 123 Abs. 2 ZPO durch die Stillstandszeiten gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. a–c ZPO jährlich um 62 Tage (recte wohl 63 Tage) verlängerte; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 2; Tanner, Art. 145 ZPO N. 6 sowie Art. 146 ZPO N. 6 und 10, der den Fristenstillstand de lege ferenda auf Tagesfristen (analog Art. 46 Abs. 1 BGG) beschränken will; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3, der die Anwendung von Art. 145 ZPO auf Jahresfristen grundsätzlich bejaht; Abbet, Art. 145 ZPO N. 3; vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 298; vgl. CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 22 und Art. 145 ZPO N. 9.

1024 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a und 3a; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 6 und 8 f.; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 14; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 6 und Art. 146 ZPO N. 4; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 300 ff.; Abbet, Art. 145 ZPO N. 1 und 4; a.M. OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1, der bei Monatsfristen die bis dahin verstrichenen Ferientage nach Ablauf der Gerichtsferien hinzuzählt, siehe hierzu auch OGer ZH LA240025 vom 7.2.2025, E. 3.5.

1025 Vgl. KGer GR ZK1 19 141 vom 21.11.2019, E. II.1.2; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 3 und 4; Tanner, Art. 142 ZPO N. 32; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 300; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 12; Abbet, Art. 145 ZPO N. 5.

1026 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 2a; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 10; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 2; Tanner, Art. 146 ZPO N. 14; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3 und 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 302.

1027 BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 13; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 7a; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 8; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 5; Spühler, Art. 145 ZPO N. 4; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 13.

A. Schlichtungsverfahren

13 Während des Schlichtungsverfahrens nach Art. 202 ff. ZPO gelten keine Gerichtsferien[1028]. In BGE 138 III 615 hat sich das Bundesgericht zur Tragweite des Ausschlusses des Fristenstillstands für das Schlichtungsverfahren geäussert, und diese grundsätzlich auf die **Art. 202–207 ZPO** des 2. Kapitels beschränkt, das den Titel «Schlichtungsverfahren» trägt[1029].

14 Gestützt darauf gehört die **Frist zur Klageeinreichung** bei Gericht nach Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO nicht mehr zum Schlichtungsverfahren. Wird damit ein ordentliches (oder auch ein vereinfachtes) Verfahren vor Gericht eingeleitet, sind die Gerichtsferien zu berücksichtigen[1030].

15 Ebenfalls ist der Fristenstillstand während der Gerichtsferien nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Berechnung der **Frist zur Ablehnung des Urteilsvorschlags** der Schlichtungsbehörde nach Art. 211 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen[1031].

16 Auch das **Entscheidverfahren** vor der Schlichtungsbehörde auf Antrag der klagenden Partei nach Art. 212 ZPO gehört nicht mehr zum Schlichtungsverfahren. Sofern es sich dabei nicht um ein summarisches Verfahren handelt, sind die Gerichtsferien deshalb zu beachten[1032].

B. Summarverfahren

17 Auch im summarischen Verfahren nach **Art. 248 ff. ZPO** sind die Gerichtsferien ausgeschlossen[1033]. Das summarische Verfahren ist bspw.

1028 Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO.

1029 BGE 144 III 404, E. 4.1; BGE 138 III 615, E. 2.3.

1030 BGE 138 III 615, E. 2.3 f.; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 6; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 8; Tanner, Art. 145 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 5; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 5; Spühler, Art. 145 ZPO N. 3; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 288; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 14; Abbet, Art. 145 ZPO N. 6; a.M. BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 14.

1031 BGE 144 III 404, E. 4; BGer 4A_549/2018 vom 4.3.2019, E. 4.1; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 6; Tanner, Art. 145 ZPO N. 7; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 5; Spühler, Art. 145 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 288; Abbet, Art. 145 ZPO N. 6; a.M. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 8.

anwendbar für vorsorgliche Massnahmen (auch während des Scheidungsverfahrens)[1034], beim Ehe- und Partnerschaftsschutz[1035], bei der unentgeltlichen Rechtspflege[1036] (einschliesslich Nachzahlungsverfahren[1037]), für Ausstandsgesuche[1038], für den Rechtsschutz in klaren Fällen[1039], für gerichtliche Verbote[1040] und für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit[1041].

Für das Verfahren vor der **Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde** (und vor der Beschwerdeinstanz gegen deren Entscheide) können die Kantone das summarische Verfahren für anwendbar erklären oder den Fristenstillstand bzw. die Geltung der Gerichtsferien explizit ausschliessen[1042]. Beispielsweise hat der Kanton Thurgau sinngemäss die Bestimmungen der ZPO über das summarische Verfahren – soweit keine besonderen Bestimmungen bestehen – für anwendbar erklärt[1043]. Die ZPO kommt somit als subsidiäres kantonales Recht zur Anwendung und schliesst die Geltung der Gerichtsferien aus. Gewisse Kantone wie etwa Bern und Luzern erklären gestützt auf die in Art. 450f ZGB eingeräumte Gesetzgebungskompetenz die Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes für anwendbar, weshalb diese bzw. darin allfällig enthaltene Regelungen zum Fristenstillstand primär zu konsultieren sind[1044]. Den Fristenstillstand kantonalrechtlich ausdrücklich 18

1032 Tanner, Art. 145 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5 (a.M. hingegen bei Art. 145 ZPO N. 3a); Abbet, Art. 145 ZPO N. 6; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 7.

1034 Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 261 ff. ZPO.

1035 Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 271 ff. und 305 f. ZPO.

1036 Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 119 Abs. 3 ZPO.

1037 Art. 123 Abs. 1 ZPO; siehe OGer ZH WP220006 vom 17.5.2023, E. 2.

1038 Art. 47 ff. ZPO; siehe BGE 145 III 469 (Regeste); BGer 4A_573/2021 vom 17.5.2022, E. 4; OGer AG ZOR.2024.25 vom 22.8.2024, E. 1; OGer ZH RU230017 vom 27.7.2023, E. 3.1.

1039 Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO.

1040 Art. 248 lit. c i.V.m. Art. 258 ff. ZPO.

1041 Art. 248 lit. e ZPO.

1042 Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 443 ff. ZGB, insbesondere Art. 450f ZGB; BGer 5A_474/2021 vom 10.6.2021, E. 2 f.; BGer 5A_145/2019 vom 25.2.2019, E. 3 betreffend Ausschluss des Fristenstillstands durch das kantonale Recht; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 5 mit Verweis auf BSK-Reusser, Art. 450b ZGB N. 21; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 13; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 7b; Tanner, Art. 145 ZPO N. 13; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 4; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 282; a.M. BSK-Maranta, Art. 450f ZGB N. 10, wonach von Bundesrechts wegen keine Gerichtsferien bestehen und deshalb kein Raum für eine kantonale Regelung besteht.

1043 § 30 der Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung des Kantons Thurgau vom 22.10.2012 (KESV/TG; RB 211.24).

ausgeschlossen haben unter anderem die Kantone Aargau[1045], Appenzell Ausserrhoden[1046], Freiburg[1047], Schaffhausen[1048], St. Gallen[1049] und Zürich[1050]. Sehen die Kantone keine Regelung vor, sind insbesondere im Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wohl keine Gerichtsferien zu berücksichtigen[1051].

19 Wird im Anschluss an ein summarisches Verfahren eine **Frist für die Einleitung eines ordentlichen (oder vereinfachten) Verfahrens** ausgelöst oder angesetzt (sog. Prosequierungsfrist), so sind die Gerichtsferien beim Fristenlauf zu beachten[1052]. Die gerichtliche Klagefrist bei Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit gemäss Art. 263 ZPO steht somit während den Gerichtsferien still[1053]. Im Gegensatz dazu gehört die 30-tägige Einsprachefrist für die Nichtanerkennung eines gerichtlichen Verbots immer noch zum summarischen Verfahren, weshalb die Gerichtsferien nicht zu berücksichtigen sind[1054]. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen der ZPO – und damit auch Art. 145 ZPO – nicht auf materiellrechtliche Fristen des ZGB und des OR anwendbar sind, selbst wenn

1044 Siehe BGer 5A_748/2018 vom 18.9.2018, E. 3 bezüglich Kanton Luzern; BGer 5A_202/2016 vom 29.3.2016, E. 3.2 f. bezüglich Kanton Bern.

1045 § 25 Abs. 2 des Einführungsgesetzes des Kantons Aargau zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27.6.2017 (EG ZGB/AG; SAR 210.300).

1046 Art. 66 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Appenzell Ausserrhoden über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27.4.1969 (EG zum ZGB/AR; bGS 211.1).

1047 Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Freiburg über den Kindes- und Erwachsenenschutz vom 15.6.2012 (KESG/FR; SGF 212.5.1).

1048 Art. 47 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Schaffhausen über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27.6.1911 (EG ZGB/SH; SHR 210.100).

1049 Art. 14 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons St. Gallen zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 24.4.2012 (EG KESR/SG; sGS 912.5).

1050 § 43 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Zürich zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 25.6.2012 (EG KESR/ZH; LS 232.3).

1051 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 5; BSK-Reusser, Art. 450b ZGB N. 21; vgl. BSK-Maranta, Art. 450f ZGB N. 10.

1052 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 6; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 8; vgl. BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 14.

1053 Siehe hingegen BGer 4A_20/2024 vom 20.8.2024, E. 5, wobei das Bundesgericht davon ausging, der Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 1 ZPO gelte nicht bei Ansetzung einer Frist zur Anhebung der Klage in der Hauptsache (Prosekutionsklage); Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; Abbet, Art. 145 ZPO N. 7; a.M. CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 7.

1054 Art. 248 lit. c i.V.m. Art. 258 ff. ZPO; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 8; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; Abbet, Art. 145 ZPO N. 7.

sie gerichtliche Klagen betreffen[1055]. Entsprechend beanspruchen die Gerichtsferien in diesem Zusammenhang keine Geltung[1056].

Der Ausschluss des Fristenstillstands für das summarische Verfahren nach Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sodann auch im kantonalen **Rechtsmittelverfahren**[1057]. 20

III. HINWEISPFLICHT (ART. 145 ABS. 3 ZPO)

Das Gericht bzw. die Verfahrensleitung ist gemäss Art. 145 Abs. 3 ZPO – anders als im Anwendungsbereich des BGG[1058] – verpflichtet, die Parteien auf die Ausnahmen vom Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. a und b ZPO hinzuweisen. Diese gerichtliche Pflicht stellt eine **Gültigkeitsvorschrift** dar. Fehlt ein entsprechender Hinweis, dürfen den Parteien daraus keine Nachteile erwachsen und die Fristen stehen während der Gerichtsferien still als läge kein Ausnahmefall von Art. 145 Abs. 2 ZPO vor[1059]. Unerheblich dabei ist, ob es sich bei der Adressatin um eine rechtskundige oder anwaltlich 21

1055 Siehe OK-Novina, Art. 142 ZPO N. 14; BGE 143 III 554, E. 2.5.2; Tanner, Art. 145 ZPO N. 13; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 7; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 283; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 7; Abbet, Art. 145 ZPO N. 1.

1056 Beispielsweise BGE 143 III 554 (Regeste), wonach der Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 1 ZPO nicht für die Frist gilt, die das Gericht zur Erhebung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 961 Abs. 3 ZGB ansetzt; vgl. auch HGer AG HSU. 2025.33 vom 11.8.2025, E. 6.

1057 BGE 139 III 78, E. 4, insbesondere E. 4.4.5; KGer VD HC 2023/299 vom 3.5.2023, E. 3.2.1.1; OGer GE AC/1246/2020 vom 21.12.2020, E. 1.2; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 8; Tanner, Art. 145 ZPO N. 9; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 3a; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 3 und 6; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 5; Spühler, Art. 145 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 289; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 14; Abbet, Art. 145 ZPO N. 7.

1058 Vgl. BGE 135 III 374, E. 1.2.2.1; BGer 2C_422/2024 vom 18.9.2024, E. 3; BGer 5A_667/2023 vom 26.9.2023, E. 3.2; BGer 5A_102/2023 vom 9.2.2023, E. 1.1; BGer 5A_641/2022, 5A_639/2022 vom 14.12.2022, E. 1.2; BGer 5A_361/2022 vom 24.11.2022, E. 1.2; BGer 5A_6/2022 vom 9.11.2022, E. 2.

1059 BGE 139 III 78, E. 5; vgl. OGer ZH RB240025 vom 16.1.2025, E. 2.1; KGer SZ ZK2 2023 28 vom 9.5.2023, E. 3a; OGer AG ZSU.2022.9, ZSU.2022.10, ZSU.2022.11 vom 8.11.2022, E. 1.1; KGer VD HC 2021/809 vom 9.9.2021, E. 4.1.2; OGer GE AC/1246/2020 vom 21.12.2020, E. 1.2; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 8; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 16; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 9; Tanner, Art. 145 ZPO N. 15 f.; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 9; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 5; Spühler, Art. 145 ZPO N. 1 und 4; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 5 f.; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 290; Abbet, Art. 145 ZPO N. 8.

vertretene Partei handelt, welche den Mangel erkannte oder hätte erkennen müssen[1060].

22 Der entsprechende Hinweis hat grundsätzlich **mit der konkreten Fristansetzung** zu erfolgen; ein genereller Hinweis darauf, dass im Schlichtungs- bzw. summarischen Verfahren keine Gerichtsferien gelten, reicht nicht aus. Bei gesetzlichen Fristen hat es unter Umständen zu genügen, wenn der Hinweis mit der ersten prozessleitenden Verfügung ergeht. Die Parteien müssen zumindest erkennen können, dass ihre konkrete Streitsache vom Fristenstillstand ausgenommen ist[1061]. Auch ein unrichtiger oder unvollständiger Hinweis zieht die gleichen Wirkungen nach sich, wie wenn der Hinweis fehlt[1062].

IV. FRISTENSTILLSTAND BEI KLAGEN NACH DEM SCHKG (ART. 145 ABS. 4 ZPO)

23 Seit dem 1. Januar 2025 sind die Bestimmungen der ZPO über den Fristenstillstand **für alle Klagen nach dem SchKG**, die vor einem Gericht einzureichen sind, anwendbar[1063]. Diese Neuregelung dient der verbesserten Koordination des Fristenstillstands zwischen zivilrechtlichen und betreibungsrechtlichen Verfahren[1064]. Davon betroffen sind sämtliche Klagefristen des SchKG im Bereich der ordentlichen und vereinfachten

1060 BGE 139 III 78, E. 5.4.3; OGer AG ZSU.2022.10 vom 8.11.2022, E. 1.1; OGer GE AC/1246/2020 vom 21.12.2020, E. 1.2; AppGer BS BEZ.2019.56 vom 21.2.2020, E. 1.3; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 8; BK-Frei, Art. 145 ZPO N. 17; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 9; Tanner, Art. 145 ZPO N. 15; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 9; Spühler, Art. 145 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 6; vgl. Abbet, Art. 145 ZPO N. 8; a.M. CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 16, wonach die restriktive Rechtsprechung auf Grundlage der Art. 52 und 238 lit. f ZPO oder Art. 49 BGG zur fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung analog anwendbar sein sollte, wenn von der betroffenen Partei erwartet werden darf, dass sie eine Ausnahme von Art. 145 Abs. 2 ZPO im konkreten Fall selbst erkennt, insbesondere wenn sie anwaltlich vertreten ist; siehe auch a.M. KGer VD HC 2024/62 vom 15.1.2024, E. 4; KGer VD HC 2023/163 vom 29.3.2023, E. 1.4.1; KGer VD HC 2017/77 vom 17.1.2017, E. 8 f. (siehe hingegen auch KGer VD HC 2024/199 vom 18.3.2024, E. 1.2.2 und viele weitere Entscheide).

1061 Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 ZPO N. 9; Tanner, Art. 145 ZPO N. 15; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 145 ZPO N. 9; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N 16.

1062 ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 4 mit Verweis auf BGE 139 III 78, E. 5.4.

1063 Art. 145 Abs. 4 Satz 1 ZPO; Art. 56 Abs. 2 SchKG.

1064 Votum Lüscher, AB 2022 NR S. 670; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823.

Verfahren, wie bspw. die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage[1065], die Fristen zur Erhebung der Widerspruchs-[1066], Anschluss-[1067] oder Kollokationsklage[1068], der Aussonderungs-[1069] oder einer Arrestprosekutionsklage[1070] und die entsprechenden Rechtsmittelfristen[1071]. Entgegen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung[1072] ist dabei unerheblich, ob die entsprechende Klagefrist durch eine Betreibungshandlung ausgelöst wurde oder nicht[1073].

Besonderes Augenmerk ist auf die **betreibungsrechtlichen Summarsachen** nach Art. 251 ZPO zu legen: In der Lehre ist umstritten, ob Art. 145 Abs. 4 ZPO hier zur Anwendung kommt, da diesfalls aufgrund der Ausnahme des Fristenstillstands während der Gerichtsferien im summarischen Verfahren nach Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO beispielsweise Fristen im Zusammenhang mit Entscheiden betreffend die Rechtsöffnung oder die Konkurseröffnung auch während den Oster-, Weihnachts- und Neujahrstagen oder während den Sommerferien zu laufen beginnen oder weiterlaufen würden und die Bestimmungen von Art. 56 ff. SchKG über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand gerade nicht zur Anwendung gelangten[1074]. Aus Gründen des Schuldnerschutzes ist von einer restriktiven, wörtlichen Auslegung von Art. 145 Abs. 4 ZPO (mit Anwendung lediglich auf «Klagen», und nicht auf «Gesuche» im Sinn von Art. 252 ZPO) auszugehen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb ausgerechnet bei gerichtlichen Betreibungshandlungen wie Entscheiden betreffend die Rechtsöffnung oder die Konkurseröffnung weder Gerichts- noch Betreibungsferien gelten sollen, für weniger eingreifende Betreibungshandlungen wie die Zustellung eines 24

1065 Art. 83 Abs. 2 SchKG.
1066 Art. 107 ff. SchKG.
1067 Art. 111 SchKG.
1068 Art. 148 SchKG; Art. 250 Abs. 1 und 2 SchKG.
1069 Art. 242 Abs. 2 SchKG.
1070 Art. 279 SchKG.
1071 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 10; Tanner, Art. 145 ZPO N. 19; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 9; Spühler, Art. 145 ZPO N. 6; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 1 und 5a sowie Art. 146 ZPO N. 3; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823; siehe auch BGE 143 II 149, E. 2.
1072 Siehe BGE 143 III 38, E. 3.
1073 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 10; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823.
1074 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 10; Tanner, Art. 145 ZPO N. 19; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 9; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 6; Sarbach, Art. 56 SchKG N. 1b f.; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823; Hurni/Hofmann, S. 209 f.; vgl hierzu auch OGer ZH PS250115 vom 11.6.2025, E. 1.2.3; KGer VS LP 25 12 vom 12.6.2025, E. 1.2.

Zahlungsbefehls jedoch schon. Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Dabei ist hinzunehmen, dass betreibungsrechtliche Summarsachen hinsichtlich des Fristenstillstands unter Geltung des SchKG anders behandelt werden als andere Summarsachen wie bspw. Mieterausweisungen nach Art. 257 ZPO. Folglich fallen Gesuche in betreibungsrechtlichen Summarsachen nach Art. 251 ZPO nicht unter den Begriff «Klagen nach dem SchKG» von Art. 145 Abs. 4 ZPO. Für die betreibungsrechtlichen Summarsachen nach Art. 251 ZPO sind bei Vorliegen einer Betreibungshandlung somit die Bestimmungen von Art. 56 ff. SchKG über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand zu beachten[1075].

25 Für die **betreibungsrechtliche Beschwerde** vor der Aufsichtsbehörde in Schuld- und Konkursbetreibungssachen nach Art. 17 f. SchKG sind die Bestimmungen der ZPO über den Fristenstillstand nicht anwendbar[1076]. Dabei ist anzumerken, dass die ZPO auf nicht-gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ohnehin keine Anwendung findet. Dies betrifft bspw. auch die betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 f. SchKG, die sich nicht an ein Gericht, sondern an die Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen richtet[1077]. Unerheblich ist, ob es sich bei der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen faktisch um ein Gericht handelt[1078].

26 Art. 145 Abs. 4 ZPO ist in der **Übergangsbestimmung** von Art. 407f ZPO nicht enthalten, weshalb diese Bestimmung erst für Verfahren, die ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden, gilt[1079].

LITERATURVERZEICHNIS

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

1075. OGer ZH PS250115 vom 11.6.2025, E. 1.2.4 f.; KGer VS LP 25 12 vom 12.6.2025, E. 1.2 f.; KGer GR SBK 2025 30 vom 7.5.2025, E. 1.2; BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 10; ZK-Fuchs Art. 145 ZPO N. 9; Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 6; Sarbach, Art. 56 SchKG N. 1b f.; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823; a.M. Tanner, Art. 145 ZPO N. 19 und Hurni/Hofmann, S. 209 f.

1076. Art. 145 Abs. 4 Satz 2 ZPO; vgl. BGer 5A_730/2023 vom 21.11.2023, E. 3.2; OGer ZH PS250112 vom 6.5.2025, E. 3.1; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 8 f.; OFK-Jenny/Abegg, Art. 145 ZPO N. 8; Spühler, Art. 145 ZPO N. 6 Gasser/Rickli/Josi, Art. 145 ZPO N. 5.

1077. Siehe Art. 1 lit. c ZPO; BGE 141 III 170, E. 3.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 145 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

1078 Tanner, Art. 145 ZPO N. 19; ZK-Fuchs, Art. 145 ZPO N. 9; siehe bspw. § 17 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Zürich zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 26.11.2007 (EG SchKG/ZH; LS 281); Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Bern zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16.3.1995 (EGSchKG/BE; BSG 281.1); § 14 und 16 des Einführungsgesetzes des Kantons Aargau zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22.2.2005 (EG SchKG/AG; SAR 231.200); § 5 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt betreffend Einführung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22.6.1891 (EG SchKG/BS; SG 230.100); § 6 Abs. 3 lit. a des Einführungsgesetzes des Kantons Basel-Land zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 19.9.1996 (EG SchKG/BL; SGS 233); Art. 12 f. des Einführungsgesetzes des Kantons St. Gallen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 10.4.1980 (EG SchKG/SG; sGS 971.1); § 21 Abs. 1 und § 31 des Gesetzes des Kantons Luzern über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (JusG/LU; SRL 260); § 59 des Gesetzes des Kantons Thurgau über die Zivil- und Strafrechtspflege vom 17.6.2009 (ZSRG/TG; RB 271.1); Art. 49 Abs. 1 und 2 des Justizgesetzes des Kantons Schaffhausen vom 9.11.2009 (JG/SH; SHR 173.200); Art. 19 f. des Einführungsgesetzes des Kantons Wallis zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 20.6.1996 (EGSchKG/VS; SGS 281.1).

1079 BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 10.

Hurni Baptiste/Hofmann David, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 5 (2023), S. 209 ff.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Maranta Luca, Kommentierung zu Art. 450f ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Maranta).

Reusser Ruth E., Kommentierung zu Art. 450b ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reusser).

Sarbach Martin, Kommentierung zu Art. 56 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3. Aufl., Basel 2025.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Staehelin Daniel/Von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17.3.2023, in: SJZ 119 (2023), S. 815 ff.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 145 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Protokoll der Sondersession des Nationalrats vom 10.5.2022 (Zweitrat), Amtliches Bulletin 2022 S. 669 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920, besucht am 14.9.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 146 ZPO

Eine Kommentierung von Linda Novina

ZITIERVORSCHLAG

Linda Novina, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Novina, Art. 146 ZPO N. XXX.

Art. 146 Wirkungen des Stillstandes

[1] Bei Zustellung während des Stillstandes beginnt der Fristenlauf am ersten Tag nach Ende des Stillstandes.

[2] Während des Stillstandes der Fristen finden keine Gerichtsverhandlungen statt, es sei denn, die Parteien seien einverstanden.

GLIEDERUNG

I. Fristauslösende Zustellungen während der Gerichtsferien (Art. 146 Abs. 1 ZPO) ... 233
II. Keine Gerichtsverhandlungen während des Fristenstillstands (Art. 146 Abs. 2 ZPO) ... 234
Literaturverzeichnis ... 236

I. FRISTAUSLÖSENDE ZUSTELLUNGEN WÄHREND DER GERICHTSFERIEN (ART. 146 ABS. 1 ZPO)

In Art. 146 Abs. 1 ZPO wird ausdrücklich geregelt, wie sich der Fristenstillstand von Art. 145 Abs. 1 ZPO auf fristauslösende Zustellungen auswirkt: Wird eine fristauslösende Mitteilung oder ein Entscheid den Parteien während der Gerichtsferien zugestellt, wird die darin angesetzte Frist zwar ausgelöst, beginnt jedoch erst **am ersten Tag nach Ende der Gerichtsferien** – d.h. am dem Ostermontag folgenden Montag, am 16. August oder am 3. Januar – **zu laufen**, selbst wenn es sich bei den beiden letztgenannten Daten um einen Samstag, Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt (Art. 142 Abs. 3 ZPO)[1080]. Unerheblich ist, ob es sich dabei um eine Tages-, Wochen-, Monats- oder Jahresfrist handelt[1081]. Grundsätzlich beginnen während eines Fristenstillstands somit keine Fristen zu laufen[1082]. Den Parteien ist es grundsätzlich unbenommen, die geforderte Prozesshandlung schon vor Fristbeginn vorzunehmen[1083]. 1

Beispiel: Eine fristauslösende Mitteilung wird der Partei am 20. Dezember zugestellt. Aufgrund der Gerichtsferien vom 18. Dezember bis 2. Januar und des damit verbundenen Fristenstillstands beginnt die Frist erst am 3. Januar zu laufen, wobei es sich dabei auch um einen Samstag, Sonntag oder einen anerkannten Feiertag handeln kann. 2

1080 Siehe auch OK-Novina, Art. 145 ZPO N. 5; vgl. BGE 138 III 610, E. 2.8; KGer VS TCV C3 20 131 vom 26.8.2021, E. 1.2; AppGer BS ZB.2020.32 vom 15.1.2021, E. 1.3.3; BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 1 und 3; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 5; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 1; Tanner, Art. 142 ZPO N. 20 und Art. 146 ZPO N. 5; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1; Spühler, Art. 146 ZPO N. 1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 295 f.; CR-Tappy, Art. 145 ZPO N. 12 und Art. 146 ZPO N. 3 f.; Abbet, Art. 146 ZPO N. 1.

1081 Vgl. BGE 138 III 610, E. 2.8, wonach eine Monatsfrist an dem Tag endet, der dieselbe Zahl trägt wie der erste Tag nach dem Ende des Fristenstillstands; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 297; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 21 f., Art. 145 ZPO N. 8 f. und Art. 146 ZPO N. 5; vgl. BSK-Benn, Art. 145 ZPO N. 3a f.; vgl. Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145 N. 4 und Art. 146 ZPO N. 2 f. mit der Minderheitsmeinung, wonach eine Monatsfrist an demjenigen Tag abläuft, der seiner Zahl nach dem letzten Tag des Fristenstillstands (d.h. Ostersonntag, 15.8. oder 2.1.) entspricht; vgl. Tanner, Art. 145 ZPO N. 6 sowie Art. 146 ZPO N. 6 und 11; vgl. ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 3 f.

1082 BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 1; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 1.

1083 Tanner, Art. 142 ZPO N. 21; Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 258.

3 Art. 146 ZPO ist **im Zusammenhang mit Art. 145 ZPO** zu sehen, weshalb die Bestimmung von Art. 146 ZPO grundsätzlich nicht auf Schlichtungs- oder summarische Verfahren Anwendung findet[1084]. Ferner sind auch die gesonderten Regelungen zum Fristenstillstand bei Klagen nach dem SchKG zu berücksichtigen[1085].

II. KEINE GERICHTSVERHANDLUNGEN WÄHREND DES FRISTENSTILLSTANDS (ART. 146 ABS. 2 ZPO)

4 Die Gerichtsferien nach Art. 145 Abs. 1 ZPO wirken sich auch auf Gerichtsverhandlungen aus: Diese **finden** während des Fristenstillstands grundsätzlich **nicht statt**[1086]. Dabei ist unerheblich, welche Art von Gerichtsverhandlung (Instruktions- oder Hauptverhandlung, Beweisverhandlung, Vergleichsverhandlung oder Berufungsverhandlung usw. oder Verhandlungen mittels Videokonferenz nach Art. 141a Abs. 1 ZPO) davon betroffen ist[1087].

5 Wird eine Gerichtsverhandlung während der Gerichtsferien angesetzt, ist eine diesbezügliche Vorladung **nichtig** und damit unbeachtlich. Die Partei, welche folglich der Verhandlung fernbleibt, darf nicht als säumig im Sinn von Art. 147 ZPO gelten und kann die entsprechenden Säumnisfolgen (auch ein in Abwesenheit der Partei ergangener Entscheid in der Sache oder Beweisverfügungen etc.) anfechten. Die Verhandlung ist schliesslich – grundsätzlich zu einem Zeitpunkt ausserhalb des Fristenstillstands – zu wiederholen[1088]. Erscheint die Partei dennoch vor Gericht, muss sie gleich zu

---

1084 Vgl. Art. 145 Abs. 2 lit. a und b ZPO, ausser es fehlt ein Hinweis darauf, dass die Fristen während der Gerichtsferien nicht stillstehen (Art. 145 Abs. 3 ZPO); siehe auch OK-Novina, Art. 145 ZPO N. 12 ff.; BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 2; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 1; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 3; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 1; vgl. Tanner, Art. 146 ZPO N. 12 und 15; vgl. Abbet, Art. 145 ZPO N. 5.

1085 Vgl. Art. 145 Abs. 4 ZPO; siehe auch OK-Novina, Art. 145 ZPO N. 23 ff.

1086 Art. 146 Abs. 2 erster Teilsatz ZPO; BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 4; Tanner, Art. 146 ZPO N. 15; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 2; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 2; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 7; Abbet, Art. 146 ZPO N. 3.

1087 BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 9; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 4; Tanner, Art. 146 ZPO N. 18; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 2; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 2; Spühler, Art. 146 ZPO N. 2; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 7; Abbet, Art. 146 ZPO N. 3.

Beginn der Verhandlung insistieren und eine Neuansetzung des Verhandlungstermins verlangen[1089].

Mit **Zustimmung der Parteien** (auch der Nebenparteien) kann eine Gerichtsverhandlung ausnahmsweise auch während des Fristenstillstands durchgeführt werden[1090]. Stillschweigen auf eine Vorladung für eine Verhandlung während der Gerichtsferien reicht nicht aus; erforderlich ist eine ausdrückliche und klare Einverständniserklärung vorab. Allerdings gilt die widerspruchslose Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung während des Fristenstillstands ebenfalls als hinreichende Einwilligung[1091]. Eine einmal erklärte Zustimmung ist – vorbehaltlich des Vorliegens allfälliger Verschiebungsgründe nach Art. 135 ZPO – unwiderruflich[1092]. Obwohl die Zustimmung Dritter (bspw. von Zeugen, Gutachtern etc.) gemäss Gesetzeswortlaut von Art. 146 Abs. 2 ZPO zur Durchführung einer Verhandlung während der Gerichtsferien nicht erforderlich ist[1093], erscheint diese aus pragmatischen Gründen trotzdem als zweckmässig[1094]. 6

Im **Schlichtungs- und im summarischen Verfahren** (inkl. anschliessendem Rechtsmittelverfahren) können Gerichtsverhandlungen mangels Geltung des Fristenstillstands auch während der Gerichtsferien stattfinden[1095]. Die Frage, 7

1088 BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 24; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 4; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 5; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 9; Abbet, Art. 146 ZPO N. 3.

1089 Tanner, Art. 146 ZPO N. 25; vgl. CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 9.

1090 Art. 146 Abs. 2 zweiter Teilsatz ZPO; vgl. BGE 146 III 194, E. 4.2; BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 4 f.; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 2; Spühler, Art. 146 ZPO N. 2; Gasser/Rickli/Josi, Art. 146 ZPO N. 5; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 8; Abbet, Art. 146 ZPO N. 3.

1091 BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 8; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 22; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 4; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 2; Spühler, Art. 146 ZPO N. 2; vgl. CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 9.

1092 Tanner, Art. 146 ZPO N. 22; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 8.

1093 BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 7; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 20; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 5; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 2; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 8.

1094 Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 5; vgl. CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 8, wonach das Gericht bzw. die Verfahrensleitung Verschiebungsgesuche Dritter während den Gerichtsferien mit der Begründung eigener Ferienwünsche mit besonderem Wohlwollen («avec une bienveillance particulière») prüfen müsse.

ob für Vorladungen – wie für Fristansetzungen nach Art. 145 Abs. 3 ZPO – eine Belehrungspflicht hinsichtlich der Nichtgeltung der Gerichtsferien besteht, liess das Bundesgericht bislang offen[1096].

LITERATURVERZEICHNIS

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 146 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur

1095 Vgl. Art. 145 Abs. 2 lit. a und b ZPO; siehe OK-Novina, Art. 145 ZPO N. 12 ff.; BSK-Benn, Art. 146 ZPO N. 4; BK-Frei, Art. 146 ZPO N. 2; Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 146 ZPO N. 5; Tanner, Art. 146 ZPO N. 16 f., wobei bedeutungslos sei, ob die Schlichtungsbehörde am Ende der Verhandlung einen Entscheidvorschlag bzw. Entscheid erlässt; ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 146 ZPO N. 3; OFK-Jenny/Abegg, Art. 146 ZPO N. 2; Spühler, Art. 146 ZPO N. 3; CR-Tappy, Art. 146 ZPO N. 7; Abbet, Art. 146 ZPO N. 4, wonach die Durchführung von Schlichtungsverhandlungen, welche mit einem Entscheidvorschlag oder Entscheid enden, während den Gerichtsferien aufgrund von Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO unzulässig sind.

Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142, 145 und Art. 146 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

1096BGer 5A_704/2015 vom 22.3.2016, E. 5.2; ablehnend Tanner, Art. 145 ZPO N. 17 und Art. 146 ZPO N. 22; bejahend ZK-Fuchs, Art. 146 ZPO N. 5.

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 213 – 218 ZPO

Eine Kommentierung von Jonas Fischer

ZITIERVORSCHLAG

Jonas Fischer, Vorbemerkung zu Art. 213 – 218 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Fischer, N. XXX zu Vorb. zu Art. 213 – 218 ZPO.

GLIEDERUNG

I. Mediation als Teil der alternativen Streitschlichtungsverfahren (ADR) 241
II. Historische Entwicklung der Mediation 243
III. Begrifflichkeiten 246
A. Definition 246
B. Abgrenzungsfragen 249
1. Schlichtung 249
2. Gerichtsnahe Mediation 250
3. Schiedsgerichtsbarkeit 251
IV. Rechtsgrundlagen, Anwendungsbereich und Verträge 252
A. Rechtsgrundlagen 252
B. Hauptanwendungsbereich der Mediation 253
C. Verträge in der Mediation 255
1. Rechtliche Einordnung 255
2. Mediationsabrede und Arbeitsbündnis 257
3. Mediationsvertrag und Mediationsvereinbarung 259
V. Grundsätze und Struktur des Mediationsverfahrens 261
A. Grundsätze des Mediationsverfahrens 261
B. Struktur des Mediationsverfahrens (Phasenmodell) 263
VI. Praktische Fragen 272
A. Professionalisierung und Qualifikationen in der Mediation 272
B. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als Mediationspersonen 273
Literaturverzeichnis 274

I. MEDIATION ALS TEIL DER ALTERNATIVEN STREITSCHLICHTUNGSVERFAHREN (ADR)

Mediation ist ein Verfahren, welches sowohl explizit als auch implizit zur Lösung von Konflikten verwendet wird, wobei die «Konflikte» nicht zwingend eine juristische Frage i.e.S. beinhalten. Explizit ist ein Mediationsverfahren dann, wenn es sowohl von der Mediatorin bzw. dem Mediator als auch den beteiligten Parteien ausdrücklich so bezeichnet und verstanden wird und grundsätzlich nach dem Phasenmodell (s. unten Abschnitt V.B.) abläuft. Implizit wird Mediation dann verwendet, wenn Elemente aus der Mediationslehre zur Lösung eines Konflikts eingesetzt werden, der sich nicht im expliziten Setting eines Mediationsverfahrens abspielt. Zu denken ist z.B. an den impliziten Gebrauch von Techniken wie etwa dem *Paraphrasieren*, welche für Mediationsverfahren typisch sind. Die vermittelnde bzw. *mediierende* Person muss dabei nicht zwingend eine Mediatorin oder ein Mediator i.e.S. sein. So bedienen sich Vorgesetzte, Kollegen oder neutrale Vertrauens- und Ansprechpersonen oft sogar intuitiv methodischer Kniffe aus der Mediationslehre, ohne dass sie bzw. die Konfliktparteien sich in einem «Mediationsverfahren» wähnen. 1

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird die Mediation gemeinhin dem Sachgebiet der **Alternative Dispute Resolution (ADR)** bzw. der alternativen Streitschlichtungsverfahren zugeordnet. Dort gilt sie nebst der Schiedsgerichtsbarkeit als das prominenteste[1097] Verfahren innerhalb von ADR[1098] und wird von einer unparteiischen und neutralen Drittperson durchgeführt, welche von allen Konfliktparteien gleichermassen anerkannt 2

1097 Schäfer, S. 1; Bennett, S. 4: «Another classic form of ADR is mediation, in which a neutral attempts to facilitate settlement of a dispute by listening to the parties and uncovering the strengths and weaknesses of their positions, so that they can more rationally discuss settlement».

1098 Girsberger/Peter, Rz. 11; Grill, S. 38; Krainz/Rabl, S. 37 ff.; Wegner-Kirchhoff/Kellner, S. 3; Engel, S. 2; Carniero/Novais/Andrade/Zelenikow/Neves, S. 2: «Another form of conflict resolution is mediation, in which the parties in dispute are guided by a 3rd neutral and independent entity who tries to guide the process to an outcome that may satisfy both parties. In this approach, like in negotiation, both parties decide about the outcome instead of it being imposed by the nonaligned one, but with its added assistance»; Zillessen, S. 19; ausführlich zum Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zur übergeordneten Kategorie der ADR-Verfahren: Tercier, S. 3 ff.

wird.[1099] Im Unterschied zu anderen ADR-Methoden wie insb. der **Schiedsgerichtsbarkeit** (Arbitration) sind Mediatorinnen und Mediatoren aber nicht in die *Sachentscheidung* involviert.[1100] Dazu gehört, dass letztere innerhalb des Mediationsverfahrens keine konkreten Lösungsvorschläge machen dürfen,[1101] insb. auch nicht in Form eines Vergleichsvorschlages, wie dies etwa in Schlichtungsverfahren üblich ist.[1102] Damit unterscheidet sich die Mediation wesentlich von anderen ADR-Verfahren wie der Schlichtung oder der Schiedsgerichtsbarkeit; und letztlich auch von der herkömmlichen richterlichen Rechtsprechung. Nebst den Grundformen der reinen Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit haben sich in der Praxis auch **hybride Formen** (MEDARB, ARBMED, MEDALOA usw.) entwickelt, welche die Wesenszüge mehrerer ADR-Methoden miteinander kombinieren.[1103]

3 Eines der Hauptziele von Mediationsverfahren ist eine **Wiederherstellung** der Beziehung zwischen den zerstrittenen Konfliktparteien.[1104] Dafür wird im Setting der Mediation ein Raum geschaffen, in welchem Betroffene auf dem Weg zu einer gemeinsamen Lösungsfindung zu Reflexion und Veränderung von Haltungen und Verhalten eingeladen werden.[1105] Daraus folgt, dass genauso viele Lösungsmöglichkeiten existieren, wie von den Konfliktparteien in Betracht gezogen werden.[1106] Voraussetzung für diese Vielfalt von Konfliktlösungsmöglichkeiten ist, dass die Parteien eigene Bedürfnisse, Ideen oder Ergebniswünsche zurückstellen, und bisweilen auch Unsicherheiten aushalten können.[1107] Dass die Konfliktparteien sich auf das gegenseitige Analysieren und Vorwerfen vergangener Fehler stützen, sollte zwar nicht im Mittelpunkt stehen,[1108] wenngleich vergangene Verletzungen, Unzufriedenheit

1099 Besemer, S. 14; Kolodej, S. 178.

1100 Grill, S. 38.

1101 Girsberger/Peter, Rz. 11; Adler, S. 64: «Purists argue that in mediation (as opposed to adjudication) disputants are neither coerced to the bargaining table nor directed into specific agreements. The dispute, any agreement to end the dispute, must come from within. Neutrals may exert great control on the organization of communication and negotiation processes, but responsibility for outcomes rests with the parties».

1102 Schüttel, S. 23.

1103 Siehe dazu ausführlich: Fischer/Schneuwly, S. 493 ff.; sowie Girsberger/Peter, Rz. 11.

1104 Besemer, S. 14.

1105 Lauterbach, S. 84; Marriott, S. 234: «It is no more and no less than an attempt to reach a consensual settlement»; Pilartz, S. 30; Warwel, S. 25; ferner: Le Forestier, S. 44 m.w.H.; Hauser, S. 73 zur Zukunftsorientierung.

1106 Warwel, S. 25.

1107 Wermke, S. 49.

oder Missverständnisse durchaus thematisiert und reflektiert werden.[1109] Wichtig ist dabei, dass die Mediation keinesfalls in ein therapeutisches Setting abgleitet, sondern den Fokus der Parteien im Veränderungsprozess auf gemeinsame Lösungspotentiale lenkt.[1110] Ein Spielraum für einvernehmliche Lösungen[1111] öffnet sich nämlich erst dann, wenn sich alle beteiligten Parteien von festgefahrenen Erwartungen lösen, und ihre Perspektivenwechsel durchlaufen.[1112] Zentral ist beim klassischen Mediationsverfahren, dass sowohl die Teilnahme am Prozess als auch der Abschluss einer Mediationsvereinbarung für die Konfliktparteien stets von Freiwilligkeit getragen ist.[1113] Zusammenfassend besteht die Hauptaufgabe von Mediatorinnen und Mediatoren darin, den Parteien einen Raum zur Verfügung zu stellen und sie bei der Lösungsfindung zu begleiten, ohne dabei selber Vorschläge zu unterbreiten.

II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER MEDIATION

Aus historischer Perspektive verfügt die Mediation in vielen Ländern und Kulturen über eine lange Tradition.[1114] So finden sich z.B. erste Ansätze mediativen Wirkens bereits ca. 3000 Jahre v. Chr. bei den Sumerern Südbabyloniens[1115] sowie erste Spuren der Vermittlungslehre i.w.S. vor 6000 Jahren in China.[1116] Als Wiege der modernen Mediationsbewegung sind 4

1108. Rosner/Winheller, S. 25.
1109. Wermke, S. 49.
1110. Lauterbach, S. 83; ausführlich betr. Abgrenzung zur Psychotherapie: Fischer/Schneuwly, S. 227 ff.
1111. Zbinden, S. 4.
1112. Ihde, S. 53.
1113. Girsberger/Peter, Rz. 11; Mähler/Mähler, S. 19; Marriott, S. 234: «The Process is a completely consensual one and in no sense binding»; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 1.
1114. Fischer/Schneuwly, S. 213 ff. sowie Girsberger/Peter, Rz. 449; mit einem ausführlichen historischen Überblick; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 3; Daly/Higgins/Bolger: «Mediation has been employed as a conflict resolution tool for centuries on both national and international levels.»; Günter/Bruns, S. 87 f.; Herrmann/Scherg, S. 73 ff., zur Wirtschaftsmediation im Jemen; Kolodej, S. 177; Kummer, S. 18 ff.; Poschke, S. 197; Reutter, S. 7; Röthemeyer, S. 30 ff.; Schäfer, S. 13; Schuettel, S. 11 ff.; Tan, S. 7: «Traditional mediation practices have been documented in Albania, Burundi, China, Japan, the Philippines, the Republic of Korea and Singapore.»
1115. Proksch, S. 197 f.
1116. Proksch, S. 43; siehe dazu auch: Schäfer, S. 13; Schuettel, S. 12; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 3.

allerdings die USA der 1960er Jahre zu nennen, welche während der spannungsgeladenen Zeit von Bürgerrechtsbewegung, Vietnamprotesten und den aufflammenden Studenten-Unruhen Turbulenzen erlebten.[1117] Seither verbreitete sich die Mediation ausgehend von den USA gegen Ende der 1980er Jahren auch in Kanada[1118] und in Europa.[1119] Allerdings stellte sich nach den ersten Versuchen, die neue Methode in Deutschland – und in der Schweiz dürfte es sich ähnlich verhalten – heimisch zu machen, Ernüchterung ein: Es wurde klar, dass es nicht genügte, Mediatorinnen und Mediatoren auszubilden und das Angebot vor Ort zu bereichern,[1120] da sich die kontinentaleuropäische Entwicklung von der ursprünglichen US-Bewegung wesentlich unterscheidet: In den USA ging die Professionalisierung der Mediation im Wesentlichen auf das **Harvard-Konzept**[1121] zurück,[1122] welches stark von der *Verhandlungslehre* geprägt ist und sich in der Publikation The Promise of Mediation (1994)[1123] von R.A.B. Bush und J. Folger widerspiegelt.[1124] Zudem wurden an den Universitäten in den USA und in Australien Mediation und ADR-Methodik seit den 1990er Jahren systematisch als fester Bestandteil in die juristische Grundausbildung integriert.[1125] Im Kontrast dazu wurde die kontinentaleuropäische und insb. auch die

1117. Besemer, S. 14; Girsberger/Peter, Rz. 446; Günter/Bruns, S. 87; Rosner/Winheller, S. 24; Röthemeyer, S. 31; Schäfer, S. 13; Tan, S. 8: «In countries such as Australia, New Zealand and the United States, mediation services and regulations were established in the early 20th century to address labor disputes. Labor disputes in the late 19th and 20th centuries were often costly, disruptive and even violent»; Schuettel, S. 12; Wöhrer, S. 25.

1118. Bernard, S. 1: «Les années 1980 voient plusieurs institutions et corporations professionnelles multiplier les possibilités de formation de base à la pratique de la médiation. En 1981, le Centre de services sociaux du Montréal métropolitain offre le premier service public et gratuit de médiation globale en matière de séparation, de divorce et de garde d'enfants. En 1984, par l'entremise du Centre de services sociaux de Québec, un service de médiation de même nature, mais réservé au volet de la garde d'enfants, est implanté dans la région de Québec.»; siehe dazu auch: Clark, S. 15.

1119. Fankhauser-Lobsiger, S. 1; Frenkel/Stark, S. 1: «The past twenty or thirty years have seen an explosive growth in the use of mediation in the United States.»; Girsberger/Peter, Rz. 446; Hager, S. 53; Hellriegel, S. 85 f.; Hopt/Steffek, S. 5 ff.; zum Überblick über den Kodifizierungsprozess in Europa siehe: Mundschütz, S. 87 ff.; Reutter, S. 7; Risse, S. 1620; Schäfer, S. 13; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 1.

1120. Lünse, S. 38.

1121. Von Westphalen, S. 946 ff.; Tröndle, S. 118.

1122. Kolodej, S. 177; Köstler, S. 13; Röthemeyer, S. 32.

1123. Bush/Folger, m.w.H.

1124. Tröndle, S. 118 f.

1125. Eckardt, S. 184.

schweizerische Mediationslehre methodologisch nicht primär aus dem Verhandlungsmodell abgeleitet.[1126] Vielmehr erfuhr sie auch anderweitige Prägungen, wie etwa aus Ansätzen der systemischen Therapie und von einer bis in die 1920er Jahre nachvollziehbaren Debatte zum Thema Schlichten statt Richten,[1127] welche ideologisch mit der Demokratisierung des Justizwesens sowie deren Entlastung verbunden war,[1128] welche bis heute von Behörden als Argument propagiert wird.[1129] In dieser Entwicklung lässt sich somit eine bewusste Reaktion und Abgrenzung zu den gesetzlich normierten, traditionellen Konfliktlösungsverfahren herauslesen.[1130] Solche historischen Zusammenhänge sollten jedoch nicht mehr dazu verleiten, Mediation und ADR-Verfahren in ihrer gegenwärtigen Form als Gegenstück zu gerichtlichen Verfahren zu verstehen: Sie sind lediglich «alternativ» in dem Sinne als dass ein Konflikt unter Zuhilfenahme unterschiedlicher *Drittpersonen* gelöst werden kann: Ob dies ein staatliches Gericht oder eine Mediatorin, eine (staatliche) Schlichtungsstelle oder ein Schiedsrichter ist, hängt von den konkreten Gegebenheiten der Konfliktsituation ab.

In der Schweiz etablierte sich die Mediation Ende der 1980er Jahre zunächst 5
in der Westschweiz[1131] und fand in unterschiedlichen Sachgebieten Anwendung.[1132] Zum Bekanntheitsgrad trugen auch unterschiedlichste Bemühungen bei; so organisierten 1991 Initiativgruppen ein internationales Kolloquium zur Mediation am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne.[1133] Bis die Mediation als Konzept in der ZPO eingeführt wurde, musste allerdings viel Widerstand überwunden werden: Abgesehen von vereinzelten Bestimmungen zum Ausstand und zum Zeugnisverweigerungsrecht von Mediatorinnen und Mediatoren sowie der

1126. Tröndle, S. 119 f.

1127. Böttger/Hupfeld, S. 155 ff., mit weiterführenden Anmerkungen; ferner Kummer, S. 17 ff.

1128. Röthemeyer, S. 32.

1129. Krepper, S. 259.

1130. Rosner/Winheller, S. 24.

1131. Fankhauser-Lobsiger, S. 1; Girsberger, S. 646; Girsberger/Peter, Rz. 447; Schulthess-Komm.-Liatowitsch/Mordasini, Art. 213 ZPO N. 1 ff; Risse, S. 1620; Wirz, S. 92. Hingegen folgte z.B. in Österreich eine erste fundierte Auseinandersetzung mit Mediation ein paar Jahre später in 1993, anhand des Modellversuchs Familienmediation, welcher auf positive Resonanz stiess und bis heute fortgeführt wird: Proksch, S. 46; Wöhrer, S. 26, m.w.H.

1132. Zur Mediation im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis siehe: Ehrli, S. 47 ff.; Meyer, S. 220 ff.; Lehmann, S. 169 ff.; zur Mediation im Verwaltungsbereich siehe die ausführlichen Beiträge von: Notter; Pfisterer; und in Bereichen wie Ehe- und Familienrecht: Rumo-Jungo.

1133. Poschke, S. 199; Proksch, S. 39.

Sistierung des Verfahrens zur Durchführung einer Mediation sah die Expertenkommission im Vorentwurf zur ZPO keine Regelung der Mediation vor.[1134] Als sich die Schweiz schliesslich eine einheitliche, bundesrechtliche ZPO gab, fanden sich darin auch Normen zur Mediation. So wurde unter den besonderen Verfahren der 2. Titel die Mediation (Art. 213–218 ZPO) eingeführt. Ziel war allerdings nicht, die Mediation abschliessend zu regeln, sondern nur, ihr Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren zu klären.[1135] Die Herangehensweise als nicht-abschliessende Regelung erweist sich aufgrund der Vielfalt von Mediationsschulen und im Hinblick auf die vielen hybriden Formen von ADR (MEDARB, ARBMED, MEDALOA) durchaus als sinnvoll, weil sich aus praktischer Perspektive eine hohe Flexibilität in der konkreten Gestaltung und Strukturierung aussergerichtlicher Konfliktlösungsverfahren ergibt, die im Ergebnis den Parteien zu Gute kommt, insbesondere, da diese in der klassischen Mediation selbst und ausschliesslich für die Formulierung einer Lösung verantwortlich sind.

III. BEGRIFFLICHKEITEN

A. Definition

6 Einheitliche Definitionen von Mediation und der damit zusammenhängenden mediationsspezifischen Begriffe haben sich bisher nicht etabliert. Festzustellen ist, dass sowohl die Definitionen[1136] als auch die Vielfalt der beruflichen Hintergründe von Mediatorinnen und Mediatoren[1137] bzw. deren Interpretation von Mediation[1138] eine grosse Vielfalt widerspiegeln. Dass letztere auch Auslegungs- und Verständnisschwierigkeiten generieren kann, [1139] liegt auf der Hand. Der eigentliche Begriff Mediation hat sowohl griechische als auch lateinische Wurzeln;[1140] das griechische Wort medos

1134. BSK-Gelzer/Ruggle, Vorb. zu Art. 213–218 ZPO N. 7.
1135. Botschaft ZPO, S. 7335.
1136. Siehe für einen Überblick den Beitrag von Lederer, S. 187 ff.
1137. Ausführlich zur Frage, was Mediation eigentlich ist: Kreuser, S. 18 ff.; Ade/Alexander, Rz. 21; Proksch, S. 39; sowie eine interessante Selbst- und Fremdbeschreibung der Mediation bei: Heck/Letzel, S. 103 ff.
1138. Daly/Higgins/Bolger: «There are many definitions of ‹mediation› contained within guidelines for mediators, codes of conduct and academic literature»; Fankhauser-Lobsiger, S. 4; Hinnen, S. 153.
1139. Wandrey, S. 62.
1140. Ahmeti, S. 144, m.w.H.; ausführlich zu den historischen Wurzeln: von Sinner, S. 197 ff.

steht für neutral, unparteiisch, vermittelnd – die lateinische Wendung media pars bezeichnet die Mitte.[1141] Das lateinische Wort mediatio sodann wird mit Vermittlung übersetzt.[1142] Dieser Fokus auf die Vermittlung deckt sich mit dem gerne und oft verwendeten Bild der Mediationsperson, welche zwischen den Konfliktparteien in der Mitte steht und sie – beiden gleichermassen zugewandt – dabei unterstützt, die konfliktgenerierenden Differenzen zu überbrücken.[1143]

Sowohl in der Lehre als auch im praktischen Berufsalltag sprechen 7
Mediatorinnen und Mediatoren von der Profession der Lösungsbeschaffung, einer Art von Handlungskonzept, bzw. der «Mediation» als Dienstleistung, als Haltung oder als Methode zugunsten der Klientschaft:[1144] Mediationspersonen verstehen sich als neutrale, allparteiliche und unabhängige Drittpartei, welche sich streitenden Parteien als vermittelndes Element zur Verfügung stellen und sich dabei innerhalb des methodischen ADR-Spektrums auf die Mediation beschränken. Nachdem der Mediationsbegriff in den 1980er Jahren zunächst sehr breit verwendet wurde,[1145] folgte eine Gegenbewegung, die eine Begriffsdifferenzierung der Mediation, wie etwa jene von Glasl, anstrebte und klar differenzierte, welche Mediationsmethode für welche Art von Konfliktsituation geeignet ist.[1146] Inzwischen sind die Definitionen des Begriffs «Mediation» so zahlreich, und in ihren unterschiedlichen Schattierungen trotzdem so ähnlich, dass eine Aufzählung an dieser Stelle nicht opportun erscheint. Eine ganz grundlegende Definition bietet etwa Keydel an, wenn sie bei der Umschreibung von Mediation von den zwei grundlegendsten Voraussetzungen für eine Mediation ausgeht: Einem vorhandenen Konflikt und der Bereitschaft der betroffenen Konfliktparteien, diesen auch lösen zu wollen.[1147] Allerdings lassen sich gerade mit der Mediation eng verbundene Begriffe wie Neutralität und Allparteilichkeit mit dem mediationsspezifischen

1141. Klappenbach, S. 33; Proksch, S. 44; Röthemeyer, S. 30.
1142. Besemer, S. 14; Girsberger/Peter, Rz. 449; Gornig, S. 243; Kummer, S. 18; Rosner/Winheller, S. 25; Schuettel, S. 23; Proksch, S. 2; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 1; Wermke, S. 45; Zillessen, S. 8.
1143. Gornig, S. 243; Schmitt, S. 43; Von Sinner, S. 202, welche den Begriff mediatrix erwähnt.
1144. Kreuser, S. 18; Lederer, S. 191; zur Genese und Definition der Mediation ausführlich: Rosner/Winheller, S. 25 ff.; siehe dazu insb. auch die philosophischen und wissenschaftstheoretischen Überlegungen von: Schmitt, S. 43 ff.; Schulz/Kiefer, S. 71.
1145. Glasl, S. 11.
1146. Glasl, S. 12.
1147. Keydel, S. 95.

Vokabular nicht eindeutig definieren und geben weiterhin Anlass zu Diskussionen und Interpretationen, wie etwa Heck und Letzel in ihrem Beitrag ausführlich feststellen und aufarbeiten.[1148] Tatsächlich ist es im Berufsalltag so, dass gerade die betroffenen Konfliktparteien ein eigenes Verständnis von Begriffen wie «Neutralität», «Unabhängigkeit» oder «Freiwilligkeit» mitbringen und praktizierende Mediatorinnen und Mediatoren nicht davon ausgehen können, dass sich dieser mit dem jeweils in ihrer Vorstellung «korrekten» Verständnis deckt. Aus diesem Grund klären viele Mediationspersonen bereits auf der Ebene ihres Webauftrittes, spätestens aber anlässlich der ersten gemeinsamen Sitzung die Parteien darüber auf, was sie unter «Mediation» verstehen, und welche Implikationen ihr Verständnis für den weiteren Verlauf des Mediationsverfahrens, und insb. auf für den Prozess wichtige Begriffe wie «Neutralität», «Allparteilichkeit», «Unabhängigkeit», «Freiwilligkeit» oder «Vertraulichkeit» für die Beteiligten haben wird.

8 Wie beim hier vorliegenden Text halten sich Fischer und Schneuwly an die Definition von Mediation aus dem Leitbild des **Centre for Effective Dispute Resolution** *(CEDR)* in London: «Mediation is a flexible process conducted confidentially in which a trained neutral mediator actively assists parties in working towards a negotiated agreement of a dispute of difference, with the parties in ultimate control of the decision to settle and the terms of resolution.»[1149] Diese in der Praxis gängige Definition ermöglicht Mediatorinnen und Mediatoren aus allen möglichen beruflichen Hintergründen, einen ausreichenden Spielraum für Klienten- und fallspezifische Bedürfnisse und Voraussetzungen in ihrem Verfahren auszunutzen, ohne sich dabei von den allgemein anerkannten Grundsätzen der einschlägigen Dachverbandsorganisationen zu entfernen. Für angehende Mediatorinnen und Mediatoren lohnt sich vorgängig eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Regelwerk einer Vereinigung, bevor eine Mitgliedschaft bzw. Akkreditierung angestrebt wird. So kann eine Definition von Mediation gefunden werden, welche sowohl mit den etablierten Grundsätzen der Dachorganisation, als auch den eigenen Vorstellungen und spezifischen Bedürfnissen (wie etwa einem spezifischen Fachbereich) übereinstimmt. Es kann jedoch auch bei bereits langjährig

1148.Heck/Letzel, S. 103 ff.
1149.https://www.cedr.com/whatismediation/, zuletzt besucht am 4.1.2023.

praktizierenden Mediationspersonen vorkommen, dass sich das Mediationsverständnis im Laufe der Zeit verändert, was ggf. Anpassungen in Bezug auf die Definition von Mediation verlangt.

B. Abgrenzungsfragen

1. Schlichtung

Systematisch sind sowohl die Mediation als auch die **Schlichtung** bzw. das Schlichtungsverfahren[1150] unter dem Überbegriff «ADR» einzuordnen. In einem Schlichtungsverfahren legen die Konfliktparteien einer oder mehreren neutralen Schlichtungspersonen ihre Positionen und Argumente dar.[1151] Danach unterbreitet die Schlichtungsperson in der Regel einen **Schlichtungsvorschlag**, welcher jedoch für die Parteien **nicht bindend** ist, [1152] womit das Ergebnis der Schlichtung letztlich offen bleibt.[1153] Wird der Vorschlag von beiden Parteien angenommen, gilt der Konflikt als geschlichtet, wird er von mindestens einer Partei abgelehnt werden, ist der Schlichtungsversuch gescheitert.[1154] 9

Ein Vorteil des Schlichtungsverfahrens ist, dass eine neutrale Drittperson den Parteien zeitnah einen **Lösungsvorschlag** unterbreitet, welcher aufgrund der Autorität als Schlichterin bzw. Schlichters besonders glaubwürdig wirkt.[1155] Zwar schwingt ein solcher Wunsch nach Lösungsvorschlägen auch in Mediationsverfahren mit: Mangels Entscheidungskompetenz[1156] der Mediationsperson resp. aufgrund der Eigenverantwortlichkeit der Parteien[1157] kann ihm jedoch nicht entsprochen werden. Umso wichtiger ist es deshalb, Parteien im Vorfeld einer Mediation ausdrücklich und ggf. mehrfach auf diesen wichtigen Unterschied hinzuweisen: Mediatorinnen und Mediatoren machen grundsätzlich keine Lösungsvorschläge. Sollten die Parteien also zum Schluss kommen, dass sie in ihrer Situation jedoch einen konkreten Vorschlag 10

1150. Fischer/Schneuwly, S. 399 ff.
1151. Rosner/Winheller, S. 27.
1152. Rosner/Winheller, S. 27.
1153. Girsberger/Peter, Rz. 14; Korbion, S. 99.
1154. Rosner/Winheller, S. 28.
1155. Rosner/Winheller, S. 28.
1156. Erk, S. 150; Girsberger/Peter, Rz. 11; Schüttel, S. 23; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 2; Wegner-Kirchhoff/Kellner, S. 3; Wermke, S. 45.
1157. Ihde, S. 49; Rafi, S. 512; Schäfer, S. 21; Prestin, S. 20; Zbinden, S. 3.

einer neutralen Drittperson suchen, muss auf ein anderes ADR-Verfahren wie eben Schlichtung zurückgegriffen werden. Fachpersonen in Konfliktlösungsfragen sollten sich deshalb mit den verschiedenen Formen von ADR sowie den Abgrenzungsfragen auszukennen, um das jeweils für den Fall geeignetste Verfahren identifizieren und anwenden zu können. Als Beispiel ist die Schlichtung in Abgrenzung zur Mediation besser für Situationen geeignet, in denen es um eher nüchterne und weniger emotionale Themen geht. Dies trifft etwa auf Konflikte zu, welche sich auf Sach- oder Rechtsfragen reduzieren lassen und bei denen nicht zwingend eine Beziehungsklärung im Vordergrund steht.[1158] Anlässlich von Schlichtungsverhandlungen werden wie bei konventionellen Gerichtsverfahren[1159] konkrete Sachverhalte aus der Vergangenheit behandelt,[1160] während sich die Mediation durch eine ausgeprägte Zukunftsorientierung[1161] und eine Mitberücksichtigung der Beziehungsebene[1162] zwischen den Konfliktparteien auszeichnet.

2. Gerichtsnahe Mediation

11 Nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) kann eine **Mediation an Stelle eines Schlichtungsverfahrens** eingesetzt werden (**Art. 213 ZPO**),[1163] ohne ein obligatorisches Schlichtungsverfahren gänzlich zu ersetzen:[1164]

12 Dabei bedarf es einer formgerechten Einleitung eines Schlichtungsverfahrens sowie eines Antrags auf Durchführung einer Mediation bei der Schlichtungsbehörde. Wird das Schlichtungsverfahren als Folge der Mediation durch Einigung (Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug) erledigt abgeschrieben (Art. 208 Abs. 1); sind die Wirkungen jene eines

1158. Rosner/Winheller, S. 28.

1159. Trenczek, S. 37, zur fehlenden Zukunftsorientierung von Gerichtsverfahren.

1160. Morawe, S. 9; Schäfer, S. 44, in Bezug auf die Rolle der Vergangenheit in der Mediation; Rosner/Winheller, S. 29; zur Würdigung der Vergangenheit bei den Konfliktparteien in der Mediation siehe ausserdem: Wandrey, S. 62.

1161. Besemer, S. 70; Hauser, S. 73; Kolodej, S. 177; Le Forestier, S. 49 f.; Menkel-Meadow, S. 1872: *«In ADR we can look to the future, as well as the past, and involve many more parties than the traditional adversarial system allows.»;* Pfändler, S. 55; Wermke, S. 49.

1162. Girsberger/Peter, Rz. 14; Irle, S. 11; Mähler/Mähler, S. 32; Müller, S. 82; Patera, S. 5; Pfändler, S. 55.

1163. Botschaft ZPO, S. 7336; SHK-Roberto/Hauser, Art. 213 ZPO N. 5; Schulthess-Komm.-Liatowitsch/Mordasini, Art. 213 ZPO N. 33; KuKo-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 213 ZPO N. 1 ff.; CR-Bohnet, Art. 213 ZPO N. 6.

1164. BSK-Ruggle, Art. 213 ZPO N. 2.

«rechtskräftigen Entscheids» (Art. 208 Abs. 2 ZPO); scheitert die Mediation, so wird die Klagebewilligung von der Schlichtungsbehörde ausgestellt (Art. 213 Abs. 3 ZPO).[1165] Eine Mediation kann auch im Rahmen eines Gerichtsverfahrens angeordnet – oder eher empfohlen – werden. Die Entscheidung dazu liegt im Ermessen und der Eigeninitiative der zuständigen Richterin oder des Richters.[1166] Im Modell einer gerichtsnahen Mediation wird dabei vom Beizug externer Mediationspersonen ausgegangen,[1167] wobei der Faktor Zeit häufig als Argument für diese Art von Mediation angeführt wird, ist doch ein Termin für eine Mediation normalerweise kurzfristiger verfügbar als ein Termin für eine klassische mündliche Verhandlung.[1168] Ebenso wichtig wie der Faktor Zeit ist das Argument der Kostenreduktion.[1169] Entscheidend ist vor allem, dass eine Mediation, welche im Zusammenhang mit einem Zivilprozess stattfindet, stets **vom gerichtlichen Verfahren unabhängig** (Art. 216 Abs. 1 ZPO) bleibt.[1170] Auch wenn der gesetzgeberische Auftrag an die Gerichte bestehen bleibt, Konflikte zwischen Streitenden mittels eines Urteilsspruchs zu beenden, sieht Staubli in der Mediation für das Gericht ein zusätzliches Konfliktlösungsinstrument.[1171] Dabei muss der konkrete Fall wie üblich gesondert auf seine Mediationstauglichkeit hin überprüft werden,[1172] bevor eine solche eingeleitet wird.

3. Schiedsgerichtsbarkeit

Im Unterschied zur Mediation, bei welcher die Entscheidungskompetenz stets bei den Konfliktparteien selbst liegt, übertragen die Parteien bei der ADR-Methode «**Schiedsgerichtsbarkeit**» sowohl diese Entscheidungskompetenz als auch die Autorität zur entsprechenden Prozessgestaltung an eine einzige oder auch mehrere, durch sie einvernehmlich bestimmte neutrale Drittpersonen.[1173] Die Kompetenz der Schiedsgerichte wird dabei vom Staat 13

1165. BSK-Ruggle, Art. 213 ZPO N. 2.
1166. Staubli, S. 122.
1167. Schmiedel/Wendenburg, S. 115.
1168. Glässer, S. 127.
1169. Glässer, S. 127.
1170. Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 62 Rz. 97; zum Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren siehe: BSK-Ruggle, Art. 216 ZPO N. 1 ff.; KuKo-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 216 ZPO N. 1 ff.; CR-Bohnet, Art. 216 ZPO N. 1 ff.
1171. Staubli, S. 122.
1172. Staubli, S. 123, mit einem Katalog nützlicher Indikationskriterien.
1173. Rosner/Winheller, S. 30.

erteilt,[1174] womit sie als von privaten oder öffentlichen Rechtssubjekten eingesetzte **Privatgerichte** für Zivilstreitigkeiten fungieren, indem sie von den Parteien aufgrund einer privat vereinbarten Willenserklärung angerufen werden.[1175]

14 Als Schiedsgericht gilt somit ein «Spruchkörper, der durch die Parteien anstelle der normalerweise zuständigen staatlichen Gerichte zur verbindlichen Streitentscheidung eingesetzt wurde».[1176] Wie bei der Mediation findet sich weder in der ZPO noch im IPRG eine **gesetzliche Definition** der Schiedsgerichtsbarkeit; das Verfahren und die Schiedsfähigkeit werden allerdings ausführlich unter Art. 353 ff. ZPO und Art. 176 ff. IPRG behandelt.[1177] Grundsätzlich wird zwischen institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit und Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit unterschieden.[1178] Der verbindliche Charakter der Konfliktlösung unterscheidet die Schiedsgerichtsbarkeit von Mediations- und Schlichtungsverfahren.[1179]

IV. RECHTSGRUNDLAGEN, ANWENDUNGSBEREICH UND VERTRÄGE

A. Rechtsgrundlagen

15 Die Mediation ist als Methode erst in wenigen schweizerischen Bundesgesetzen zu finden. Als primärer Einsatzbereich gilt der **Zivilprozess** (Art. 213 ff. ZPO), das **Verwaltungsverfahren vor Bundesbehörden** (Art. 33 VwVG) sowie der **Jugendstrafprozess** (Art. 17 JStPO); wobei auf eine Aufnahme der Mediation in die schweizerische StPO bisher verzichtet wurde.[1180] Als Alternative zum herkömmlichen Schlichtungsverfahren oder als ergänzendes Instrument während des Gerichtsprozesses wird die Mediation hauptsächlich im Zivilprozess eingesetzt. Sie eignet sich ferner insbesondere

1174. BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vorb. zu Art. 353–399 ZPO N. 9.
1175. KuKo-Dasser, Vorb. zu Art. 353–399 ZPO N. 3.
1176. BGer 4P.114/2006 vom 7.9.2006 E. 4.1; BGE 125 I 389, E. 4a; KuKo-Dasser, Vorb. zu Art. 353–399 ZPO N. 3.
1177. Siehe dazu: Wildhaber/Johnson Wilcke, S. 161.
1178. Ausführlich zu dieser Abgrenzung: Fischer/Schneuwly, S. 427 ff.
1179. PC-Göksu, Vorb. zu Art. 353–399 ZPO N. 9; CR-Schweizer, Art. 353 ZPO N. 6.
1180. KuKo-Gloor/Umbricht Lukas, Vorb. zu Art. 213–218 ZPO N. 3.

für Kinderbelange in familienrechtlichen Verfahren (Art. 297 Abs. 2 ZPO) und wird dort auch oft genutzt.[1181]

In Bezug auf die Verweigerung von Aussagen durch die Mediationsperson regelt die ZPO explizit, dass Mediatorinnen und Mediatoren im Hinblick auf Mitwirkungspflichten im gerichtlichen Beweisverfahren (Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO), ein beschränktes Verweigerungsrecht haben. Diese Regelung innerhalb der ZPO gilt allerdings einzig und alleine im Umgang mit Gerichtsbehörden und regelt damit nur das Verhältnis der Mediation zum gerichtlichen Verfahren.[1182] Was die inhaltliche bzw. methodische Ausgestaltung der Mediation als Verfahren betrifft, so sind für Mediatorinnen und Mediatoren diesbezüglich die Regeln einschlägiger Dachverbände wie etwa dem Schweizerischen Dachverband für Mediation (SDM-FSM), der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation (SKWM) oder des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) massgebend. 16

B. Hauptanwendungsbereich der Mediation

Wenngleich Mediation sich in fast allen Bereichen zwischenmenschlicher Konfliktkonstellationen einsetzen lässt, haben sich im Verlauf der Zeit einige Schwerpunkte gebildet, bei denen sich die ADR-Methode der Mediation besonders stark etabliert hat. Als **Hauptanwendungsbereiche** der Mediation lassen sich in der Schweiz einerseits **familienrechtliche** und andererseits **arbeitsrechtliche Angelegenheiten**[1183] bezeichnen, was sich im Übrigen auch in den entsprechenden Gesetzesbestimmungen verschiedener europäischen Staaten[1184] widerspiegelt. Diese Fokussierung auf bestimmte Anwendungsbereiche wurde u.a. dadurch sichtbar, dass sich spezifische Weiterbildungsangebote für Mediatorinnen und Mediatoren herausgebildet haben, die zu einer zunehmenden Spezialisierung der Mediationspersonen in einem Fachgebiet geführt hat[1185] und die Weiterbildungsinstitute das Angebot der Studiengänge den Bedürfnissen der Praxis entsprechend anpassen. Diese Entwicklung hin zur Spezialisierung 17

1181. KuKo-Gloor/Umbricht Lukas, Vorb. zu Art. 213–218 ZPO N. 7; Schulthess-Komm.-Liatowitsch/Mordasini, Art. 213 ZPO N. 7 ff.
1182. KuKo-Gloor/Umbricht Lukas, Vorb. zu Art. 213–218 ZPO N. 7.
1183. Girsberger/Peter, Rz. 447; Proksch, S. 33; Schüttel, S. 24.
1184. Mundschütz, S. 87 ff.
1185. Kolodej, S. 178.

lässt sich auch in den USA verfolgen;[1186] im Gegensatz zur Schweiz stehen in den USA z.B. nicht primär familien- und arbeitsrechtliche Konflikte, sondern eher Konflikte aus der Wirtschaftsmediation[1187] im Vordergrund.

18 Es kommt immer wieder vor, dass eine Konfliktsituation in einem Bereich stattfindet, bei denen gewisse Fachkenntnisse ggf. hilfreich sein können. Obschon die Frage, ob Mediatorinnen und Mediatoren solche **Fachkenntnisse** im konkreten Anwendungsbereich mitbringen *sollten* durchaus diskutiert wird,[1188] gibt es darauf keine eindeutige Antwort.[1189] Grundsätzlich geht es nämlich bei der Mediation nicht um die Klärung strittiger Fachfragen, sondern um die Lösung des dahinterliegenden Konfliktverhältnisses zwischen den Menschen. Gewiss kann das Vorhandensein von Sachkompetenz der Mediationsperson im jeweiligen Anwendungsbereich zielführend sein,[1190] denn ansonsten riskiert letztere allfällige Fallstricke oder Hintergründe nicht auf Anhieb zu erkennen[1191] und damit die professionelle Durchführung des Mediationsverfahrens zu gefährden. Zudem fragen Konfliktparteien in der Praxis auch häufig nach, ob die Mediationsperson auf dem einschlägigen Gebiet über Erfahrung bzw. eine gewisse Expertise verfügt. Dies ist auch verständlich, wollen die Konfliktparteien damit doch sicherstellen, dass es sich bei der konkreten Mediatorin oder der Mediator um eine geeignete und kompetente Fachperson handelt, auf dessen Fähigkeiten sie sich im Mediationsprozess verlassen müssen. Auf der anderen Seite besteht dabei aber auch stets das Risiko, dass Fachmediatorinnen und Fachmediatoren ihr spezifisches Wissen zu einseitig einsetzen, in eine Expertenrolle abdriften, bestimmte Tendenzen verfolgen und schliesslich aufgrund ihrer fundierten Kenntnisse im jeweiligen Fachgebiet nicht mehr als allparteilich auftreten können.[1192] Dasselbe gilt in Bezug auf die Rolle des Rechts in der Mediation: Wenngleich es bei fast allen Konflikten eine rechtliche Komponente gibt, welche Grundlage für Diskussionen bilden könnte, muss die juristische Einordnung des

1186. Geronemus/Shaw, S. 893: «Boutique employment mediation firms have been formed in response to market demand.»; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 3.
1187. Dekker, S. 557 ff., mit einer guten Einführung.
1188. Erzigkeit, S. 572.
1189. Hilmer, S. 67.
1190. Hamacher/Erzigkeit/Sage, S. 71.
1191. Hilmer, S. 67.
1192. Hilmer, S. 67.

Streitgegenstandes im Mediationsverfahren gerade nicht zwangsläufig Grundlage der Konfliktlösung bilden: Die Mediation dient im Gegensatz zum klassischen Gerichtsverfahren gerade nicht der rechtlichen Abwägung und Entscheidung in der Sache, sondern der konkreten Auseinandersetzung von Konfliktparteien mit den Interessen und Bedürfnissen, welche ihren Forderungen zugrunde liegen. Die juristische Ebene kann aber eingangs zur Orientierung[1193] durchaus nützlich sein, da sich damit eine Priorisierung auf eine spezifisch sachbezogene Lösung durch die Beteiligten herausbilden kann.[1194] Aufgabe der Mediatorin oder des Mediators ist ausschliesslich die Bearbeitung des Konflikts mit den Parteien, nicht die fachliche Beurteilung oder Reflexion des Konfliktgegenstandes. Letztlich liegt die Entscheidung, ob nun eine vertiefte Fachkompetenz der Mediationsperson im Vordergrund steht, allein bei den beteiligten Konfliktparteien, welche ihre persönlichen und fallspezifischen Anforderungen abwägen müssen, bevor sie sich entscheiden.

C. Verträge in der Mediation

1. Rechtliche Einordnung

19 Verträge können im Mediationsverfahren auf mehreren Etappen eine Rolle spielen, da verschiedene **vertragliche Vereinbarungen** abgeschlossen werden können. Wichtig festzustellen ist, dass die Schweiz keine ausdrücklichen Bestimmungen über vertragliche Vereinbarungen im Mediationsverfahren kennt,[1195] und dass sich auch **keine einheitliche Terminologie** dazu entwickelte.[1196] Lenz und Sommer setzen Hauptakzente auf die Mediationsvereinbarung, die zu Beginn der Mediation abgeschlossen

1193. Schuettel, S. 24.

1194. Buschmann, S. 4; Carniero/Novais/Andrade/Zelenikow/Neves, S. 2: «This should be done by maintaining the parties focussed on the subject of the dispute and by facilitating all the interaction and communication between them. The mediators are hence essential as their skills and aptitudes may represent the success or failure of the dispute resolution process.»

1195. Daran würde wohl aber auch ein Erlass über Mediation nichts ändern, enthält doch das deutsche Mediationsgesetz auch keine ausdrücklichen Bestimmungen über vertragliche Vereinbarungen im Mediationsverfahren: Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow, S. 37. Im Gegensatz zu Vorurteilen sind Stereotypen nicht zwingend positiv oder negativ konnotiert: Thiele, S. 36, m.w.H.; Zaal, S. 4; siehe auch: Hillard, S. 23: «Definitions of stereotypes vary, and researchers disagree on the essential qualities of stereotypes.»; Ossenberg, S. 5.

1196. Girsberger/Peter, Rz. 736.

wird, und auf die Mediationsabschlussvereinbarung, welche das allfällige Ergebnis der Mediation festhält.[1197] Rein rechtlich ergibt sich aus dem Grundsatz der Privatautonomie, dass jedes Rechtssubjekt die Möglichkeit hat, seine Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten, was eine Vielfalt möglicher Vertragsvereinbarungen in der Mediation ermöglicht.[1198] Die konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Verhältnisse hängen demnach von den Bedürfnissen und Wünschen der Konfliktparteien, aber auch von den allenfalls vorhandenen Vertragsvorlagen der Mediationsperson ab.

20 Rechtlich ist das **Mediationsverhältnis zwischen Klientschaft und Mediationsperson** als **einfacher Auftrag** gem. **Art. 394 ff. OR** zu qualifizieren.[1199] Zum Verhältnis zwischen Konfliktparteien und Schiedsrichter bzw. Schiedsrichterin[1200] besteht eine Analogie.[1201] Wie im Auftragsrecht üblich schuldet die Mediationsperson keinen Erfolg, womit die Erfüllungswirkung des konkreten Auftrages mit einer ordentlichen Beendigung des Mediationsverfahrens eintritt, und zwar unabhängig davon, ob die Konfliktparteien eine Einigung erzielen konnten. Aus dem Freiwilligkeitsgrundsatz ergibt sich damit implizit weiter, dass der Auftrag auch bei abgebrochenen Mediationen erfüllt ist, können Mediatorinnen und Mediatoren ihre Klientschaft verständlicherweise nicht zur geordneten Beendigung des Verfahrens drängen. Dieser Grundsatz ergibt sich nicht nur auf juristischer Ebene aus Auftragsrecht, sondern auch aus dem methodischen Kernelement der Mediation, welches die Verantwortung zur Erarbeitung einer materiellen Konfliktlösung allein in die Hände der Konfliktparteien legt,[1202] da sie ihre Entscheidungen grundsätzlich ohne Fremdeinwirkung treffen müssen.[1203] Die Honorarvereinbarung wird in der Regel im Vorfeld[1204] mit den Konfliktparteien ausgehandelt,[1205] wenngleich der Begriff des Aushandelns in diesem Zusammenhang nicht unproblematisch ist.[1206] Damit ist nicht gemeint,

1197. Lenz/Sommer, S. 176 ff., m.w.H.; auch Henschel hat die Bedeutung von Verträgen in der Mediation untersucht: Henschel, S. 41 ff.
1198. Cornelius, S. 94.
1199. Fischer, S. 306.
1200. Stacher, S. 32 ff., 46.
1201. Fischer, S. 306.
1202. Ausführlich dazu: Götz, S. 282; sowie: Horn, S. 195; Pfändler, S. 51; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 5.
1203. Erk, S. 148; Morawe, S. 6; Proksch, S. 2.
1204. Besemer, S. 105; Kobel/Rüedi, S. 446.
1205. Götz, S. 283.

dass in der Praxis mit potentiellen Klienten über die Höhe des Honorars i.e.S. verhandelt bzw. debattiert wird. Die einzelnen Bedingungen des Mediationshonorars orientieren sich primär am Stamm- oder Quellberuf der Mediationsperson, zumal Mediationsverfahren ganz grundsätzlich entgeltlich sind.[1207] Die Konfliktparteien verfügen in Bezug auf die Honorarfrage dementsprechend über keinen eigentlichen Gestaltungsspielraum, es sei denn, die Mediationsperson einigt sich mit der Klientschaft auf Basis eines zur Verfügung stehenden Budgets auf einen pauschalen Betrag mit genau festgelegten Rahmenbedingungen. Umgekehrt können Mediatorinnen und Mediatoren freiwillig spezielle Tarife vorsehen, wenn dies aus ihrer Perspektive in konkreten Fall als opportun erscheint. So würde beispielsweise eine anwaltlich ausgebildete Mediationsperson in einem Wirtschaftsmediations-Fall gewiss ein unterschiedliches Honorar veranschlagen als dies bei einem Mediator mit sozialem Hintergrund der Fall sein würde, bei dem ein familienrechtlicher Konflikt zu lösen ist. Bei den hybriden ADR-Formen wie MEDARB oder MEDALOA spielen zusätzlich die marktüblichen Honorare von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern eine Rolle. Wie beim Anwaltsberuf hat sowohl die Region als auch das Fachgebiet einen wesentlichen Einfluss auf die Höhe des Honorars.

2. Mediationsabrede und Arbeitsbündnis

Das erste Vertragsverhältnis konstituiert die Rechtsbeziehung zwischen den Konfliktparteien selbst: Als **Mediationsabrede** wird gemeinhin die Entscheidung zwischen den Parteien bezeichnet, eine Mediation durchzuführen bzw. aufzunehmen,[1208] und ebendiese Entscheidung ggf. in einer gegenseitigen schriftlichen Vereinbarung festzuhalten. In der Literatur finden sich aber auch andere Bezeichnungen für dieses zwischenparteiliche Rechtsverhältnis, wobei die Rechtsnatur dieser Beziehung zwischen den Parteien noch nicht abschliessend geklärt ist: So vertreten Eiholzer,[1209] aber auch Fankhauser-Lobsiger[1210] die Ansicht, das Rechtsverhältnis sei als ausserhalb der gesetzlichen Typenordnung stehende Abrede sui generis und deshalb als Innominatkontrakt zu behandeln. 21

1206 Busmann/von Ins, S. 247.
1207 Fischer, S. 306.
1208 Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow, S. 38.
1209 Eiholzer, Rz. 350.
1210 Fankhauser-Lobsiger, S. 5.

22 Ob die abgeschlossene Mediationsabrede als Konfliktlösungs*versuch* zwischen den Parteien eine rechtliche Verbindlichkeit zu entfalten vermag, und somit einen Klagehinderungsgrund bildet.[1211] Das Hauptargument dafür ist, dass der Mediationsprozess aufgrund des Freiwilligkeitsgrundsatzes[1212] einseitig und jederzeit von einer oder beiden Konfliktparteien abgebrochen werden müssen darf,[1213] was als Voraussetzung etwa von Gerichten in Deutschland in der Vergangenheit auch so gestützt wurde.[1214] Dieser Ansicht wird entgegengehalten, dass eine Mediationsabrede auf Grundlage des pacta-sunt-servanda-Grundsatzes nicht übergangen werden darf und trotz des im Grunde jederzeit möglichen Abbruchs zumindest gewisse Mindestschritte eines Mediationsverfahrens eingeleitet und durchlaufen werden müssen.[1215] Wie diese Mindestschritte allerdings konkret auszusehen hätten, ist unklar. In der Praxis würden als Beispiele für «wesentliche Gründe», ein Mediationsverfahren abzubrechen etwa die Situation zu nennen, dass die Mediationsperson selbst eine Einigung der Parteien als aussichtslos einstuft, wenn eine oder beide Konfliktparteien wiederholt gegen vorgängig vereinbarten Prinzipien verstossen oder wenn die Neutralität bzw. Allparteilichkeit der Mediatorin oder des Mediators nicht mehr gegeben ist.[1216] Zudem ist festzuhalten, dass ein Beharren auf einem Mediationsverfahren auch derjenigen Partei nichts bringt, welche das Verfahren lieber nicht abbrechen würde: Ist nämlich nicht einmal ein minimaler Konsens über die Durchführung einer Mediation vorhanden, sind die Erfolgsaussichten einer freiwilligen Konfliktlösung sehr überschaubar. Zudem existieren auch so hoffnungslos festgefahrene Konflikte, dass sich sowohl die Konfliktparteien als auch die Mediatorin oder der Mediator entscheiden, die begonnene Mediation abzubrechen.[1217]

23 Sobald die Beteiligten ihre Ziele im Mediationsverfahren klar definiert haben und die Mediationsabrede zwischen den Konfliktparteien zustande

1211. Girsberger/Peter, Rz. 740 ff. und insbes. 744; Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow, S. 38.
1212. Warwel, S. 24.
1213. Erk, S. 150; Landry, S. 263: «If the participants reach an impasse during mediation, they are free to end the process and resort to either another ADR method or trial.»; Pfändler, S. 51; Wegner-Kirchhoff/Kellner, S. 5.
1214. Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow, S. 38 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt (OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.5.2009 – 14 Sch 4/09 –, in: NJW-RR 2010, S. 788 ff.) sowie des Landesgerichts Heilbronn (LG Heilbronn, Urteil vom 10.9.2010 – 4 O 259/09 –, in: ZKM 2011, S. 29).
1215. Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow, S. 39; Warwel, S. 24.

gekommen ist, kann die Mediationsperson den Verfahrensablauf im Detail erklären und versuchen, die Prinzipien für die gemeinsame Arbeit zu erläutern,[1218] welche in Form eines sogenannten **Arbeitsbündnisses** festgehalten werden können[1219] (aber nicht müssen). Das Arbeitsbündnis beinhaltet die wesentlichen Grundregeln des Mediationsverfahrens in Bezug auf Freiwilligkeit, Offenheit, Informiertheit und Offenlegung, Eigenverantwortlichkeit, Neutralität, Vertraulichkeit bzw. Verschwiegenheit, [1220] Schweigepflicht sowie zum Zeugnisverweigerungsrecht.[1221] Je nach dem kann dieses in schriftlicher oder mündlicher Form festgehalten, oder z.B. auch grafisch auf einem Flipchart geschlossen werden.[1222] Gegenüber mündlichen und grafischen Abreden hat eine schriftliche Vereinbarung den entscheidenden Vorteil, dass die Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsbündnis stets nachvollziehbar und sichtbar bleiben[1223] und auch jeder Konfliktpartei ein konkretes Exemplar ausgehändigt werden kann. Wird ein solches Arbeitsbündnis geschlossen, so sollte auch das Vorgehen bei einem allfälligen Abbruch oder einer Kündigung des Mediationsverfahrens im Arbeitsbündnis festgehalten werden:[1224] Gerade wenn die Mediationsperson zu Beginn eines Mediationsprozesses Signale wahrnimmt, welche für eine spätere Eskalation sprechen, lohnt sich die ausdrückliche Thematisierung dieses Abbruch-Szenarios bereits in einem frühen Stadium. Einzelne Punkte können danach auch während des Mediationsprozesses im Einverständnis aller Parteien ergänzt werden, nicht selten tauchen nämlich gewissen Themen erst später im Verfahren auf.

3. Mediationsvertrag und Mediationsvereinbarung

Gemäss herrschender Lehre wird die Übereinkunft zwischen Mediationsperson und den Konfliktparteien als **Mediationsvertrag** 24

1217. Fillié-Utz, S. 229, mit einem praktischen Beispiel für einen Mediationsabbruch. Manchmal hilft diesbezüglich auch das schiere Verstreichen von Zeit bzw. die individuelle psychische Arbeit der Beteiligten oder der verständnisvolle und besonnene Blick Dritter, um die Blockade dereinst zu lösen: Fischer-Homberger/Zanolli, S. 26.
1216. Hinrichs, S. 189; Warwel, S. 24.
1218. Morawe, S. 24.
1219. Morawe, S. 24; Warwel, S. 24.
1220 Deutschmann/Lenz, S. 99.
1221. Bisel, S. 16; Gornig, S. 243; Warwel, S. 24.
1222 Berger/Ukowitz, S. 107; Morawe, S. 24.
1223 Berger/Ukowitz, S. 109.

bezeichnet[1225] und bezeichnet eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Personen oder Gruppen mit einer oder mehreren Mediationspersonen.[1226] Die deutsche Literatur verwendet für dasselbe Rechtsverhältnis demgegenüber den Begriff des **Mediatorvertrags**.[1227] Die Vereinbarung über das Ergebnis des Mediationsverfahrens wird im Gegensatz dazu häufig als **Mediationsvereinbarung** bezeichnet. Es liegt im freien Ermessen der Parteien zu entscheiden, mit welchem Ergebnis sie die Mediation abschliessen,[1228] womit jede von den Beteiligten erarbeitete Einigung am Ende eines Mediationsprozesses als Ausdruck des Parteiwillens verstanden werden,[1229] welche durchaus Komponenten einer kreativen Leistung beinhalten kann.[1230]

25 Wurde im Rahmen des Arbeitsbündnisses der Abschluss einer **rechtsverbindlichen Vereinbarung** in Aussicht gestellt, so liegt es in der Verantwortung der Mediatorin oder des Mediators, die nötigen formellen Erfordernisse einzuhalten.[1231] Aus Perspektive der Parteien sollte deshalb auch zentral sein, dass sie bei der Wahl der Mediationsperson auch an diesbezügliche Kompetenzen denken. Im Falle, dass Mediationspersonen ohne juristischen Hintergrund mandatiert werden, ist empfehlenswert, die Mediationsvereinbarung zusätzlich von einer Juristin oder einem Juristen anfertigen oder zumindest überprüfen zu lassen,[1232] um sicher zu gehen, dass das Dokument auch aus rechtlicher Sicht standhält. Auch die Inanspruchnahme allgemeiner anwaltlicher Beratungen bedeutet allerdings nicht, dass die beteiligten Konfliktparteien nicht mehr aktiv am Mediationsverfahren teilnehmen, [1233] da es einzig darum geht, den Sachverhalt einer Juristin bzw. einem Juristen zu schildern und sich die

1224 Berger/Ukowitz, S. 110.

1225 Girsberger/Peter, Rz. 449; Deutschmann/Lenz, S. 99, mit dem Hinweis auf Österreich, wo zwischen eingetragenen und nicht-eingetragenen Mediatorinnen und Mediatoren differenziert wird.

1226 Girsberger/Peter, Rz. 737.

1227 Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow, S. 38.

1228 Horn, S. 196; Irle, S. 11.

1229 Grill, S. 40; Horn, S. 194; Sensburg, S. 25; Wegner-Kirchhoff/Kellner, S. 5.

1230 Reitz, S. 122; Greiter, S. 287 ff.

1231 Berger/Ukowitz, S. 111.

1232 Berger/Ukowitz, S. 111.

1233 Günther/Hilber, § 15 N. 68; Itten, S. 169, zur Bedeutung des Ergebnisses beim Mediationsprozess; ferner auch: Glenewinkel/Kraft, S. 501 ff.; und Wambach-Schulz, S. 415 ff.

Rechtslage darstellen zu lassen,[1234] da eine allgemeine juristische Einschätzung nicht zum Tätigkeitsfeld der Mediationsperson gehört. Eine aktive Teilnahme aller Beteiligten gewährleistet dabei, dass die Interessen der Konfliktparteien im Vordergrund stehen[1235] und sich keine Konfliktpartei dadurch einen Vorteil verschafft.

V. GRUNDSÄTZE UND STRUKTUR DES MEDIATIONSVERFAHRENS

Im Zuge der modernen Mediationsbewegung entstanden zahlreiche eigene Regeln und Maximen der Mediationslehre, aber auch die Konzeptualisierung einschlägiger Aus- und Weiterbildungen[1236] sowie die Etablierung von Forschungsinstituten.[1237] Die zunehmende Professionalisierung von Mediation hat dementsprechend auch zu einem Katalog allgemeiner Grundprinzipien geführt, welcher sich inzwischen mehr oder weniger weltweit durchgesetzt und in der Literatur etabliert hat. Diese Grundprinzipien verfügen dabei allerdings nicht über einen zwingenden Charakter,[1238] sondern werden als Orientierungslinie und Leitfaden für die mediative Tätigkeit verstanden. 26

A. Grundsätze des Mediationsverfahrens

Die Möglichkeit, mit Konfliktparteien eine gütliche Einigung zu erzielen, zielt darauf ab, dass diesen eine maximale Gestaltungsfreiheit ihres Lösungsfindungsprozesses gewährt wird.[1239] Dieser Grundsatz wird in Praxis und Lehre unter dem Begriff der **Parteiautonomie** zusammengefasst und meint, dass die Beteiligten die Lösungsfindung vor allem ohne direkte Einflussnahme der Mediatorin oder des Mediators selbständig bewältigen.[1240] Die daraus von der Mediationsperson geforderte Zurückhaltung bei der Formulierung von Lösungsvorschlägen ist deshalb nicht nur für die 27

1234 Gornig, S. 243.
1235 Günther/Hilber, § 15 N. 68.
1236 Van der Vleugel, S. 81: «Multiple associations have been set up in various countries to develop mediation. (...). Various mediation centres ensure professional education, seminars and conferences, ensuring continuous training and guaranteeing professionalism of mediators.»
1237 Röthemeyer, S. 32.
1238 Ade/Alexander, Rz. 37.
1239 Grill, S. 39; Lehmann, S. 181; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 2.
1240 Erk, S. 148; Pfändler, S. 51.

Charakterisierung der Rolle als Mediatorin oder Mediator massgebend, sondern schafft vielmehr überhaupt erst einen Raum, in welchem die Konfliktparteien an einer eigenen Lösung arbeiten können. Mit der Maxime der Parteiautonomie eng verknüpft ist im Mediationsverfahren auch das Prinzip der **Eigenverantwortung**, wonach die Beteiligten für die Lösung ihres Konflikts auch die gesamte Verantwortung tragen.[1241] Die wenig invasive Rolle der Mediationsperson ermöglicht den Parteien demnach nicht nur einen Raum zur Lösungsfindung, sondern überträgt ihnen mit der ausschliesslichen Kompetenz auch die Pflicht, diese im vorgesehenen Rahmen des Mediationsverfahrens zu erreichen. Übereinstimmend wird weiter die **Vertraulichkeit** als fundamentaler Grundsatz des Mediationsverfahrens betrachtet,[1242] wenngleich dazu auch hier die unterschiedlichsten Ausformulierungen existieren.[1243] Zu diesen drei von der Lehre übereinstimmend als unabdingbar vorausgesetzten Bedingungen des Mediationsverfahrens kommen je nach Autorenschaft zusätzlich formulierte Grundsätze wie derjenige der **Offenheit** dazu:[1244] Mit dem Kriterium der «Offenheit» ist die konstruktive Auseinandersetzung der Parteien gemeint, welche das Dulden gegenseitiger Konfrontation mit relevanten Tatsachen als auch mit persönlichen Standpunkten umfasst.[1245] Konkret sollte es den Beteiligten also möglich sein, in der Mediation auch unangenehme Themen anzusprechen und zu offenbaren, welche u.U. ihre Position schwächen könnten,[1246] ohne dabei aber einen juristischen Nachteil befürchten zu müssen.[1247] Ein vertraulicher, und in diesem Sinne «offener» Rahmen erlaubt es den Parteien über ihren bisherigen Erfahrungshorizont hinauszuwachsen und eigene kreative Lösungen zu finden.[1248]

1241 Prestin, S. 20; Zbinden, S. 3.

1242 Canyameres/Salberg, S. 41; Deutschmann/Lenz, S. 98 ff.; Erk, S. 150; Fankhauser-Lobsiger, S. 63; Gabriel, S. 154 ff.; Grill, S. 39; Horn, S. 195; Morawe, S. 67; Normann/Löbel, S. 233; Proksch, S. 17; Wegner-Kirchhoff/Kellner, S. 3.

1243 Steinacher, S. 15.

1244 Siehe dazu ausführlich: Fischer/Schneuwly, S. 262.

1245 Fankhauser-Lobsiger, S. 63; Heigl, S. 31, m.w.H. zur konstruktiven Konfliktbewältigung; siehe dazu ferner Koch, S. 324.

1246 Berger/Ukowitz, S. 110.

1247 Gornig, S. 243; Grill, S. 39; Oldenbruch, S. 1; Wermke, S. 48.

1248 Gabriel, S. 154: «The confidentiality of mediation processes as well as the trust established and the willingness or pressure to find a solution ideally stimulates conflict parties to think and discuss outside the box, meaning outside of current political, economic, social and cultural structures».

Unter dem Grundsatz der **Freiwilligkeit** ist zu verstehen, dass die Beteiligten aus freien Stücken, d.h. ohne Zwang an einer Mediation teilnehmen[1249] und auf keine Art und Weise unter Druck gesetzt werden dürfen, einen Ausweg aus dem Konflikt zu finden.[1250] Unbesehen des *methodischen* Grundsatzes der Freiwilligkeit gibt es jedoch Situationen, in denen Parteien zu einer Mediation angehalten sind, was als sog. **Pflichtmediation** bezeichnet wird[1251] und vom Bundesgericht gestützt wurde.[1252] Die einschlägige **rechtliche Grundlage** für die **Pflichtmediation** ergibt sich aus **Art. 307 Abs. 3 ZGB**,[1253] welcher sog. geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindswohls vorsieht. Wenngleich in der Botschaft zur ZPO die Freiwilligkeit der Mediation als ihr Kernelement bezeichnet wird, welche den Parteien höchstens empfohlen werden könne, [1254] unterscheidet sich die Pflichtmediation von der freiwilligen v.a. in Bezug auf den Anwendungsbereich: Angeordnete Mediationen kommen spezifisch bei Familienfragen zum Tragen kommt haben die Interessen und Rechte der Kinder im Fokus, auch wenn sich im Einzelfall ein Elternteil dagegen wehren sollte.[1255] 28

B. Struktur des Mediationsverfahrens (Phasenmodell)

Das Mediationsverfahren wird in der Praxis auf Basis unterschiedlicher Modelle durchgeführt,[1256] einen strikt vorgegebenen Ablauf gibt es damit nicht:[1257] Von dreistufigen Verfahren bis hin zu einer Mediation in 12 Stufen werden in der Literatur die verschiedensten Varianten vorgestellt.[1258] Je nach Anwendungsbereich haben sich gewisse Gepflogenheiten durchgesetzt: So werden etwa bei der Familienmediation mehrere, zeitlich auseinanderliegende Sitzungen durchlaufen, während im Bereich der Wirtschaftsmediation eher Blockverfahren üblich sind.[1259] Was gemäss h.L. als 29

1249 Landry, S. 263: «If the participants reach an impasse during mediation, they are free to end the process and resort to either another ADR method or trial»; Mähler/Mähler, S. 19.
1250 Pfändler, S. 51.
1251 Staub, S. 121 ff., mit vertiefenden Ausführungen dazu; auch: Merz, S. 31.
1252 Siehe dazu ausführlich: BGer 5A_457/2009 vom 9.12.2009.
1253 Pauluhn, S. 117.
1254 Botschaft ZPO, S. 7337; Pauluhn, S. 117.
1255 Pauluhn, S. 117.
1256 Klappenbach, S. 34.
1257 Gornig, S. 243.
1258 Ihde, S. 26.
1259 Klappenbach, S. 34.

kleinster gemeinsamer Nenner gelten kann, ist der Beschrieb des Mediationsablaufs nach einem strukturierten **Phasenmodell**,[1260] welches unabhängig von den Varianten im Grundsatz gleich aufgebaut ist.[1261] Die einzelnen Phasen sind dabei jedoch nicht als starrer Verlaufsplan zu verstehen, sondern als Basisstruktur, welche unter Umständen – nach Absprache mit den Parteien[1262] – auch flexibel angepasst werden muss:[1263]

30 Das Phasenmodell dient der **Orientierung** und der **Vermeidung grober Ablauffehler**,[1264] welche gerade in hocheskalierten Konfliktsituationen passieren können. Durch die vorgegebene Struktur wird die Auflösung von Blockaden zwischen den Teilnehmenden möglich.[1265] Zudem eignet sich das Phasenmodell dazu, die kooperative Haltung der Parteien zu fördern und den prozessualen Ablauf besser steuerbar machen.[1266] Beim Übergang von einer Phase in die nächste kann es sinnvoll sein, die bisherigen Ergebnisse kurz zusammenzufassen und zu würdigen.[1267]

Phase 0: Vorphase

31 Die **Vorphase** ist für die Mediation von zentraler Bedeutung und bildet den Erstkontakt zwischen Mediator und potentieller Klientschaft.[1268] Die Erstanfrage ist deshalb streng genommen noch kein Auftragsverhältnis, sondern vielmehr als eine **invitatio ad offerendum** zu qualifizieren.[1269] Aus rechtlicher Perspektive ist für die Mediationsperson damit entscheidend, zu welchem Zeitpunkt das eigentliche Auftragsverhältnis entsteht bzw. wann sie sich zunächst lediglich in einer Anbahnungsphase zum eigentlichen Auftrag befindet.[1270] Klärungsbedürftig ist primär, *wer* die Auftraggeber sind und *wie* der Auftrag lautet.[1271] Das solide Aufgleisen dieser Vorphase hat einen

---

1260 Berres, S. 253; Girsberger/Peter, Rz. 486; Günter/Bruns, S. 87; Horn, S. 194; Horstmeier, S. 56 ff.; Klappenbach, S. 34 ff.; Lies, S. 261 ff.; Marugg, S. 14 ff.; Morawe, S. 13 ff.; Normann/Löbel, S. 234; Pfändler, S. 51; Proksch, S. 7; Warwel, S. 23; Wegner-Kirchhoff/Kellner, S. 3; Wermke, S. 46 ff.; Wetzstein, S. 124 ff.; Zbinden, S. 4; Zuber, S. 40 ff.

1261 Hattemer, S. 50; Rabe/Wode, S. 109; Zbinden, S. 4.

1262 Marugg, S. 14.

1263 Holler, S. 184; Klappenbach, S. 34, Köstler, S. 78; Pfändler, S. 53; Recker, S. 33; Reitz, S. 122.

1264 Köstler, S. 78; Proksch, S. 7.

1265 Kaienburg, S. 287.

1266 Warwel, S. 23.

1267 Wermke, S. 46.

1268 Besemer, S. 84; Cornelius, S. 201; Morawe, S. 13; Wermke, S. 51.

1269 Hinrichs, S. 17.

1270 Hinrichs, S. 17.

wesentlichen Einfluss auf den weiteren Verlauf der Mediation und deren Erfolgsaussichten,[1272] da gerade zu Beginn zahlreiche Stolpersteine existieren, an denen ein Mediationsprozess scheitern kann:[1273] Ein klassisches Beispiel dafür ist der Direkteinstieg in die Konfliktdiskussion, ohne vorgängig für sichere Rahmenbedingungen gesorgt zu haben.[1274] Versucht eine Partei den Prozess dahingehend zu beeinflussen, sollte die Mediationsperson die Anliegen einer Konfliktpartei auf die darauf folgende Phase vertagen,[1275] um ihre Allparteilichkeit schon *vor* einem allfälligen Auftragsverhältnis zu begründen und zu festigen.[1276] Damit ist nicht gesagt, dass man einer aufgebrachten Konfliktpartei nicht empathisch zuhören und grundsätzliche Bedürfnisse ignorieren sollte; vielmehr geht es darum letztere für die Rolle der Allparteilichkeit zu sensibilisieren und unter Berufung auf ebendiese Eigenschaft darauf zu bestehen, die eigentliche Aufarbeitung des Konflikts nur in Anwesenheit aller Beteiligten durchzuführen.

Die Risiken und Gefahren innerhalb der Vorphase können vor allem dann 32
vorliegen, wenn es sich um eine Mediation im Auftrag von Dritten handelt,[1277] also wenn z.B. ein Teamleiter die Mediationsperson damit beauftragt, einen Konflikt zwischen zwei oder mehreren Mitarbeitenden zu schlichten. In der Regel sollte der Auftrag für eine Mediation (mit Ausnahme der oben erwähnten Pflichtmediationen) basierend auf dem Freiwilligkeitsgrundsatz des Verfahrens zwingend von den Parteien selbst kommen, da diese am Ende die Expertinnen und Experten ihres Konflikts darstellen.[1278] Gleichzeitig darf eine Person mit Führungsaufgaben im Rahmen ihrer leitenden Position durchaus entscheiden, dass Konfliktverhältnisse mithilfe einer externen, neutralen Person bearbeitet werden. Der Anwendungsbereich der Wirtschaftsmediation bildet insofern eine Ausnahme von der Regel.[1279]

Phase 1: Mediationsbeginn und Orientierung

1271. Pühl, S. 84.
1272. Mayer, S. 90; eingehend zur Vorbereitung in der Wirtschaftsmediation: Falk, S. 55 ff.
1273. Kühr/Löchtefeld, S. 23.
1274. Proksch, S. 7.
1275. Cornelius, S. 201; zur diesbezüglichen Bedeutung von Einzelgesprächen: Morawe, S. 14; sowie Becker, S. 254, mit einem praktischen Beispiel.
1276. Cornelius, S. 201; Morawe, S. 13; Rabe/Wode, S. 110; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 91.
1277. Fischer/Schneuwly, S. 285 ff.
1278. Götz, S. 281; Horn, S. 195; Pfändler, S. 51; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, S. 5.
1279. Fischer, S. 79 ff., zur Frage der Eignung von Wirtschaftsmediation.

33 Normalerweise finde das erste gemeinsame Gespräch zwischen den Beteiligten und der Mediationsperson bereits in der Vorphase oder dann unmittelbar zu Beginn der ersten Phase statt. Anlässlich der **ersten Phase** oder **Phase 1** werden die Konfliktparteien gebeten, ihr Anliegen kurz und übersichtlich darzulegen,[1280] sodass die Mediationsperson Gelegenheit hat, einen entsprechenden Vertrag für den konkreten Fall auszuarbeiten,[1281] welcher der Vorbereitung der Mediation[1282] im sicheren Rahmen dient.[1283] Es ist entscheidend, die Parteien über den Ablauf und Prinzipien des Mediationsverfahrens aufzuklären[1284] und die Aufgaben der Mediationsperson zu umreissen,[1285] womit eine angenehme Atmosphäre der Transparenz entsteht,[1286] was u.a. durch entsprechende Begrüssungsrituale gesteuert werden kann.[1287] Am Ende der ersten Phase sollten alle formellen Rahmenbedingungen der Mediationsauftrages soweit geklärt sein, dass die wichtigsten Elemente in schriftlicher Vertragsform festgehalten werden können. Das gilt auch dann, wenn kein expliziter schriftlicher Vertrag geschlossen wird: Zentral ist, dass allen Beteiligten die ausgehandelten Rahmenbedingungen klar sind. Rechtlich begründet sowohl die schriftliche als auch die mündliche Abmachung eine geltende privatrechtliche Vereinbarung, je nach Konstellation zwischen zwei oder mehreren Parteien oder Gruppen bzw. je nach dem mit einer oder mehreren Mediationspersonen.[1288]

Phase 2: Sachverhalt klären und Themen bestimmen

1280 Dendorfer/Lack, S. 83: «Like all mediations, the process involves an initial joint meeting between the disputants and the mediator. Parties will use this initial phase to air their views and to educate the neutral about the case.»

1281 Bernard, S. 39: «La clarification et l'évaluation du litige déterminent s'il y a matière à médiation et si les parties sont susceptibles d'adhérer au processus. On présente alors aux parties une information minimale, mais complète, sur le processus et les exigences de la médiation. En bref, il s'agit de: Vérifier l'existence de matière à médiation, vérifier la capacité et la volonté des parties au regard de la médiation, fixer le cadre de la médiation (contrat).»; Horn, S. 195; Wermke, S. 51.

1282 Besemer, S. 88; Girsberger/Peter, Rz. 489.

1283 Schäfer, S. 29.

1284 Horn, S. 195.

1285 Girsberger/Peter, Rz. 489.

1286 Wermke, S. 51.

1287 Fischer/Schneuwly, S. 290.

1288 Girsberger/Peter, Rz. 737.

Bei der **zweiten Phase** oder **Phase 2** geht es für die Mediationsperson darum, sich einen Überblick über den Sachverhalt zu verschaffen und darauf basierend eine Themensammlung zu erarbeiten.[1289] Inhaltlich sind die Themen mit den involvierten Parteien möglichst einvernehmlich zu bestimmen.[1290] Wenngleich die Parteien ihre Sichtweisen des Konfliktgeschehens schildern,[1291] geht es für die Mediatorin oder den Mediator nicht um eine detaillierte Beschreibung des Konflikts, sondern vielmehr darum, zu erfahren, was gegenwärtig passiert[1292] und wo allenfalls angesetzt werden kann, um bereits deeskalierend zu wirken. 34

Mediatorinnen und Mediatoren hören aktiv zu, **paraphrasieren** das Gehörte und stellen je nachdem Fragen zur Situation und zu den erfassten Themen.[1293] Das von den Parteien Vorgebrachte wird in dieser Phase folglich mit eigenen Worten zusammengefasst,[1294] sodass die betroffene Person das eben gesagte von der Mediationsperson gespiegelt erhält und so ggf. einen neuen Zugang zur eigenen Aussage finden kann. Beim Paraphrasieren soll indes nicht bloss das Gesagte wiederholt werden. Die Technik des Paraphrasierens dient insbesondere auch dazu, aufzuzeigen, inwiefern das von den Parteien Vorgebrachte von der Mediationsperson verstanden wurde.[1295] Das gibt ihnen Gelegenheit, allenfalls Ergänzungen einzubringen, Widersprüche abzulösen oder bereits zu diesem Zeitpunkt einen Perspektivenwechsel zu erfahren. Paraphrasieren als Technik ermöglicht demnach, das Gespräch zu steuern, Unklarheiten zu beseitigen und alle Teilnehmenden einzubeziehen,[1296] sowie allfällige oder unterschwellige Aggressionen in den Formulierungen zu entschärfen.[1297] Es ist deshalb wichtig, sich abzeichnende Themenwechsel resp. neu entstehende Konflikte zu antizipieren: Dies ist besonders zum Ende von Sitzungen besonders häufig zu beobachten. Deshalb ist es für die Mediationsperson umso wichtiger, stets den Überblick und die Hoheit über die Gesprächsmoderation zu behalten. 35

1289 Fischer/Schneuwly, S. 292 ff.
1290 Morawe, S. 26.
1291 Reitz, S. 123.
1292 Morawe, S. 26, m.w.H.
1293 Schäfer, S. 29.
1294 Schlee, Kap. 5.1.
1295 Frank-Esslinger, S. 61.
1296 Frank-Esslinger, S. 61.
1297 Schäfer, S. 29.

36 Auch können komplexe Themenabfolgen die Parteien eingangs überfordern und zu kleinen Reibereien führen, weshalb es sinnvoll sein kann, mit einfacheren bzw. weniger kontroversen Themen zu beginnen[1298] und eine thematische **Priorisierung** vorzunehmen,[1299] ohne damit allenfalls brennende Themen vollständig zu ignorieren. Wird das Verfahren strikt nach dem strengst möglichen Massstab in Bezug auf die Mediationslehre durgeführt, müssen alle Informationen zur Themensammlung mit einschlägigen Urkunden, Zahlen und Verträgen belegt werden.[1300] Dies kann zu erheblichen Verzögerungen führen, weil allenfalls die eine oder andere Konfliktpartei eine solche Akteneinsicht als übergriffig empfindet und deshalb auch verweigert. Auch kann es für die juristischen Laien unter den Mediatorinnen und Mediatoren allenfalls heikel sein, gewisse Dokumente bei sich aufzubewahren. Wenngleich vereinzelt gefordert wird, dass ein derartiges Verweigerungsverhalten professionell zu überwinden sei und durch gezieltes Nachfragen und Aufklären die Perspektiven der Parteien abgeglichen werden sollen,[1301] muss an dieser Stelle auch deutlich vergegenwärtigt werden: Mediatorinnen und Mediatoren verfügen über keinerlei juristische Berechtigung oder Autoritätsposition, um bei Parteien irgendwelche (ggf. sogar vertrauliche) Akten einzufordern. Sie sind weder Amtsträger noch Parteienvertreter i.S. eines anwaltschaftlichen Verhältnisses und tun deshalb gut daran, diesen Umstand den Klientinnen gegenüber sowohl klar zu kommunizieren als auch die Grenze der eigenen Tätigkeit strikt zu respektieren. Die allfällig stattfindende, gegenseitige «Akteneinsicht» muss zwingend auf der Freiwilligkeit aller beteiligten Konfliktparteien basieren und in ihrem Bestreben begründet sein, durch das Zur-Verfügung-Stellen von Dokumenten zur Klärung ggf. offener Fragen beizutragen, welche sich nicht anderweitig herstellen lässt. Auf jeden Fall darf bei den Parteien nicht der Eindruck entstehen, dass der Erfolg des Mediationsverfahrens mit der Entscheidung steht oder fällt, irgendwelche Unterlagen «einreichen» zu *müssen*; und zwar selbst dann, wenn die Verweigerung einer Partei im Einzelfall darauf hinausläuft, dass eine Frage deshalb nicht abschliessend geklärt werden kann.

Phase 3: Konfliktbearbeitung

1298 Morawe, S. 29.
1299 Hilmer, S. 65.
1300 Morawe, S. 29.
1301 Morawe, S. 30.

Die **Interessenklärung** in der **dritten Phase** oder **Phase 3** stellt bei Mediationsprozessen vielleicht die schwierigste, aber gleichzeitig auch die wichtigste Phase dar.[1302] Denn erst wenn die zentralen Interessen der Konfliktparteien überwiegend geklärt sind, öffnen sich kreative Optionen für eine einvernehmliche Lösung zwischen den Beteiligten.[1303] Dabei sind einige wichtige Kernthemen zu beachten, wie etwa der Umgang mit **Macht** und **Hierarchien**.[1304] Denn wo Entscheidungen durch Macht getroffen werden, spielen die Interessen der anderen Partei allenfalls eine untergeordnete Rolle.[1305] Mediationspersonen sollten deshalb stets im Hinterkopf behalten, wie die Verhältnisse zwischen den Konfliktparteien genau aussehen und ob allenfalls zusätzliche, implizite oder schwer sichtbare Abhängigkeiten bestehen, welche die Freiwilligkeit oder Offenheit des Mediationsverfahrens gefährden könnten. 37

Auch andere systeminhärente Konfliktkonstellationen lassen sich nicht immer zielführend befrieden.[1306] Wichtig ist in dieser Phase, das gegenseitige Verständnis zu fördern,[1307] indem die Beweggründe, Interessen und Bedürfnisse herausgearbeitet werden, welche zum Konflikt geführt haben, um ein Verständnis für die Sichtweise des Gegenübers zu entwickeln.[1308] Diesbezüglich ist allerdings mit Bedacht zu agieren: Denn im Falle eines Konflikts kann es durchaus legitim sein, dass eine Partei für die Ansichten der Gegenpartei kein Verständnis entgegenbringt. Insofern wäre es kontraproduktiv, wenn die Mediationsperson versuchen würde, das Verständnis für die Position der Gegenpartei zu erzwingen.[1309] Entgegen landläufig verbreiteter Ansichten ist das Mediationsverfahren nicht grundsätzlich dazu gedacht, dass die Konfliktparteien sich wieder annähern, vertragen oder einen Kompromiss finden. Wie andere Streitschlichtungsverfahren kann es durchaus auch ein Ziel sein, sich strukturiert zu trennen bzw. allfällige unüberbrückbare Differenzen mittels Begleitung durch eine neutrale, allparteiliche Drittperson feststellen zu dürfen 38

1302 Hilmer, S. 65.
1303 Hilmer, S. 65.
1304 Siehe dazu ausführlich: Fischer/Schneuwly, S. 296.
1305 Seidenstücker, S. 62.
1306 Hinnen, S. 154.
1307 Siehe dazu ausführlich: Fischer/Schneuwly, S. 298.
1308 Bisel, S. 45.
1309 Siehe dazu ausführlich: Fischer/Schneuwly, S. 298.

und daraus persönliche Konsequenzen zu ziehen, ohne jedoch dem immensen Zerstörungspotential von Konflikten zu erliegen: So kann es z.B. bereits zu einer wesentlichen Beruhigung der Situation beitragen, wenn Parteien zum Schluss kommen, dass sie kein Verständnis für den jeweils anderen haben, gleichzeitig jedoch beschliessen, sich inskünftig in Ruhe zu lassen und darauf zu verzichten, den Konflikt weiterzuführen.

39 Schliesslich sind auch die Pausen zwischen den Sitzungen wichtig.[1310] Dass die aktive Nichtbeschäftigung mit dem der Konfliktsituation einen wesentlichen Beitrag zur Lösung beisteuern kann, mag auf den ersten Blick zwar erstaunen, wenngleich die Relevanz einer solchen Ruhephase sich etwa mit Einsichten aus der Kreativitätsforschung[1311] belegen lässt. Oftmals setzt in den Pausen zwischen den Mediationssitzungen auch eine Phase der Reflexion ein, welche bestenfalls in einem Perspektivenwechsel der Beteiligten mündet und die Grundlage ggf. weiterführender Gespräche bilden kann. Dieses heikle Balancieren zwischen terminlichen Anforderungen und gründlicher Konfliktbearbeitung verlangt von jeder Mediationsperson ein besonderes Fingerspitzengefühl.[1312] Die Pausen dürfen deshalb auch nicht zu lange sein.

Phase 4: Erarbeiten von Lösungsoptionen

40 Nachdem die Interessen hinter den Positionen freigelegt worden sind[1313] geht es in der **vierten Phase** oder **Phase 4** darum, dass die Konfliktparteien gemeinsam nun möglichst konkrete **Lösungsoptionen** aushandeln.[1314] Diese Phase wird von Beteiligten nicht selten als positiver und zielstrebiger empfunden als die vorangehende Interessenklärung[1315] und ermöglicht manchmal sogar erst dann einen konstruktiven Perspektivenwechsel, welcher den Wendepunkt im Mediationsverfahren darstellt.[1316] Dass die Konfliktparteien für die Sichtweise bzw. Perspektive der Gegenpartei offen sind und ggf. trotz Schwierigkeiten[1317] sogar aufeinander zugehen können,[1318] bedarf einer umsichtigen Begleitung, da einvernehmliche Konfliktlösungen

1310. Eingehend zur Bedeutung von Pausen: Fischer/Schneuwly, S. 299.
1311. Siehe dazu eingehend: Rauschenbach, S. 391 ff.
1312. Hilmer, S. 65.
1313. Ihde, S. 40.
1314. Pfändler, S. 53.
1315. Hilmer, S. 66.
1316. Haab Zehrê/Sotoudeh, S. 172; Wüstehube, S. 18; ferner auch Meiffert, S. 86.
1317. Wüstehube, S. 18.
1318. Marugg, S. 14, zur Abgrenzung zwischen Mediation und Verhandlung; Wüstehube, S. 18.

erst auf Basis gegenseitigen Verständnisses entstehen können.[1319] Liegen hinreichend viele unterschiedliche Lösungsvarianten zur Begutachtung vor, so wird anschliessend die eine oder andere Option ausgewählt.[1320] Dazu bewerten resp. priorisieren die Konfliktparteien die erarbeiteten Optionen und verhandeln gemeinsam über die beste Auswahl.[1321] Diese Verhandlungsphase unterstützt die Mediatorin bzw. der Mediator sorgfältig und ohne den Parteien eigene Vorschläge und Lösungsoptionen aufzudrängen.

Phase 5: Ende der Mediation

41 Die **fünfte Phase** oder **Phase 5** schliesst gemeinhin das Mediationsverfahren ab. Wenn der Prozess bis zu diesem Punkt zufriedenstellend verlaufen ist, so können nun ausgewählte Lösungsoptionen und Umsetzungsvarianten der beteiligten Parteien festgeschrieben werden.[1322] Eine allfällig erarbeitete **Schlussvereinbarung** wird schriftlich und in der Sprache der Konfliktbeteiligten verfasst,[1323] wobei diese mit Teilen von Protokollen aus vergangenen Sitzungen oder zusätzlichen Verträgen ergänzt und abgesichert werden können, damit es den Parteien möglich ist, diese Ergebnisse auch kontrolliert umzusetzen.[1324]

42 Ist die Vereinbarung inhaltlich überarbeitet und bereinigt, so kann sie allen Beteiligten zur Unterzeichnung vorgelegt werden. Dabei kommt es vor, dass Mediatorinnen und Mediatoren in ihrer Funktion als Prozessverantwortliche mitunterzeichnen.[1325] Am Schluss erhalten alle Beteiligten ein Exemplar, die Mediationsperson erhält zur Sicherheit eine Kopie zu ihren Akten.[1326] Zusätzlich besteht in der Schweiz die Möglichkeit, die anlässlich des Mediationsverfahrens erarbeitete Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung anschliessend gegen die Entrichtung der einschlägigen Gebühr bei der zuständigen Gerichtsinstanz **gerichtlich genehmigen** zu lassen.

1319 Salewski, S. 240.
1320 Ihde, S. 42.
1321 Ihde, S. 42.
1322 Hilmer, S. 66.
1323 Ihde, S. 44.
1324 Ihde, S. 44.
1325 Ihde, S. 44.
1326 Art. 347 ZPO; Ihde, S. 44.

VI. PRAKTISCHE FRAGEN

A. Professionalisierung und Qualifikationen in der Mediation

43 In der Schweiz existieren grundsätzlich keine gesetzlichen Grundlagen in Bezug auf berufsspezifische **Qualifikationen** und **Anforderungen** für Mediatorinnen und Mediatoren. Allerdings bildet die Bewilligung einer unentgeltlichen Mediation gem. **Art. 218 Abs. 2 und 3 ZPO** eine Ausnahme von diesem Grundsatz, da die Entschädigung der Mediationsperson durch den Kanton entrichtet wird, welcher i.d.R. auch gewisse Anforderungen an die Ausbildung sowie die einschlägige Qualifikationen der Mediationsperson stellt.[1327] Mangels klarer Rahmenbedingungen bietet ein Teil der Mediatorinnen und Mediatoren ihre Dienstleistung an, ohne diesbezügliche Aus- bzw. Weiterbildungen absolviert zu haben. Beworben wird dabei ihr kommunikatives Talent oder ihre besondere Fähigkeit, mit Menschen umzugehen. Wieder andere sehen Mediation als blossen Bestandteil ihres Grundberufes,[1328] und sehen sich z.B. als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwälte oder Psychologin bzw. Psychologen usw. bereits hinreichend fachlich qualifiziert.[1329] Personen verschiedenster Berufe entscheiden sich für eine Mediationsausbildung und haben dafür die unterschiedlichsten Motive.[1330] Die beruflichen Hintergründe der Mediationspersonen sind für den Mediationsprozess prägend.[1331]

44 Der Ausdruck Mediatorin bzw. Mediator ist an sich keine geschützte Berufsbezeichnung,[1332] und kann theoretisch von jeder Person geführt werden;[1333] d.h. für die Berufsausübung werden also keine gesetzlich

---

1327. Girsberger/Peter, Rz. 213 f.; siehe auch: Rajk/Lenz, S. 91 ff., mit einem vergleichenden Überblick über die Qualitätssicherung von Mediatorinnen und Mediatoren in Österreich, Deutschland und der Schweiz.

1328 Krepper, S. 258.

1329 Proksch, S. 40; Dendorfer/Lack, S. 74: «Arbitrators often consider themselves to be the promoters of a settlement with their goal being to achieve an economically sensible and interest-based result.»; ähnlicher Ansicht auch: Krainz/Rabl, S. 37; ausführlich dazu: Deym-Soden/Walker, S. 4 ff.; sowie Domont, S. 12 ff.

1330 Stamer/Pfeiffer, S. 5, mit einem Beispiel zu eigenen Perspektiven.

1331. Menkel-Meadow, S. 1888: «In fact, mediators vary their techniques based on their own disciplinary backgrounds, the contexts in which they work, and the urgency of the problems with which they are dealing.»

1332 Schulthess-Komm.-Liatowitsch/Mordasini, Art. 213 ZPO N. 1550.

1333 Prestin, S. 16.

definierten Ausbildungen oder Qualifikationen vorausgesetzt.[1334] Bei der Wahl einer zu betrauenden Mediationsperson achten Klientinnen und Klienten aber erfahrungsgemäss besonders auf deren Ausbildung, Akkreditierung und Berufserfahrung.[1335] Wer eine Mediationstätigkeit professionell ausüben möchte, sollte sich in einem ersten Schritt sicherlich um eine solide fachliche Qualifikation bemühen und dementsprechend eine darauf spezialisierte Weiterbildung absolvieren,[1336] bei der sowohl theoretische als auch praktische Kenntnisse erworben und verbessert werden, etwa in Bezug auf die technisch orientierte Haltungs- und Interventionskompetenz.[1337]

B. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als Mediationspersonen

In der Praxis stellt sich oft die Frage, wie die Mediationstätigkeit von **Rechtsanwältinnen** oder **Rechtsanwälte** zu qualifizieren ist, zumal die Beliebtheit der Mediation viele Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in den Mediationsberuf gezogen hat:[1338] In der Tat verfügen inzwischen zahlreiche anwaltlich tätige Juristinnen und Juristen in der Schweiz über eine Zusatzausbildung in Mediation. Die Lehre ist sich jedoch uneins, ob es sich bei der Mediation um eine anwaltliche Tätigkeit handelt. Diese Frage wird in der Literatur denn auch kontrovers diskutiert.[1339] Dass die zunehmende Beliebtheit von Mediation in der juristischen Szene Effekte hat, lässt sich gem. Ross dahingehend beobachten, als dass dieser eine Verschiebung der Interessen von rein emotionalen Bedürfnissen der Parteien hin zur Beantwortung rechtlicher Fragen konstatiert.[1340] Dies spiegelt sich etwa auch darin wieder, dass die Klientschaft mit dem Beizug einer anwaltlich 45

1334 Fischer, S. 309.

1335 Grill, S. 48.

1336 Proksch, S. 39; Stamer/Pfeiffer, S. 5 ff., mit einem kritischen Beitrag; ferner: Parkinson, S. 15 ff.; sowie Rajk/Lenz, S. 91 ff., mit einem Überblick zu den unterschiedlichen Qualitätssicherungen in Österreich, Deutschland und der Schweiz.

1337 Reutter, S. 18; Zillessen, S. 244.

1338 Ross, S. 353: «However, as mediation has gained in popularity, lawyers have become increasingly involved as counsel and often as mediators.»

1339 Götz, S. 281; zustimmend: Schuettel, S. 23; siehe zudem ausführlich: Wambach-Schulz, S. 415 ff.

1340 Ross, S. 353: «As a consequence, the mediation process has become more adversarial – less interest-based and more rights-based – particularly with the practice of mediator evaluation and mediator proposals.»

ausgebildeten Mediationsperson auch die Erwartung verknüpft, von deren Rechtskenntnissen profitieren zu können.[1341] Erfahrungsgemäss versprechen sich Klientinnen und Klienten eine gewisse Sicherheit in Bezug auf den Ausgang des Mediationsverfahrens, wenn ihre Wahl der Mediationsperson auf eine Juristin oder einen Juristen fällt, ob diese nun anwaltlich tätig seien oder nicht. Gerade weil Laien diese Unterscheidung nicht klar ist, scheint es für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte besonders wichtig, ihre Klientschaft über die methodischen Besonderheiten des Mediationsverfahrens vorgängig aufzuklären und insb. die Abgrenzung zur rein parteienorientierten anwaltlichen Tätigkeit aufzuzeigen: Dies vor allem, um Missverständnissen vorzubeugen und Klarheit in Bezug auf die Rollen und inhaltlichen Grenzen des Mandats zu schaffen. Sie sind damit auch gehalten, diese Überlegungen zunächst für sich selbst hinreichend zu klären und dann der Klientschaft entsprechend zu kommunizieren.

Dieser Beitrag basiert auf der Monographie Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, ADR – Alternative Dispute Resolution, 2021 erschienen bei den Verlagen Dike und Nomos.

LITERATURVERZEICHNIS

Ade Juliane/Alexander Nadja, Mediation und Recht. Eine praxisnahe Darstellung der Mediation und ihrer rechtlichen Grundlagen, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2017.

Adler Peter S., Is ADR a Social Movement?, in: Negotiation Journal 3/1987, S. 59 ff.

Ahmeti Zef, Das kosovarische Mediationsgesetz zwischen Tradition und Gegenwart, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 144 ff.

Becker Urs, Von Mediation, Meditation und sozialer Phantasie, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 251 ff.

Bennett Steven C., Arbitration: Essential Concepts, New York 2002.

Berger Iris/Ukowitz Robert, Die Stellung der Mediation im Rechtssystem, in: Gerhard Falk/Peter Heintel/Ewald E. Krainz (Hrsg.), Handbuch Mediation und Konfliktmanagement, Wiesbaden 2005, S. 105 ff.

1341.Götz, S. 285.

Bernard Luc, Médiation et Négociation en relation d'aide et en contexte d'autorité, Laval 2002.

Berres Anita, Konfliktlösung durch Wirtschaftsmediation, in: Herbert J. Joka (Hrsg.), Führungskräfte Handbuch, Berlin et al. 2013, S. 253 ff.

Besemer Christoph, Mediation – Die Kunst der Vermittlung in Konflikten, 3. Aufl., Karlsruhe 2013.

Bisel Christoph, Hilft mir eine Mediation? Alles, was Sie wissen sollten, bevor Sie sich für eine Mediation entscheiden, Berlin 2019.

Böttger Andreas/Hupfeld Jörg, Mediation im Dienst der Justiz – Begleitforschung zum Modellprojekt «Schlichten statt richten», in: ZKM 2004, S. 155 ff.

Bohnet François, Kommentierungen zu Art. 213 und 216 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Bohnet).

Buschmann Barbara, Tipps für den Umgang mit Baustreitigkeiten. Konfliktprävention und alternative Streitbeilegung, Berlin et al. 2015.

Bush Robert A. B./Folger Joseph P., The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition, San Francisco 1994.

Busmann Johanna/von Ins Peter, Kommunikation statt Konfrontation – wie anwaltliche Verhandlungen gelingen, in: Anwaltsrevue 2015, S. 245 ff.

Canyameres Manel/Salberg Anne Catherine, Historical Contribution to the Ethical and Methodological Principles of Mediation, in: Jacques Faget (Hrsg.), Mediation in Political Conflicts, Oxford et al. 2011.

Carneiro Davide/Novais Paulo/Andrade Francisco/Zeleznikow John/Neves José, Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective, in: Artificial Intelligence Review 41/2014, S. 211 ff.

Clark Bryan, Lawyers and Mediation, Heidelberg et al. 2012.

Cornelius Jasmin, Mediation und systemische Therapie. Überlegungen zu einer Adaptierung des Mediationsverfahrens auf die speziellen Bedürfnisse von Paaren, Frankfurt a.M. 2010.

Daly Brenda/Higgins Noelle/Bolger Sarah, International Peace Mediators and Codes of Conduct: An Analysis, in: Journal of Humanitarian Assistance 2010.

Dasser Felix, Vorbemerkung zu Art. 353–399 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-Dasser).

Dekker Stephan, Wirtschaftsmediation. Kooperatives Konfliktmanagement als Erfolgskonzept, in: Zindel et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich et al. 2008, S. 557 ff.

Dendorfer Renate/Lack Jeremy, The Interaction between Arbitration and Mediation: Vision v Reality, in: Dispute Resolution International, 1/2007, S. 73 ff.

Deutschmann Clara Maria/Lenz Cristina, Die Verschwiegenheit in der Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2009, S. 98 ff.

Domont Philippe, Der Mediationsmarkt in der Schweiz, in: Perspektive Mediation 1/2012, S. 12 ff.

Eckardt Tobias, Mediation in Australien, in: ZfRV 39/1998, S. 177 ff.

Ehrli Nicola, Mediation im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis, in: Thomas Pfisterer (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich 2004, S. 47 ff.

Eiholzer Heiner, Die Streitbeilegungsabrede, Fribourg 1998.

Engel Martin, Collaborative Law. Mediation ohne Mediator, Tübingen 2010.

Erk Nadja, Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärbindungsvertrag, in: REPRAX 4/2017, S. 146 ff.

Erzigkeit Ilse, Mediation in Planen und Bauen, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Cristina Lenz/Hans-Dieter Will (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 571 ff.

Falk Gerhard, Vom «guten» Anfang in der Wirtschaftsmediation, in: Perspektive Mediation 2/2004, S. 56 ff.

Fankhauser-Lobsiger Lukas, Mediationsrecht. Rechtsverhältnisse, Vertraulichkeit, Neutralität, Freiwilligkeit, Haftung, Bern 2014.

Fillié-Utz Iris, Gedanken zu Gefühl und Verständnis in der Mediation, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 227.

Fischer Jonas, Die Durchsetzung einer Honorarforderung aus Mediation. Juristische und strategische Aspekte, in: AJP 2020, S. 305 ff.

Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, Alternative Dispute Resolution: Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren, Zürich et al. 2021.

Fischer Konrad, Wann ist Wirtschaftsmediation der bessere Weg?, in: SZW 2005, S. 79 ff.

Fischer-Homberger Esther/Zanolli Noa, Konflikt um Grenzen – Grenzen der Konfliktlösung/Mediation, in: Perspektive Mediation 1/2010, S. 23 ff.

Frank-Esslinger Sigrid, Mit Fragen führen. Die besten Techniken für Führungskräfte und Coaches, 2. Aufl., Freiburg i.Br. 2019.

Frenkel Douglas N./Stark James H., The Practice of Mediation: A Video-Integrated Text, New York 2018.

Gabriel Sidonia, The Technocrazy Trap. Innovation or Technocracy in International Mediation?, in: Perspektive Mediation, 3/2017, S. 153 ff.

Gelzer Philipp/Ruggle Peter, Vorbemerkung zu Art. 213–218 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Gelzer/Ruggle).

Geronemus David/Shaw Margaret L., Mediation in the Public and Private Sectors: Similarities and Difference, in: Samuel Estreicher/David Sherwyn (Hrsg.), Alternative Dispute Resolution in the Employment Arena, New York et al. 2004, S. 893 ff.

Girsberger Daniel, Eine optimale Form der Streiterledigung für KMU? Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, in: Hans-Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 639 ff.

Girsberger Daniel/Habegger Philipp/Mràz Michael/Peter Flavio/Weber-Stecher Urs, Vorbemerkung zu Art. 353–399 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische

Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher).

Girsberger Daniel/Peter James T., Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich et al. 2019.

Glasl Friedrich, Konflikt-Diagnose in drei Schritten, in: Perspektive Mediation 1/2004, S. 11 ff.

Glässer Ulla, Lohnt sich gerichtliche Mediation? Von den Schwierigkeiten einer Kosten-Nutzen-Bilanz, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 126 ff.

Glenewinkel Werner/Kraft Volker, Zum Verhältnis von Mediation und Beratung. Zeigetheoretische Überlegungen in heuristischer Absicht, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 501 ff.

Gloor Urs/Umbricht Lukas Barbara, Vorbemerkung zu Art. 213–218 ZPO und Kommentierung zu Art. 213 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-Gloor/Umbricht Lukas).

Göksu Tarkan, Vorbemerkung zu Art. 353–399 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel, Petit commentaire CPC (Code de procédure civile), Basel 2020 (zit. PC-Göksu).

Gornig Gilbert, Mediation im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, in: Joachim Hengstl/Ulrich Sick (Hrsg.), Recht gestern und heute, Festschrift zum 85. Geburtstag von Richard Haase, Wiesbaden 2006, S. 243 ff.

Götz Marc L., «Anwaltliche Mediation» – eine originär anwaltliche Tätigkeit?, in: AJP 2005, S. 282 ff.

Günter Michael/Bruns Georg, Psychoanalytische Sozialarbeit. Praxis, Grundlagen, Methoden, Stuttgart 2014.

Greiter Ivo, Die Suche nach kreativen Lösungen, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation. Verhandlungstechnik, Strategie, Einsatzgebiete, München 2002, S. 287 ff.

Grill Anne-Karin, Konfliktmanagement im internationalen Rechtsverkehr. Prozesse vermeiden – Prozesse vorbereiten – Prozesse führen, Bern 2017.

Günther Klaus/Hilber Marc, Mediation im Zivilrecht, insbesondere im Wirtschaftsrecht, in: Martin Henssler/Ludwig Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl., Bonn 2004, §15 ff.

Haab Zehrê Katharina/Sotoudeh Shirin, Lernfeld interreligiöser Dialog, in: Perspektive Mediation 3/2019, S. 167 ff.

Hager Günter, Schutz der Vertraulichkeit bei der Mediation, in: Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 53 ff.

Hamacher Peter/Erzigkeit Ilse/Sage Sebastian, So funktioniert Mediation im Planen + Bauen. Mit Fallbeispielen und Checklisten, Wiesbaden 2011.

Hauser Christoph, Verhandlungsprobleme sind verschieden – Mediationen auch, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 73 ff.

Hattemer Stefanie B. K., Mediation bei Störungen des Arzt-Patient-Verhältnisses, Heidelberg et al. 2012.

Heck Justus/Letzel Walter H., Mediation in Selbst- und Fremdbeschreibung, in: Perspektive Mediation 2/2018, S. 103 ff.

Heigl Norbert J., Konflikte verstehen und steuern, Wiesbaden 2014.

Hellriegel Mathias, Mediation im Umweltrecht, Berlin 2002.

Henschel Marc, Die Bedeutung von Verträgen in der Mediation und die rechtliche Stellung des Mediators, in: Caroline Meller-Hannich/Sascha Weigel (Hrsg.), Mediation. Grundlagen, rechtlicher Rahmen und Anwendungsfelder, Baden-Baden 2020, S. 41 ff.

Herrmann Gabriele/Scherg Nina, Wirtschaftsmediation im Jemen, in: Perspektive Mediation 2/2006, S. 73 ff.

Hillard Amy L., Explicit and Implicit Stereotypes: Current Models and Measurement of Attitudes, in: Joel T. Nadler/Elora C. Voyles (Hrsg.), Stereotypes. The Incidence and Impacts of Bias, Santa Barbara 2020.

Hilmer Hendrik, Mediation im öffentlichen Bereich und Umweltmediation. Besonderheiten und Vorteile der alternativen Streitschlichtung, in: Ingo

Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019, S. 64 ff.

Hinnen Hannes, Ausbruch aus dem traditionellen Mediationsverständnis, in: Perspektive Mediation 4/2013, S. 152 ff.

Hinrichs Ulrike, Praxishandbuch Mediationsgesetz, Berlin et al. 2014.

Holler Ingrid, «Mit dir zu reden ist sinnlos! ... Oder?» Konflikte klären durch Mediation mit Schwerpunkt GFK, Paderborn 2010.

Hopt Klaus J./Steffek Felix, Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen 2008.

Horn Claus-Henrik, Ratgeber für Erben. Recht bekommen bei der Abwicklung des Erbes, in der Erbengemeinschaft und beim Pflichtteil, 3. Aufl., München 2017.

Horstmeier Gerrit, Das neue Mediationsgesetz. Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden, München 2013.

Ihde Katja, Mediation, Freiburg i.B. 2012.

Irle Günter, Mediation – Moderation – Supervision. Ein Vergleich, in: Gruppendynamik 32/2001, S. 5 ff.

Itten Anatol, Mediation: Politikgestaltung im öffentlichen Raum, in: Perspektive Mediation 3/2016, S. 164 ff.

Kaienburg Nils, Compliance in High Profile-Fällen der WTO: Legal Case Management am Beispiel des Airbus-Boeing-Falls, Tübingen 2010.

Keydel Birgit, Das Besondere der Mediation – ihr Erfolgskonzept ..., in: Perspektive Mediation 2/2018, S. 95 ff.

Klappenbach Doris, Mediative Kommunikation. Mit Rogers, Rosenberg & Co. konfliktfähig für den Alltag werden, 2. Aufl., Paderborn 2011.

Kobel Pierre/Rüedi Hubert, Zehn Fragen zu den Richtlinien SAV für die Mediation, in: Anwaltsrevue 2005, S. 445 ff.

Koch Ludwig, Vertragsgestaltungen in der Mediation, in: Martin Henssler/Ludwig Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl., Bonn 2004.

Kolodej Christa, Strukturaufstellungen für Konflikte, Mobbing und Mediation, 2. Aufl., Wiesbaden 2019.

Korbion Claus-Jürgen, Baurechtsfälle und Schlichtung nach VOB, Freiburg et al. 2019.

Köstler Anja, Mediation, 2. Aufl., München 2019.

Krainz Ewald E./Rabl Tina, Gruppen- und Organisationsdynamik. Notwendige Themen für die Mediation, in: Perspektive Mediation 1/2018, S. 37 ff.

Krepper Peter, Mediation: nein danke!?, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 258 ff.

Kreuser Karl, Mir doch egal, was Mediation ist, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 17 ff.

Kühr Ann-Kathrin/Löchtefeld Stefan, Iku-Interessenanalyse – Das ganze System begreifen, in: Perspektive Mediation 1/2004, S. 23 ff.

Kummer Juliane, Die Entwicklung des Mediationsgesetzes in Deutschland, in: Caroline Meller-Hannich/Sascha Weigel (Hrsg.), Mediation. Grundlagen, rechtlicher Rahmen und Anwendungsfelder, Baden-Baden 2020, S. 17 ff.

Landry Sherry, Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model, in: Defense Counsel Journal 63/1996, S. 263 ff.

Lauterbach Matthias, Wie Wirtschaftsmediation zum State of the Art werden kann, in: Detlev Berning (Hrsg.), Mediation und Konfliktkultur. Wie Top-Manager Konflikte lösen, Wiesbaden 2017, S. 77 ff.

Le Forestier Tanja, Zukunft im Jetzt – mit wenigen Beteiligten von der Konfliktebene auf die Lösungsebene, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019, S. 44 ff.

Lederer Susanne, Wie fördern WIR die Verbreitung von Mediation?, in: Perspektive Mediation 3/2018, S. 187 ff.

Lehmann Lorenz, Mediation – ein gewöhnungsbedürftiges Verfahren. Praxiserfahrungen eines Parteivertreters am Beispiel Deponie Bärengraben Würenlingen, in: Umweltrecht in der Praxis URP 2005, S. 169 ff.

Lenz Cristina/Sommer Martin, Die MediatorIn als VertragsgestalterIn, in: Perspektive Mediation 4/2010, S. 176 ff.

Lies Jan, Praxis des PR-Managements: Strategien – Instrumente – Anwendung, Wiesbaden 2015.

Liatowitsch Peter/Mordasini Claudia, Kommentierung zu Art. 213 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess-Komm.-Liatowitsch/Mordasini).

Lünse Dieter, Konfliktvermittlung in Hamburg. Stadtteilgespräch Gewaltprävention, in: Perspektive Mediation 1/2012, S. 38 ff.

Mähler Gisela/Mähler Hans-Georg, Kriterien für Gerechtigkeit in der Mediation, in: Anne Dieter/Leo Montada/Annedore Schulze (Hrsg.), Gerechtigkeit in Konfliktmanagement und in der Mediation, Frankfurt et al. 2000, S. 9 ff.

Marriott Arthur, Corruption in arbitration and mediation compared, in: Arbitration 72/2006, S. 231 ff.

Masser Kai/Engewald Bettina/Scharpf Lucia/Ziekow Jan, Die Entwicklung der Mediation in Deutschland. Bestandesaufnahme nach fünf Jahren Mediationsgesetz, Baden-Baden 2018.

Meiffert Torsten, Verwandlung durch Begegnung – Metamorphose und Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2019, S. 82 ff.

Menkel-Meadow Carrie, When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts among Dispute Professionals, in: 44 UCLA Law Review, S. 1871 ff.

Merz Barbara, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit. Zur Inkraftsetzung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SJZ 107/2011, S. 30 ff.

Meyer Valerie, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Zürich 2005.

Morawe Doris, Mediation und Gesundheit. Ein Konfliktlösungsmodell für die psychotherapeutische Praxis, Berlin 2018.

Müller Elke, Gerechtigkeit in der Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 78 ff.

Mundschütz Katrin, Mediationsrechtliche Bestimmungen in Europa – ein kurzer Überblick, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 87 ff.

Normann Katrin/Löbel Anke, Was wann warum? Mediation und/oder Beratung, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 233 ff.

Notter Pandora, Mediation im Verwaltungsverfahren, Zürich et al. 2013.

Oldenbruch Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006.

Parkinson Lisa, Ausbildung und Einschätzung der Kompetenzen von FamilienmediatiorInnen, in: Perspektive Mediation 1/2006, S. 15 ff.

Patera Mario, Neurobiologie und Mediation – Impulse für interessenbasierte Mediationsprozesse, in: ZKM 2009, S. 4 ff.

Pauluhn Max, Mediationspflicht im Zivilrecht – Zweckmässigkeit obligatorischer und richterlich angeordneter Mediation am Beispiel Italiens, in: Caroline Meller-Hannich/Sascha Weigel (Hrsg.), Mediation. Grundlagen, rechtlicher Rahmen und Anwendungsfelder, Baden-Baden 2020, S. 117 ff.

Pfändler Andrea Maria, Mediation beim Finanzintermediär – eine Alternative zum Gerichtsprozess? Management der Reputationsrisiken von Banken durch aussergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung, Hamburg 2015.

Pfisterer Thomas, Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich 2004.

Pilartz Heinz, Mediation für mehr Gesundheit am Arbeitsplatz. Gesundheitsthemen im Berufsalltag mal anders anpacken, Wiesbaden 2017.

Poschke Sabrina, Das neue Schweizer Scheidungsrecht. Ausgewählte Aspekte im Rechtsvergleich mit dem deutschen Scheidungsrecht, Berlin 2000.

Prestin Cornelia, Mediationsgesetz, Mediationsvereinbarung und rechtliche Vorgaben, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019, S. 10 ff.

Proksch Stephan, Mediation. Die Kunst der professionellen Konfliktlösung, Wiesbaden 2018.

Pühl Harald, Organisationsmediation beginnt mit der Pre-Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 82 ff.

Rafi Anusheh, Familienmediation, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Cristina Lenz/Hans-Dieter Will (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 509 ff.

Rajk Alessandra/Lenz Cristina, Qualitätssicherung von MediatorInnen – ein Vergleich zwischen Österreich, Deutschland, Schweiz, in: Perspektive Mediation 2/2011, S. 91 ff.

Rauschenbach Anne-Katrin, Kreativitätsforschung. Ergebnisse einer empirischen Studie zum Einsatz von Kreativitätstechniken in der Lösungsphase der Mediation, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 391 ff.

Recker Ingo, Unternehmensinterne Mediation. Promotoren und Besonderheiten, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019.

Reitz Kristina, Ideen über Ideen. Mediation unter Berücksichtigung der angewandten Kreativitätsforschung, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 121 ff.

Reutter Wolfgang Paul, Die Achtsamkeit des Mediators. Einführung in eine achtsamkeitsbasierte Haltung in der Mediation, Baden-Baden 2017.

Risse Jörg, Wirtschaftsmediation, in: NJW 53/2000, S. 1614 ff.

Roberto Vito/Hauser Petra, Kommentierung zu Art. 213 ZPO, in: Baker McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. SHK-Roberto/Hauser).

Rosner Siegfried/Winheller Andreas, Mediation und Verhandlungsführung. Theorie und Praxis des wertschöpfenden Verhandelns – nicht nur in Konflikten, München et al. 2012.

Ross Donna, Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?, in: Arthur W. Rovine (Hrsg.),

Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, Leiden et al. 2013, S. 352 ff.

Röthemeyer Peter, Mediation. Grundlagen, Recht Markt, Stuttgart 2015.

Ruggle Peter, Kommentierungen zu Art. 213 und 216 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Ruggle).

Rumo-Jungo Alexandra, Alternative Streitbeilegungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren, in: FZR 2002 I (Sonderheft), S. 135 ff.

Salewski Wolfgang, Die Kunst des Verhandelns: Motive erkennen – erfolgreich kommunizieren, Weinheim 2008.

Schäfer Christa D., Einführung in die Mediation. Ein Leitfaden für die gelingende Konfliktbearbeitung, Wiesbaden 2017.

Schlee Jörg, Kollegiale Beratung und Supervision für pädagogische Berufe, 4. Aufl., Stuttgart 2019.

Schmitt Gerd, Mediation von der Mitte her denken – work(s) in progress, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 85 ff.

Schmiedel Liane/Wendenburg Felix, Rechtliche Grundlagen der zivilrechtlichen Mediation in Deutschland, Österreich und der Schweiz, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 113 ff.

Schulz Katharina/Kiefer Florian, Mediation als begleitete Orientierung in einer postmodernen Gesellschaft – eine bildungstheoretische Reformulierung, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 71 ff.

Schüttel Nadine, Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?, Freiburg i.Br. 2014.

Schweizer Philippe, Kommentierung zu Art. 353 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Schweizer).

Seidenstücker Beate, Macht macht's unmöglich, in: Perspektive Mediation 2/2009, S. 60 ff.

Sensburg Patrick-Ernst, Quo vadis Wirtschaftsmediation. Wirtschaftsmediation im Jahre 2023 – eine rechtspolitische Prognose, in: Detlev Berning (Hrsg.), Mediation und Konfliktkultur. Wie Top-Manager Konflikte lösen, Wiesbaden 2017, S. 25 ff.

Stacher Marco, Der unzuständige Schiedsrichter, in: ZZZ 29/2013, S. 32 ff.

Stamer Malte/Pfeiffer Ingrid, Aussenwirkungen und Innensicht – zur Landschaft der Mediationsausbildung in Deutschland, in: Perspektive Mediation 1/2006, S. 5 ff.

Staub Liselotte, Pflichtmediation – Mythos oder Wirklichkeit?, in: ZVW 2006, S. 121 ff.

Staubli Andrea, Erfahrungen einer Richterin mit Mediation, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 122 ff.

Steinacher Werner, Mediation im Prozess der Kodifizierung, in: Perspektive Mediation 1/2005, S. 12 ff.

Tan Joyce A., WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution (ADR) Options for Intellectual Property Offices and Courts, Genf 2018.

Tercier Pierre, ADR and Arbitration, in: Arnold Ingen-Housz (Hrsg.), ADR in Business. Practice and Issues across Countries and Cultures, New York 2011, S. 3 ff.

Thiele Martina, Medien und Stereotype. Konturen eines Forschungsfeldes, Bielefeld 2015.

Trenczek Thomas, Aussergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation – Verfahren, Prinzipien und Modelle, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Cristina Lenz/Hans-Dieter Will (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 35 ff.

Tröndle Jakob, Konfliktauflösung durch Selbstveränderung. Mediation als Subjektivierung, Wiesbaden 2018.

Vogel-Etienne Ueli/Lautenbach-Koch Annegret, Mediation in a nutshell, Zürich et al. 2014.

van der Vleugel Fabienne, Mediation: A Tool for European Business People, in: NYSBA 5/2012, S. 81 ff.

von Deym-Soden Gräfin Benedikta, Spieglein Spieglein an der Wand ...: Über die Beschäftigung von MediatorInnen mit ihrer eigenen Kultur-Zugehörigkeit, in: Perspektive Mediation 1/2005, S. 332 ff.

von Sinner Alex, Über den antiken Ursprung der Bezeichnung Mediation, in: Perspektive Mediation 4/2006, S. 197 ff.

von Westphalen Friedrich, Das Harvard-Verhandlungskonzept für erfolgreiche Juristen, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1993, S. 946 ff.

Wambach-Schulz Marita K., Mediations-Beratungswirklichkeit für Anwält*innen. Eine antinomietheoretische Professionalisierungsperspektive, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 415 ff.

Wandrey Michael, Der Konfliktwürfel. Eine Orientierungshilfe zum Fallverstehen in der Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2004, S. 62 ff.

Warwel Doreen, Gerichtsnahe Mediation. Empirische Untersuchung der Verhaltens- und Vorgehensweisen von Richtermediatoren in gerichtsnahen Mediationsverfahren, Münster 2007.

Wegner-Kirchhoff Sabine/Kellner Judith, Mediation mit Erben. Lösungsorientiertes Arbeiten mit Familien und kleinen Unternehmen, Wiesbaden 2019.

Wermke Christian, Praxishandbuch Mediation, 3. Aufl., Weil im Schönbuch 2016.

Wetzstein Irmgard, Mediativer Journalismus. Konstruktive Konfliktbearbeitung in der qualitätsjournalistischen Auslandberichterstattung, Wiesbaden 2011.

Wildhaber Isabelle S./Johnson Wilcke Alexandra, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2010, S. 160 ff.

Wirz Pascal, Zum Sinn und Zweck von Mediationsklauseln in Verträgen, in: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2013, S. 92 ff.

Wöhrer Bianca, Die Vertraulichkeit in der Mediation und deren Durchsetzung im österreichischen Zivilprozess, Wien 2015.

Wüstehube Ljubjana, Konflikt-Perspektiv-Analyse (KPA). Ein mediationsanaloges Instrument zur konstruktiven Analyse und Bearbeitung von Konflikten, in: Perspektive Mediation 1/2004, S. 18 ff.

Zaal Alfred, Was sind Stereotype?, Norderstedt 2010.

Zbinden Andrea, Mediation und Verhandlung – eine Beziehung von gegenseitigem Nutzen, in: Jusletter vom 29.10.2018.

Zillessen Horst, Mediation. kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik, Opladen et al. 1998.

Zuber Marina, Konfliktmanagement anhand von Mediation und Kommunikationsmodellen. Fallbeispiel von Mitarbeitern einer Kindertagesstätte, Masterarbeit Kaiserslautern 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 219 ZPO

Eine Kommentierung von Laurent Grobéty

ZITIERVORSCHLAG

Laurent Grobéty, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Grobéty, N. XXX zu Art. 219 ZPO.

3. Titel: Ordentliches Verfahren

1. Kapitel: Geltungsbereich

Art. 219

Die Bestimmungen dieses Titels gelten für das ordentliche Verfahren sowie sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

GLIEDERUNG

I. Grundlagen 291
A. Natur 291
B. Merkmale 292
II. Anwendungsbereich 293
A. Negativer Anwendungsbereich 293
B. Positiver Anwendungsbereich 294
III. Anwendung auf andere Verfahren 295
A. Anwendung auf andere Verfahrensarten 295
B. Andere besondere Verfahren 297
Literaturverzeichnis 298

I. GRUNDLAGEN

A. Natur

Unter den verschiedenen Verfahrensarten, die die ZPO kennt, ist das ordentliche Verfahren das grundlegende Verfahren. Daher gilt sie analog auch für die anderen Verfahrensarten (Art. 219 ZPO). Die anderen Verfahrensarten sind das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) und das summarische Verfahren (Art. 248 ff. ZPO). Die Bestimmungen zu diesen Verfahren sind im Allgemeinen weniger detailliert und beschränken sich auf die Regelung von Ausnahmen vom ordentlichen Verfahren. Es sei darauf hingewiesen, dass das Gesetz einige besondere Verfahren im Familienrecht einführt (Art. 271 ff. ZPO). Diese können nicht als eigenständige Verfahrensart bezeichnet werden, sondern enthalten vielmehr Ausnahmen von den Regelungen, die im ordentlichen, vereinfachten und summarischen Verfahren vorgesehen sind. 1

Die ZPO legt somit den Anwendungsbereich jeder Verfahrensart fest. Daraus ergibt sich insbesondere, dass die Vermischung verschiedener Verfahrensarten in einem Prozess verboten ist (vgl. notabene Art. 90 lit. b und 224 Abs. 1 ZPO). Ebenso sieht das Gesetz grundsätzlich keinen Wechsel der Verfahrensart während des Verfahrens vor (vgl. notabene Art. 227 Abs. 1 ZPO). Bestimmte Mechanismen erlauben eine Beibehaltung der anwendbaren Verfahrensart, selbst wenn der Streitwert während des Verfahrens schwankt und die Grenze von Art. 243 Abs. 1 ZPO in die eine oder andere Richtung überschritten wird (vgl. not. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 und Art. 227 Abs. 3 ZPO). Die Rechtsprechung macht jedoch eine Ausnahme, wenn eine negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine Teilklage erhoben wird (Art. 86 ZPO); in diesem Fall kann es zu einem Wechsel vom vereinfachten zum ordentlichen Verfahren kommen. 2

Da das Zivilverfahren dem öffentlichen Recht unterliegt, sind die Bestimmungen der ZPO zwingender Natur. Folglich ist die Wahl der Verfahrensart für den einen oder anderen Anspruch nicht der freien Wahl der Parteien überlassen. Vorbehalten bleibt die Situation, in der sich der Kläger für den Weg des Schutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) und damit für das summarische Verfahren (Art. 248 Bst. b ZPO) entscheidet. Die Parteien können jedoch aufgrund des Dispositionsprinzips (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und der Streitwertregeln (Art. 91 ff. und 243 Abs. 1 ZPO) indirekt Einfluss auf das 3

anwendbare Verfahren nehmen. So kann der Kläger beispielsweise nur einen Teil seines Anspruchs, der weniger als CHF 30'000 beträgt, mit einer Teilklage geltend machen (Art. 86 ZPO). Es steht ihm auch frei, mehrere Ansprüche zu kumulieren (Art. 90 ZPO) oder darauf zu verzichten, was sich in der Regel auf den Streitwert auswirkt (Art. 93 Abs. 2 ZPO). Schließlich erlauben bestimmte Vorschriften über den Streitwert den Parteien, sich auf den Streitwert zu einigen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Manchmal ist es allein die klagende Partei, die den Streitwert vorläufig bestimmen kann, um das anwendbare Verfahren festzulegen (Art. 85 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Parteien dürfen jedoch keine offensichtlichen Übertreibungen vornehmen, da ihnen sonst Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden kann (Art. 52 ZPO) .

B. Merkmale

4 Das ordentliche Verfahren entspricht dem Ausdruck des klassischen Zivilprozesses. Dieser wird im Wesentlichen der Initiative der Parteien überlassen. Die zivilprozessualen Kardinalprinzipien der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) gelten hier weitgehend, oder genauer gesagt, in weniger abgeschwächter Form als im summarischen oder vereinfachten Verfahren. Die Tätigkeit des Gerichts beschränkt sich auf die formelle Durchführung des Verfahrens. Hierbei hat es einen großen Ermessensspielraum. So kann es einen zweiten Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO), eine oder mehrere Instruktionsverhandlungen (Art. 226 ZPO) anordnen oder die Parteien direkt zur Hauptverhandlung vorladen (Art. 228 ff. ZPO).

5 Im Gegensatz zum vereinfachten Verfahren oder zum summarischen Verfahren findet das ordentliche Verfahren überwiegend schriftlich statt. Die Mündlichkeit spielt hier eine untergeordnete Rolle, ist aber dennoch vorhanden. So kann das Gericht eine Beweisaufnahme anordnen (Art. 226 ZPO) oder zu Beginn der Hauptverhandlung eine zweite Runde durchführen (Art. 229 Abs. 1 ZPO), in der die Parteien in der Regel zweimal plädieren (Art. 228 und 232 ZPO). Zudem sind die Anforderungen an Form und Inhalt von Parteivorträgen strenger. Insbesondere ist es nicht möglich, einen Antrag zu Protokoll zu diktieren, wie es im vereinfachten und summarischen Verfahren der Fall ist (vgl. Art. 244 und 252 ZPO). Schliesslich ist die Interpellationsbefugnis des Gerichts im ordentlichen Verfahren (Art. 56 ZPO) stärker eingeschränkt als im vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 1 ZPO).

Das ordentliche Verfahren wird zu Recht als anspruchsvoll bezeichnet. Dies gilt umso mehr, als eine mögliche Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen kann. So wird nach der strikten Anwendung der Verhandlungsmaxime eine nicht, falsch oder verspätet vorgebrachte Tatsache in der Regel nicht berücksichtigt, was zur Abweisung des Antrags in der Sache führen kann. Nach Ansicht des Gesetzgebers ist das ordentliche Verfahren für privatrechtliche Handelsprozesse mit einem hohen Streitwert konzipiert. Aus diesem Grund werden die Parteien in der Regel von einem professionellen Vertreter unterstützt, ohne dass sie dazu verpflichtet sind. 6

II. ANWENDUNGSBEREICH

A. Negativer Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des ordentlichen Verfahrens wird hauptsächlich negativ definiert. Denn dieses hat gegenüber dem vereinfachten und dem summarischen Verfahren subsidiären Charakter. Folglich ist das ordentliche Verfahren auf Ansprüche anwendbar, auf die das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO), das summarische Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) und das Scheidungsverfahren (Art. 274 ff. ZPO) nicht anwendbar sind. 7

Das ordentliche Verfahren gilt somit für Ansprüche, die aufgrund ihrer Natur nicht dem vereinfachten Verfahren unterliegen. Diese sind in Art. 243 Abs. 2 ZPO abschliessend aufgezählt. Hinzu kommen Verfahren in Bezug auf Kinder in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 295 ff. und 307a ZPO). Im Übrigen betrifft das ordentliche Verfahren nach Art. 243 Abs. 1 ZPO nur Ansprüche mit einem Streitwert von über CHF 30'0000. Der Streitwert wird nach Art. 91 ff. ZPO bestimmt. In dieser Hinsicht geht die Berechnung des Streitwerts der Bestimmung des anwendbaren Verfahrens voraus. So ist bei einer objektiven Klagenhäufung zunächst der Wert der einzelnen Ansprüche gemäss Art. 93 Abs. 2 ZPO zu addieren und anschliessend das auf das Ergebnis anwendbare Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO zu bestimmen. 8

Das ordentliche Verfahren findet keine Anwendung auf Fälle, die dem summarischen Verfahren unterliegen. Dazu gehören die klaren Fälle (Art. 257 ZPO), deren Anwendung jedoch vom Willen der gesuchstellenden Partei abhängt, die Verbannung (Art. 258 ff. ZPO), die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sowie die freiwillige Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. e ZPO). 9

Hinzu kommen die Fälle, in denen das Gesetz die Anwendung des summarischen Verfahrens vorschreibt (Art. 248 lit. a ZPO). Das Gesetz stellt in Art. 249-251a ZPO einen Katalog dieser Fälle auf. Dieser ist jedoch nicht abschliessend, da das Bundesgericht ihn bereits in der einen oder anderen Wiederaufnahme erweitert hat.

10 Es obliegt dem Gericht, das anwendbare Verfahren zu bestimmen, da der Kläger nicht verpflichtet ist, das anwendbare Verfahren in der Klage anzugeben. Die Einhaltung des anwendbaren Verfahrens bleibt dennoch eine Zulässigkeitsvoraussetzung, die das Gericht von Amts wegen prüft (Art. 60 ZPO). Dabei prüft es, ob die Voraussetzungen bezüglich der Form (Art. 130 ZPO) und des Inhalts (Art. 221, 244 und 252 ZPO) der Klageschrift erfüllt sind oder ob die Klageschrift nicht zur gleichzeitigen Anwendung mehrerer Verfahrensarten führt (vgl. notabene Art. 90 lit. b oder 224 Abs. 1 ZPO). Bei Zweifeln oder Streitigkeiten über das anwendbare Verfahren kann das Gericht eine Entscheidung über diese Frage treffen. Ein solcher Entscheid wird in der Regel als weiterer Entscheid im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO oder sogar als Endentscheid (Art. 236 ZPO) oder Zwischenentscheid (Art. 237 ZPO) bezeichnet, wenn der behauptete Mangel zur Unzulässigkeit der Klage führen könnte. Wird die Klage für unzulässig erklärt, weil sie nicht in dem vorgeschriebenen Verfahren eingereicht wurde, bietet Art. 63 ZPO der klagenden Partei eine zweite Chance, indem sie innerhalb eines Monats eine neue Klage einreichen kann.

B. Positiver Anwendungsbereich

11 In bestimmten Situationen bestimmt sich der Anwendungsbereich des ordentlichen Verfahrens jedoch positiv. Dies gilt erstens für Streitigkeiten, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind. Ein Anspruch wird als nicht vermögensrechtlicher Anspruch bezeichnet, wenn er ideeller Natur ist und nicht zum Vermögen einer Person gehört oder eng mit diesem verbunden ist. Solche Streitigkeiten ohne Streitwert unterliegen grundsätzlich dem ordentlichen Verfahren, sofern nicht aufgrund der Art des Anspruchs das summarische oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt (vgl. Art. 243 Abs. 2 und 295 ZPO). Zu beachten ist, dass viele nicht vermögensrechtliche Fälle aufgrund ihrer Natur im summarischen oder vereinfachten Verfahren entschieden werden, was die Tragweite dieser Rechtsprechung einschränkt. Zu denken ist hier beispielsweise an

Streitigkeiten, die auf die Beendigung von Gewalt, Drohungen oder Belästigung abzielen (Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO) oder die Ausübung eines Gegendarstellungsrechts betreffen (Art. 249 Bst. a Ziff. 2 ZPO).

Der zweite Fall, in dem der Anwendungsbereich des ordentlichen Verfahrens positiv definiert wird, betrifft Streitigkeiten, die der Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz unterliegen (Art. 5 f. und 8 ZPO). In diesen Fällen findet das ordentliche Verfahren unabhängig vom Streitwert Anwendung und die Anwendung des vereinfachten Verfahrens ist grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Das System weist jedoch einige Abschwächungen auf. Zunächst ist es nicht ausgeschlossen, dass das summarische Verfahren vor einer einzigen kantonalen Instanz anwendbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Handelsgericht vorsorgliche Massnahmen anordnen muss (Art. 6 Abs. 5 und 248 Bst. d ZPO) oder wenn es in klaren Fällen über einen Anspruch im Rahmen des Schutzes zu entscheiden hat (Art. 257 ZPO). Darüber hinaus ist das Handelsgericht niemals für einen Fall zuständig, für den das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 ZPO gilt. Schliesslich sei daran erinnert, dass bei Streitigkeiten über die Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (Art. 7 ZPO) das vereinfachte Verfahren unabhängig vom Streitwert zur Anwendung kommt (Art. 243 Abs. 2 Bst. f ZPO). 12

III. ANWENDUNG AUF ANDERE VERFAHREN

A. Anwendung auf andere Verfahrensarten

Art. 219 ZPO sieht vor, dass die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren analog auf die anderen Verfahrensarten anzuwenden sind, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht. Die Tragweite von Art. 219 ZPO hängt somit von der normativen Dichte ab, mit der der Gesetzgeber die verschiedenen Verfahrensarten geregelt hat. Die Argumentation besteht darin, zunächst zu prüfen, ob die Bestimmungen für die jeweilige Verfahrensart etwas vorsehen, und andernfalls die entsprechende Bestimmung für das ordentliche Verfahren anzuwenden. Es ist zu beachten, dass diese auch durch Kaskadendenken Anwendung finden kann. So können in einem Eheschutzverfahren die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren nur dann greifen, wenn zuerst die Art. 272 ff. ZPO und danach die Bestimmungen über das summarische Verfahren das betreffende Problem nicht regeln. 13

14 Die Anwendung der Bestimmungen über das ordentliche Verfahren auf andere Verfahrensarten ist jedoch nicht grenzenlos. Art. 219 ZPO besagt zunächst, dass diese gelten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Dies betrifft vor allem die Bestimmungen über die anderen Verfahrensarten. Auch andere Gesetze, insbesondere das SchKG (z.B. Art. 84 Abs. 2 SchKG), aber auch das materielle Privatrecht, können Ausnahmen von den Vorschriften über das ordentliche Verfahren vorsehen.

15 Zweitens darf eine analoge Anwendung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren nur dann erfolgen, wenn sie sich in die Natur des betreffenden Verfahrens einfügt. Das Bundesgericht ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, dass Art. 223 Abs. 1 ZPO, der die Ansetzung einer Nachfrist bei fehlender Einreichung der Klageantwort verlangt, nicht anwendbar ist, wenn die ersuchte Partei in einem Rechtsöffnungsverfahren keine Feststellungen trifft. Die Frage, welche Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens mit dem summarischen oder vereinfachten Verfahren vereinbar sind, ist nicht immer einfach zu beantworten und lässt viel Raum für die richterliche Auslegung. Diese ist jedoch nicht grenzenlos. Im Zweifelsfall ist es unserer Ansicht nach angebracht, zur Regel zurückzukehren und die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren analog anzuwenden.

16 Die analoge Anwendung der Bestimmungen über das ordentliche Verfahren kann durch eine direkte Übernahme der betreffenden Bestimmung erfolgen. So werden beispielsweise die Bestimmungen über die Protokollierungspflicht (Art. 235 ZPO), die Zustellung von Entscheiden (Art. 236 ff. ZPO) oder die Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid (Art. 241 f. ZPO) analog auf das vereinfachte und das summarische Verfahren angewendet. A maiore minus kann das Gericht zudem einige Abschwächungen oder Anpassungen der übernommenen Regel vornehmen, insbesondere um sie mit der Natur des anwendbaren Verfahrens in Einklang zu bringen. Das Bundesgericht hat beispielsweise entschieden, dass die Parteien im summarischen Verfahren nicht davon ausgehen können, dass ihnen ein zweiter Schriftenwechsel garantiert wird, sondern dass sie unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen können, wenn das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel oder die Durchführung einer mündlichen Verhandlung anordnet.

B. Andere besondere Verfahren

Neben den verschiedenen Verfahrensarten stellt sich die Frage, inwieweit Art. 219 ZPO auf Verfahrensschritte anwendbar ist, die der Anwendung des ordentlichen Verfahrens vorausgehen oder folgen, sowie auf Zivilprozesse, in denen die ZPO nicht oder nur als ergänzendes Recht anwendbar ist. 17

Die Rechtsbehelfe der ZPO bestehen aus der Berufung (Art. 308 ff. ZPO), der Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO), der Revision (Art. 328 ff. ZPO) sowie der Auslegung und Berichtigung (Art. 334 ZPO). Diese Verfahren unterliegen einer eigenen Regelung. Der Gesetzgeber hat im Übrigen die Idee eines Verweises auf die Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren aufgegeben. Für das Bundesgericht deutet dies darauf hin, dass der Gesetzgeber eine Anwendung der Regeln des erstinstanzlichen Verfahrens auf Rechtsbehelfe nicht wollte. Nur wenn die Vorschriften über den Rechtsschutz nichts vorsehen, kann daher eine analoge Anwendung der Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren in Betracht kommen. So wandte das Bundesgericht die Art. 221 und 244 ZPO analog an, um den Inhalt der Berufungsbegründung zu bestimmen, da Art. 311 ZPO zu diesem Thema schweigt. Eine extensive Auslegung der Rechtsmittelbestimmungen durch Anwendung von Art. 219 ZPO ist hingegen aus unserer Sicht nicht möglich. 18

Das Schlichtungsverfahren ist, auch wenn es eine zwingende Voraussetzung dafür darstellt (Art. 197 ZPO), nicht Teil des ordentlichen Verfahrens, das mit der Einreichung der Klage beginnt (Art. 220 ZPO). Wie die Rechtswege ist auch das Schlichtungsverfahren im Gesetz detailliert geregelt. Dieses verfolgt zudem andere Ziele als ein erstinstanzliches Verfahren, nämlich eine gütliche Beilegung des Streits in einem weniger formellen Rahmen als im ordentlichen Verfahren (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Folglich finden die Regeln über das ordentliche Verfahren vor allem dann Anwendung, wenn die Art. 197 ff ZPO lückenhaft sind. Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Schlichtungsbehörde "wie ein Gericht" handelt, indem sie eine Unzulässigkeitserklärung oder eine Verfügung erlässt (Art. 212 ZPO). Im letzteren Fall ist die Schlichtungsbehörde jedoch verpflichtet, zunächst die Regeln des vereinfachten Verfahrens und dann subsidiär die Regeln des ordentlichen Verfahrens anzuwenden (Art. 219 ZPO). 19

Schliesslich ergibt sich die Anwendung des ordentlichen Verfahrens nicht zwingend aus der ZPO. Diese findet grundsätzlich vor dem 20

Bundespatentgericht Anwendung (Art. 27 BGFA). Schliesslich kann sie als ergänzendes kantonales Recht im Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zur Anwendung kommen (Art. 450f ZGB). Hingegen ist die BZP - und nicht die ZPO - in den wenigen Fällen anwendbar, in denen das Bundesgericht als einzige Instanz entscheidet (Art. 120 Abs. 3 BGG). Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Bestimmungen der ZPO dort subsidiär zum Tragen kommen.

LITERATURVERZEICHNIS

Brugger Daniel, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO), PCEF 2019 p. 22 ss.

Grobéty Laurent, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, Genève et al. 2018.

Grobéty Laurent/Heinzmann Michel, Commentaires de l'art. 85 et art. 91 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Heinzmann Michel/Herrmann-Heiniger Christelle, Commentaire de l'art. 219 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Heinzmann Michel, La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation Fribourg, Genève et al. 2018.

Hofmann David/Lüscher Christian, Le Code de procédure civile, 2e éd., Berne 2015.

Hohl Fabienne, Procédure civile, tome I : Introduction et théorie générale, 2e éd., Berne 2016.

Hurni Christoph, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Berne 2018.

Killias Laurent, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berne 2012.

Leuenberger Christoph, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit), Zürcher

Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Zurich 2016 (cité : ZK-Leuenberger, art. 219 CPC)

Leuenberger Christoph, Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO), in : Fankhauser Roland et al. (édit.), Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 379 ss (cité : Leuenberger, Bestimmungen).

Pahud Eric, in : Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2e éd., Zurich et al. 2016.

Richers Roman/Naegeli Georg, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (édit.), Kurzkommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Bâle 2021.

Sterchi Martin, Kommentierung zu Art. 93 ZPO, in : Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berne 2012.

Tappy Denis, Commentaires de l'art. 219 et art. 226 CPC, in : Bohnet François et al. (édit), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2018.

Trezzini Francesco, Commento dall'art. 219 CPC, in : Trezzini Francesco et al. (édit), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), 2 vol., Pregassona 2017.

Willisegger Daniel, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Infanger Dominik/Spühler Karl/Tenchio Luca (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Bâle 2017.

Zingg Simon, Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in : Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berne 2012.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 220 ZPO

Eine Kommentierung von Laurent Grobéty

ZITIERVORSCHLAG

Laurent Grobéty, Kommentierung zu Art. 220 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Grobéty, Art. 220 ZPO N. XXX.

2. Kapitel: Schriftenwechsel und Vorbereitung der Hauptverhandlung

Art. 220 Einleitung

Das ordentliche Verfahren wird mit Einreichung der Klage eingeleitet.

GLIEDERUNG

I. Einreichen des Antrags 303
A. Merkmale 303
B. Behandlung durch das Gericht 304
II. Auswirkungen 306
A. Bestimmung des Streitwerts und des anwendbaren Verfahrens 306
B. Rechtshängigkeit 307
Literaturverzeichnis 308

I. EINREICHEN DES ANTRAGS

A. Merkmale

Art. 220 ZPO bestimmt, dass die Einreichung der Klage den entscheidenden Zeitpunkt für die Einleitung des Verfahrens vor dem erstinstanzlichen Gericht darstellt. Im ordentlichen Verfahren ist die Klage durch einen schriftlichen Schriftsatz gekennzeichnet, der zumindest die Anträge der klagenden Partei und deren Begründung in tatsächlicher Hinsicht enthält (Art. 221 Abs. 1 ZPO). Die Einreichung einer Klage im vereinfachten Verfahren (Art. 244 ZPO) bestimmt aufgrund der Verweisungswirkung von Art. 219 ZPO den Beginn des vereinfachten Verfahrens. Im Übrigen kennt die ZPO verschiedene Arten von verfahrenseinleitenden Handlungen. Im summarischen Verfahren wird das Verfahren durch einen Antrag eingeleitet (Art. 252 Abs. 1 ZPO). Weitere Beispiele sind das Schlichtungsgesuch (Art. 202 ZPO) sowie das gemeinsame Begehren oder die einseitige Klage auf Scheidung (Art. 274 ZPO). Diese Schriftstücke werden jedoch nicht von Art. 220 ZPO erfasst, der sich auf Anträge im Sinne der Art. 221 und 244 ZPO beschränkt. 1

Als Schriftsatz muss die Klage auf Papier oder in elektronischer Form eingereicht werden; sie ist zu unterzeichnen (Art. 130 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Gegensatz zum vereinfachten oder summarischen Verfahren (vgl. Art. 244 Abs. 1 und 252 Abs. 2 ZPO) ist im ordentlichen Verfahren die Einreichung einer mündlichen, in ein Protokoll diktierten Klageschrift nicht möglich. Ebenso erfüllt ein per Telefax oder E-Mail eingereichter Schriftsatz nicht die Formerfordernisse des ordentlichen Verfahrens. Eine in dieser Form eingereichte Klage wird als nicht eingereicht betrachtet, was die Einhaltung etwaiger Fristen unmöglich macht. Wird die Klage in Papierform eingereicht, muss sie der Schweizerischen Post, der Gerichtskanzlei oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz übergeben werden (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Eine elektronisch übermittelte Urkunde muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem BG vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur versehen sein (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Im Übrigen gelten hinsichtlich der Formerfordernisse die Art. 130 ff. ZPO. 2

Das Projekt Justitia 4.0 wird sich auf die oben beschriebenen Modalitäten für die Einreichung eines Gesuchs auswirken. Der Entwurf des BG über die 3

Plattformen für den elektronischen Rechtsverkehr im Justizbereich (E-JustizG), der voraussichtlich im Laufe des Jahres 2025 in Kraft treten wird, sieht nämlich die Einrichtung einer oder mehrerer Plattformen vor, die die elektronische Übermittlung von Dokumenten im Justizbereich ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 lit. a E-JustizG). Der Entwurf nimmt einige Änderungen an den Bestimmungen der ZPO über die Form von Urkunden vor. Insbesondere wird in Art. 128c Abs. 1 E-ZPO der Grundsatz der obligatorischen Nutzung einer elektronischen Kommunikationsplattform für die Gerichte und die berufsmässigen Vertreter der Parteien im Sinne von Art. 68 Abs. 2 ZPO verankert. Die Einreichung der Klage auf einer elektronischen Plattform im Sinne des JStG wird dann zur üblichen Art der Klageeinreichung im ordentlichen Verfahren (Art. 130 E-ZPO).

4 Die Anforderungen an den Inhalt der Klageschrift sind in Art. 221 ZPO für das ordentliche Verfahren und in Art. 244 und 252 ZPO für das summarische und das vereinfachte Verfahren festgelegt. Es wird auf die Kommentare zu diesen Bestimmungen verwiesen.

5 In den meisten Fällen ist eine ordnungsgemäße Klageerhebung an die Einhaltung von Fristen geknüpft. Dabei handelt es sich in der Regel, wenn ein Schlichtungsversuch unternommen wurde, um die in der Klagebewilligung festgelegte Frist für die Einreichung der Klage (Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO). Ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren können sich allfällige Klagefristen aus einem anderen Gesetz ergeben, wie beispielsweise die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 961 Abs. 3 ZGB) oder die Klage auf Schuldbefreiung (Art. 83 Abs. 2 SchKG), aber auch aus der ZPO selbst im Falle der Bestätigung vorsorglicher Massnahmen (Art. 263 ZPO).

B. Behandlung durch das Gericht

6 Dem Gericht stehen nach Eingang des Antrags mehrere Möglichkeiten offen. Dieses hat bei der Prozessführung einen weiten Ermessensspielraum, obwohl das Gesetz ihm vorschreibt, eine gewisse Beschleunigung zu gewährleisten (Art. 124 Abs. 1 ZPO).

7 Weist die Klageschrift einen behebbaren Formfehler auf, so setzt das Gericht eine Frist zur Berichtigung (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Dies gilt insbesondere, wenn die Urkunde nicht unterzeichnet ist oder ein Anhang wie die Klagebewilligung oder die Vollmacht fehlt. Dasselbe gilt für unleserliche, ungebührliche,

unverständliche oder weitschweifige Urkunden (Art. 132 Abs. 2 ZPO). In bestimmten Situationen, insbesondere bei einem fehlenden Exemplar, kann das Gericht den Mangel auf Kosten des Urhebers selbst berichtigen (Art. 131 ZPO). Schließlich sei daran erinnert, dass eine Klage, die in einer gesetzlich nicht vorgesehenen Form (z. B. per E-Mail oder Telefax) eingereicht wird, als nicht eingereicht gilt, so dass es in einem solchen Fall keine Möglichkeit zur Berichtigung des Schriftstücks gibt (oben Nr. 2). Wenn die beim Gericht eingegangene Klageschrift irrtümlich an das Gericht gerichtet wurde, sieht Art. 143 Abs. 1bis nZPO ab seinem Inkrafttreten am 1. Januar 2025 vor, dass die Klageschrift von Amts wegen an das zuständige Gericht weitergeleitet wird. In diesem Fall sieht Art. 63 Abs. 1 nZPO vor, dass das Verfahren am Tag der ersten Einreichung des Schriftstücks als eingeleitet gilt.

Bei Eingang der Klage muss das Gericht aufgrund des Grundsatzes der Verfahrensökonomie eine erste Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen vornehmen. Folglich kann das Gericht bereits in diesem Stadium des Verfahrens eine endgültige Entscheidung über die Unzulässigkeit treffen (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Um das Risiko einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu begrenzen, kann das Gericht auch einen Schriftwechsel anordnen, der auf die Erfüllung der strittigen Zulässigkeitsvoraussetzung beschränkt ist (Art. 125 lit. a ZPO; unten Nr. 9). Zu beachten ist, dass bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht geprüft werden können, bevor die beklagte Partei angehört wurde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die örtliche Zuständigkeit nicht gegeben ist, die beklagte Partei aber stillschweigend die Zuständigkeit des Gerichts akzeptiert (Art. 18 ZPO). Dasselbe gilt, wenn der Rechtsstreit Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist (Art. 61 lit. a ZPO). Der Beklagte kann zudem in der Klageantwort ausdrücklich oder stillschweigend auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn der Streitwert CHF 100'000 übersteigt (Art. 199 Abs. 1 ZPO). In jedem Fall hat das Gericht die Wahl, das Verfahren und die Klageantwort auf die Frage der Zulässigkeit zu beschränken (Art. 222 Abs. 3 cum 125 lit. a ZPO). 8

Erscheint die Klage nicht von vornherein unzulässig und ist sie nicht mit Formfehlern behaftet, erlässt das Gericht die für den Fortgang des Verfahrens erforderlichen Beweisanordnungen. Sobald die Klage eingereicht wurde, kann das Gericht von der klagenden Partei einen Kostenvorschuss verlangen (Art. 98 ZPO). Die Zahlung muss innerhalb der vom Gericht gesetzten und gegebenenfalls verlängerten (Art. 144 Abs. 2 ZPO) Frist erfolgen (Art. 101 Abs. 1 9

ZPO); das Gericht tritt nicht auf die Klage ein, wenn die klagende Partei nach Ablauf einer Nachfrist nicht erfüllt hat (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Art. 222 Abs. 1 ZPO verpflichtet das Gericht zudem, der beklagten Partei die Klage zuzustellen und ihr eine Frist für die Einreichung einer Klageantwort zu setzen. Die Frage, in welcher Reihenfolge das Gericht vorgehen muss, liegt in seinem Ermessen. Sofern keine besonderen Umstände vorliegen, gebietet es die Verfahrensökonomie in der Regel, mit der Zustellung der Klageschrift an die Gegenpartei zu warten, bis der Kostenvorschuss bezahlt ist.

10 Im Übrigen wird das Gericht ab Einreichung der Klage mit der Prozessführung beauftragt (Art. 124 Abs. 1 Abs. 1 ZPO). Es kann dann zur Vereinfachung des Verfahrens Untersuchungsanordnungen erlassen (Art. 125 ZPO). So kann das Gericht eine Teilung der Klage vornehmen (Art. 125 lit. b ZPO) oder die Klage mit einem anderen, bereits laufenden Prozess verbinden (Art. 125 lit. c ZPO). Es steht ihm auch frei, das Verfahren auf bestimmte Fragen oder Anträge zu beschränken (Art. 125 lit. a ZPO). In diesem Stadium des Verfahrens kann es sinnvoll sein, so vorzugehen, wenn sich aus der Klage ein Zulässigkeitsproblem ergibt oder wenn die Klage Hilfsanträge enthält, deren Behandlung sich als zeitraubend erweisen könnte. Unseres Erachtens spricht nichts dagegen, dass das Gericht solche Anordnungen erlässt, bevor es die Gegenpartei anhört. Vielmehr ist es die Verfahrensökonomie, die das Gericht bei seiner Beurteilung leitet (Art. 124 Abs. 1 ZPO). In dieser Hinsicht ist ein solches Vorgehen angebracht, wenn konsequente Verfahrensschritte vermieden werden können, was bei der Einreichung einer Klageantwort der Fall ist (vgl. Art. 222 Abs. 3 ZPO).

II. AUSWIRKUNGEN

A. Bestimmung des Streitwerts und des anwendbaren Verfahrens

11 Die Einreichung der Klage hat verschiedene verfahrensrechtliche Folgen. Zunächst hat das Bundesgericht klargestellt, dass die Einreichung der Klage der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung des Streitwerts ist. Dies ist eine Folge der Verpflichtung des Klägers, den Streitwert in der Klageschrift anzugeben (Art. 221 Abs. s1 lit. c ZPO). Die Berechnung des Streitwerts erfolgt nach den Grundsätzen von Art. 91 ff ZPO. Vorbehaltlich einer offensichtlichen Übertreibung oder einer Uneinigkeit zwischen den Parteien in diesem Punkt (Art. 91 Abs. 2 ZPO) entspricht der Streitwert dem von der klagenden Partei

angegebenen Betrag. Auf der Grundlage dieses Betrags wird das anwendbare Verfahren bestimmt.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass das anwendbare Verfahren zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage bestimmt wird; ab diesem Zeitpunkt finden also die Vorschriften über das ordentliche Verfahren Anwendung. Folglich steht es der klagenden Partei frei, ihre Anträge nach Erteilung der Klagebewilligung zu reduzieren; das anwendbare Verfahren bestimmt sich dann auf der Grundlage der reduzierten Anträge. Ebenso ist es möglich, in der Klage die Anträge, die Gegenstand der Klagebewilligung nach Art. 227 ZPO waren, analog zu ändern, ohne das Erfordernis der Verfahrensidentität zu berücksichtigen. Die Bestimmung des anwendbaren Verfahrens obliegt dem Gericht, da es sich hierbei um eine Zulässigkeitsvoraussetzung handelt, deren Prüfung von Amts wegen erfolgt (Art. 60 ZPO). Die klagende Partei ist nicht verpflichtet, das anwendbare Verfahren in ihrer Klageschrift anzugeben. Sie muss höchstens die Formvorschriften für die Abfassung von Schriftstücken in dem betreffenden Verfahren einhalten. Bei Zweifeln über das anzuwendende Verfahren oder auf Antrag einer Partei kann das Gericht das Verfahren je nach den Umständen durch eine Beweisanordnung, eine Zwischenverfügung oder eine Endentscheidung festlegen (Art. 219 ZPO Nr. 10). 12

B. Rechtshängigkeit

Art. 62 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass das Verfahren durch die Einreichung des Schlichtungsantrags, der Klage, des Antrags oder des gemeinsamen Scheidungsbegehrens eingeleitet wird. Daraus folgt, dass in den meisten Fällen die Einreichung der Klage keine Rechtshängigkeit bewirkt, wenn zuvor ein Schlichtungsverfahren stattgefunden hat. Nur wenn das Schlichtungsverfahren ausgeschlossen (Art. 198 ZPO), fakultativ (Art. 199 Abs. 3 nZPO) ist oder die Parteien darauf verzichtet haben (Art. 199 ZPO), fällt die Einreichung der Klage mit dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zusammen. In diesem Fall obliegt es dem Gericht zudem, den Parteien eine Bestätigung über die Einreichung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks auszustellen (Art. 62 Abs. 2 ZPO). 13

Zu beachten ist, dass nach Art. 65 ZPO die klagende Partei ab der Übermittlung der Klage an den Beklagten und nicht ab der Klageeinreichung für die Fortführung des Prozesses verantwortlich ist (Fortführungslast). Eine 14

Rücknahme des Schriftstücks ab diesem Zeitpunkt führt grundsätzlich zur Rechtskraft des Urteils.

LITERATURVERZEICHNIS

Bohnet François, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 185 ss.

Frei Nina j., in: Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Berne 2012.

Grobéty Laurent, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018.

Heinzmann Michel, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Heinzmann Michel, La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018.

Hohl FabienneBovey Grégory, Dix ans de Code de procédure civile : bilan et perspectives, RDS 2021 I 509 ss.

Killias Laurent, in: Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Berne 2012.

Leuenberger Christoph, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Zurich 2016.

Pahud Eric, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2e éd., Zurich/St.-Gall 2016.

Richers Roman/Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja (édit.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd., Bâle 2021.

Tappy Denis, in: Bohnet François et al. (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019.

Weber Roger, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja (édit.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd., Bâle 2021.

Willisegger Daniel, in: Infanger Dominik/Spühler Karl/Tenchio Luca (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Bâle 2017.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 239 ZPO

Eine Kommentierung von Philip Carr / Tobias Aggteleky

ZITIERVORSCHLAG

Philip Carr / Tobias Aggteleky, Kommentierung zu Art. 239 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Carr / Aggteleky, N XXX zu Art. 239 ZPO.

Art. 239 Eröffnung und Begründung

[1] Das Gericht kann seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen:

a. in der Hauptverhandlung durch Übergabe des schriftlichen Dispositivs an die Parteien mit kurzer mündlicher Begründung;

b. durch Zustellung des Dispositivs an die Parteien.

[2] Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheides verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung oder Beschwerde.

[3] Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 über die Eröffnung von Entscheiden, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand und Anwendungsbereich 313
II. Eröffnung und Begründung des Entscheids 317
A. Eröffnung 317
B. Begründung 318
1. Begründungspflicht und -anforderungen 318
2. Abgrenzung zum Dispositiv 320
III. Varianten der Entscheideröffnung (Abs. 1) 321
A. Eröffnung mit Begründung 322
B. Eröffnung ohne Begründung 322
1. Übergabe des Dispositivs mit mündlicher Kurzbegründung (lit. a) 322
2. Zustellung des Dispositivs an die Parteien (lit. b) 323
3. Zustellung des Dispositivs mit schriftlicher Kurzbegründung (Anmerkungen) 323
4. Zustellung des Dispositivs nach mündlicher Mitteilung des Entscheids 325
IV. Nachträgliche schriftliche Begründung oder Verzicht auf Anfechtung (Abs. 2) 325
V. Vorbehalt des Bundesgerichtsgesetzes (Abs. 3) 327
VI. Vollstreckbarkeit im Dispositiv eröffneter Entscheide 328
VII. Rechtskraftwirkung im Dispositiv eröffneter Entscheide 332
VIII. ZPO-Revision 334
A. Begründungspflicht von Entscheiden oberer und einziger kantonaler Instanzen 335
B. Vollstreckbarkeit im Dispositiv eröffneter Entscheide 335
Materialien 337
Literaturverzeichnis 337

I. REGELUNGSGEGENSTAND UND ANWENDUNGSBEREICH

Art. 239 ZPO regelt die Modalitäten der Eröffnung von Entscheiden. Dazu gehören namentlich die Form der Eröffnung sowie die Frage, ob, wann und wie Entscheide begründet werden müssen.[1342] 1

Art. 239 ZPO gilt für erstinstanzliche Entscheide, die im ordentlichen, vereinfachten oder summarischen Verfahren ergehen.[1343] Auch Entscheide, die in familienrechtlichen Verfahren (namentlich dem Scheidungsverfahren)[1344] ergehen, sind von der Norm erfasst. Auf Rechtsmittelentscheide findet sie grundsätzlich keine Anwendung, zumal die ZPO vorschreibt, dass Entscheide der Berufungs- und Beschwerdeinstanzen stets mit schriftlicher Begründung zu eröffnen sind (Art. 318 Abs. 2 ZPO und Art. 327 Abs. 5 ZPO).[1345] Auch Entscheide, die nach Gutheissung eines Revisionsgesuchs neu gefällt werden, sind schriftlich begründet zu eröffnen (Art. 333 Abs. 3 ZPO).[1346] Selbiges gilt für Entscheide einziger kantonaler Instanzen gemäss Art. 5-8 ZPO.[1347] Die Eröffnung bundesgerichtlicher Entscheide richtet sich nach Art. 60 BGG.[1348] 2

Was die *Art* der Entscheide betrifft, so ist Art. 239 ZPO einzig auf die im 5. Kapitel der ZPO geregelten Entscheide anwendbar, d.h. auf Endentscheide, auf Teilentscheide, auf Zwischenentscheide und auf Entscheide über vorsorgliche Massnahmen.[1349] 3

1342 DIKE-Komm.-Kriech, N. 1 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 9 zu Art. 239 ZPO.

1343 SK-Staehelin, N. 14 zu Art. 239 ZPO; vgl. auch Urteil 4A_72/2014 vom 2. Juni 2014 E. 5.

1344 Beim Scheidungsverfahren handelt es sich um eine eigenständige Prozessart (vgl. Botschaft 2006, S. 7359), die sinngemäss auch für Verfahren zur Auflösung und zur Ungültigerklärung eingetragener Partnerschaften gilt (Art. 307 ZPO).

1345 BK-Killias, N. 3 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 14 zu Art. 239 ZPO; vgl. aber BGE 142 III 695 = Pra 107 (2018) Nr. 17 E. 4.1 zur Zulässigkeit der vorgängigen Eröffnung des Rechtsmittelentscheids im Dispositiv mit nachgelieferter Begründung. Vgl. sodann unten V. für Hinweise zur laufenden Revision der ZPO.

1346 BSK-Herzog, N. 8 zu Art. 333 ZPO; DIKE-Komm.-Schwander, N. 13 zu Art. 333 ZPO.

1347 BK-Killias, N. 3 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 14 zu Art. 239 ZPO. Für weiterführende Hinweise vgl. unten V.

1348 Vgl. ferner Art. 108 Abs. 3 und Art. 109 Abs. 3 BGG sowie Art. 47 BGerR. Urteilt das Bundesgericht als einzige Instanz (vgl. Art. 1 BZP) richtet sich die Entscheideröffnung nach Art. 70 BZP.

1349 BK-Killias, N. 2 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 13 zu Art. 239 ZPO. Zur Qualifikation von Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen vgl. BSK-Steck/Brunner, N. 14 zu Art. 237 ZPO.

4 Der Endentscheid führt zu einer Beendigung des Prozesses vor der jeweiligen Instanz durch einen Sach- oder Nichteintretensentscheid (Art. 236 ZPO). Als Endentscheid gilt deshalb auch der in der ZPO nicht ausdrücklich geregelte Teilentscheid, mit dem das Gericht bei objektiver oder subjektiver Klagenhäufung über einen Teil der Rechtsbegehren urteilt.[1350] Einen Zwischenentscheid kann das Gericht treffen, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann (Art. 237 ZPO).[1351]

5 Demgegenüber ist Art. 239 ZPO nicht einschlägig für prozessleitende Verfügungen und «andere erstinstanzliche Entscheide» (vgl. Art. 319 lit. b ZPO).[1352] Daraus folgt freilich nicht, dass derartige gerichtliche Anordnungen nie begründet werden müssten; vielmehr kann sich eine Begründungspflicht im Einzelfall auch direkt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergeben.[1353]

6 Beim Abschreibungsbeschluss infolge Vergleichs, Klageanerkennung oder Klagerückzugs gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO handelt es sich um einen rein deklaratorischen Akt,[1354] da diese Entscheidsurrogate den Prozess unmittelbar beenden.[1355] Der Abschreibungsbeschluss sollte gleichwohl den Grund der Abschreibung (Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug) nennen, muss darüber hinaus aber nicht begründet werden.[1356] Anders verhält es sich mit der Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen gemäss Art. 242 ZPO. Während das Verfahren in den Fällen von Art. 241 ZPO von Gesetzes wegen endet, setzt die Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen eine dahingehende gerichtliche Feststellung voraus. Diese Feststellung ist zumindest summarisch

1350 Bohnet/Droese, N. 8 zu Art. 236 ZPO. Vgl. auch Art. 91 BGG.

1351 Vgl. dazu Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Rz. 1082 ff.

1352 BK-Killias, N. 2 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 13 zu Art. 239 ZPO. Zur Abgrenzung prozessleitender Verfügungen von sog. Inzidenzentscheiden vgl. BSK-Steck/Brunner, N. 13 zu Art. 237 ZPO.

1353 BSK-Steck/Brunner, N. 10 f. zu Art. 239 ZPO; anders die Botschaft 2006, S. 7378. Vgl. unten II.B.1.

1354 BGE 139 III 133 E. 1.2.

1355 KUKO-Richers/Naegeli, N. 38 zu Art. 241 ZPO.

1356 OGer BE ZK 13 642 vom 11. März 2014 E. 3.

zu begründen,[1357] wobei die Begründung nach Massgabe von Art. 239 ZPO auf Verlangen einer Partei nachgeliefert werden kann.

Grundsätzlich ebenfalls zu begründen ist der Entscheid über die Prozesskosten (Art. 104 f. ZPO).[1358] Auch hier richten sich die Modalitäten nach Art. 239 ZPO. Aus der Begründung sollte hervorgehen, von welchen Verteilungsgrundsätzen das Gericht ausgegangen ist.[1359] Die Begründung kann knapp ausfallen, wenn die Verteilung nach dem Unterliegerprinzip erfolgt (vgl. Art. 106 ZPO).[1360] 7

Keiner Begründung bedarf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Entscheid über die *Höhe* der Prozesskosten, solange das Gericht den tariflichen Rahmen einhält und die Parteien keine aussergewöhnlichen Umstände vorbringen.[1361] Eine Ausnahme hiervon bildet der Fall, dass das Gericht die Parteientschädigung abweichend von einer eingereichten Kostennote auf einen bestimmten, nicht der üblichen, praxisgemäss gewährten Entschädigung entsprechenden Betrag festsetzt; ein solcher Entscheid ist zu begründen.[1362] Das Einreichen einer Kostennote kann mithin die Anforderungen an die Begründungspflicht hinsichtlich des Kostenentscheids erhöhen.[1363] Diese Rechtsprechung gilt indes nur, wenn das Gericht am Ende des Hauptsacheverfahrens über die Kostenfolgen entscheidet. Eine Begründungspflicht besteht hingegen, wenn die Kosten- und Entschädigungsfolgen den eigentlichen Verfahrensgegenstand bilden.[1364] 8

Nach hier vertretener Auffassung ist die Bemessung der Prozesskosten auch bei Einhaltung des tariflichen Rahmens zu begründen, wenn der einschlägige Tarif dem Gericht einen Ermessensspielraum von einer gewissen Tragweite einräumt. Während die tariflichen Grenzen etwa bei Entscheiden in 9

1357 BSK-Gschwend/Steck, N. 17 zu Art. 242 ZPO.

1358 BSK-Rüegg/Rüegg, N. 1 zu Art. 104 ZPO.

1359 BSK-Rüegg/Rüegg, N. 1 zu Art. 104 ZPO; DIKE-Komm.-Urwyler/Grütter, N. 3 zu Art. 104 ZPO.

1360 SK-Jenny, N. 4 zu Art. 104 ZPO.

1361 Urteil 4D_97/2014 vom 16. April 2015 E. 8.2; Urteil 5D_178/2012 vom 14. Juni 2013 E. 2.3.3; BGE 111 Ia 1 E. 2a.

1362 *Ibid*.

1363 BK-Sterchi, N. 9 zu Art. 105 ZPO; Vetter/Albert, S. 313 f.

1364 Urteil 5A_695/2021 vom 18. Januar 2022 E. 2.3; Urteil 1C_58/2019 vom 31. Dezember 2019 E. 2.2. Dies ist auch dann der Fall, wenn der erstinstanzliche Kostenentscheid vor der Rechtsmittelinstanz gerügt wird (vgl. Urteil 5D_45/2014 vom 11. Juli 2014 E. 2.2).

betreibungsrechtlichen Summarsachen relativ eng gesteckt sind,[1365] gestehen die kantonalen Tarife den Gerichten gerade bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit hohem Streitwert regelmässig ein erhebliches Ermessen zu. In welchen Fällen eine Begründung angezeigt ist, lässt sich nur schwer in allgemeiner Form umschreiben. Eine kurze Begründung des Kostenentscheids ist ungeachtet der Höhe der Prozesskosten zu empfehlen. Wird ein Entscheid direkt oder auf Verlangen einer Partei (Art. 239 Abs. 2 ZPO) schriftlich begründet, sollte unseres Erachtens jedenfalls eine Festlegung der Prozesskosten ab einem mittleren vierstelligen Betrag unter Nennung der tariflichen Grundlagen, einschliesslich der zur Anwendung gebrachten Zuschläge und Ermässigungen, begründet werden. Andernfalls ist den Parteien eine sachgerechte Anfechtung des Kostenentscheids kaum möglich.[1366]

10 Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang auch, dass Art. 110 ZPO die *selbstständige* Anfechtung des Kostenentscheids mittels Beschwerde ausdrücklich vorsieht. Aus diesem Grund ist der Kostenentscheid nach Massgabe der vorgenannten Grundsätze auch dann zu begründen, wenn der restliche Teil des Entscheids keiner Begründungspflicht unterliegt, was namentlich beim Abschreibungsentscheid gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO zutrifft. Der im Abschreibungsentscheid enthaltene Kostenentscheid kann zunächst im Dispositiv eröffnet werden, ist aber auf Verlangen einer Partei innert der Zehntagesfrist gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO schriftlich zu begründen.[1367]

11 Von Art. 239 ZPO erfasst sind ferner Entscheide, welche die Schlichtungsbehörde auf Antrag der klagenden Partei in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2'000.– fällen kann (Art. 212 ZPO).[1368] Die Begründung von durch die Schlichtungsbehörde unterbreiteten Urteilsvorschlägen ist freiwillig (Art. 210 Abs. 2 ZPO).[1369] Klagebewilligungen stellen keine Entscheide dar und

---

1365 Vgl. Art. 48 GebV SchKG.

1366 Gegenstand der Rüge wird regelmässig eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens bilden, also eine Überschreitung, eine Unterschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens, wobei der Ermessensmissbrauch im Vordergrund stehen dürfte. Zur diesbezüglichen Terminologie vgl. Urteil 8C_528/2018 vom 18. Januar 2019 E. 4.2.

1367 In diesem Sinne auch OGer BE ZK 13 642 vom 11. März 2014 E. 3.

1368 KUKO-Gloor/Umbricht Lukas, N. 5 zu Art. 212 ZPO. Zum Entscheidverfahren vor der Schlichtungsbehörde vgl. BGE 147 III 440.

1369 BSK-Infanger, N. 5 zu Art. 210 ZPO.

bedürfen keiner Begründung. Die in der Klagebewilligung enthaltene Verfügung über die Kosten des Schlichtungsverfahrens (vgl. Art. 209 Abs. 2 lit. d ZPO) hat indes Entscheidcharakter und kann mittels Kostenbeschwerde angefochten werden.[1370] Die Kostenentscheide der Schlichtungsbehörden unterliegen in der Regel engen tariflichen Grenzen, weshalb eine Begründung des Kostenentscheides meistens nicht zwingend erscheint.[1371] Es spricht jedoch nichts dagegen, den Parteien in diesen Fällen in Anwendung von Art. 239 ZPO eine Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung des Kostenentscheids zu setzen.

II. ERÖFFNUNG UND BEGRÜNDUNG DES ENTSCHEIDS

A. Eröffnung

Mit der «Eröffnung» des Entscheids ist seine Mitteilung an die Parteien gemeint,[1372] was insbesondere aus dem französischen und italienischen Wortlaut hervorgeht («*communication*» bzw. «*notificazione*»).[1373] Der Entscheid wird mit seiner Mitteilung an die Parteien rechtlich existent und entfaltet erst ab diesem Zeitpunkt Bindungswirkung.[1374] Eine nachträgliche Abänderung des Entscheids durch das Gericht ist ausgeschlossen (vorbehältlich einer Wiederherstellung, Erläuterung oder Berichtigung).[1375] Mit der Eröffnung des Entscheids beginnen auch die durch ihn ausgelösten Fristen zu laufen.[1376] 12

Als gehörig eröffnet gilt nur ein Entscheid, der alle in Art. 238 ZPO genannten Elemente enthält.[1377] Die Mitteilung des Entscheids hat in einer Form gemäss 13

1370. BGE 141 III 159 E. 2.1; BGE 140 III 227 = Pra 104 (2015) Nr. 35 E. 3.1; OGer ZH RU210048 vom 24. August 2021 E. 3a; zur separaten Anfechtung des Kostenentscheids vor Bundesgericht vgl. Urteil 4D_68/2013 vom 12. November 2013 E. 3. Gleich verhält es sich nach Auffassung des Obergerichts des Kantons Bern hinsichtlich der Kostenregelung in einem (nicht abgelehnten) schlichtungsbehördlichen Urteilsvorschlag im Sinne von Art. 210 ZPO (OGer BE ZK 20 394 vom 22. Dezember 2020 E. 10, in: CAN 2021 Nr. 49, S. 156).

1371. Zur den Grundsätzen der Verteilung der Kosten des Schlichtungsverfahrens vgl. Art. 207 Abs. 1 ZPO sowie ferner KUKO-Gloor/Umbricht Lukas, N. 9 f. zu Art. 207 ZPO., N. 6 zu Art. 210 ZPO und N. 5 zu Art. 212 ZPO.

1372. DIKE-Komm.-Kriech, N. 1 zu Art. 239 ZPO; vgl. auch BGE 137 III 127 E. 2.

1373. Zur Eröffnung der Klagebewilligung vgl. BGE 140 III 227 = Pra 104 (2015) Nr. 35 E. 3.1; OGer ZH LB140093 E. 2 vom 17. Februar 2015.

1374. BGE 122 I 97 E. 3.a.bb; DIKE-Komm.-Kriech, N. 1 zu Art. 239 ZPO.

1375. BK-Killias, N. 4 zu Art. 239 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 5 zu Art. 239 ZPO.

Art. 138 ZPO (physische Zustellung), Art. 139 ZPO (elektronische Zustellung) oder Art. 141 ZPO (öffentliche Bekanntmachung) zu erfolgen.[1378] Die Übergabe des Entscheids an der Hauptverhandlung gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO stellt eine eigenständige Eröffnungsform dar.[1379]

14 Einer Partei darf aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil entstehen. Grundsätzlich führt die mangelhafte Eröffnung zur Anfechtbarkeit und nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit des Entscheids.[1380] Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist.[1381] Ist dies nicht der Fall, bleibt der Eröffnungsmangel folgenlos.[1382]

B. Begründung

1. Begründungspflicht und -anforderungen

15 Gemäss Art. 239 ZPO ist ein Entscheid schriftlich zu begründen, wenn es das Gericht beschliesst oder wenn es eine Partei innert zehn Tagen seit der Eröffnung verlangt. Die in Art. 239 ZPO genannte schriftliche Begründung bezieht sich dabei auf die Entscheidgründe gemäss Art. 238 lit. g ZPO. Die den Parteien anlässlich der Hauptverhandlung allenfalls mitgeteilte mündliche Kurzbegründung (Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO) dient im Wesentlichen der Erläuterung des Entscheids. Sie ersetzt nicht die schriftliche Begründung und hat insofern keinen hohen Anforderungen zu genügen.[1383]

16 Ausserhalb von Art. 239 ZPO kann sich eine Begründungspflicht direkt aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO) ergeben.[1384] Eine solche direkt aus dem Anspruch auf rechtliches

1376. SK-Staehelin, N. 10 zu Art. 239 ZPO. Gemäss Art. 54 Abs. 1 ZPO ist eine allfällige mündliche Eröffnung des Urteils öffentlich und die Entscheide werden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Es genügt, wenn der Entscheid in der Gerichtskanzlei dem interessierten Publikum zugänglich gemacht wird (BSK-Gehri, N. 13 zu Art. 54 ZPO).

1377. KUKO-Sogo/Naegeli, N. 9b zu Art. 239 ZPO; die Entscheidgründe gemäss Art. 238 lit. g ZPO sind nach Massgabe von Art. 239 ZPO mitzuteilen.

1378. Zu den Voraussetzungen der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (sog. Ediktalzustellung) vgl. Urteil 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1. f.

1379. SK-Staehelin, N. 25 zu Art. 239 ZPO.

1380. Urteil 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3.

1381. Urteil 5A_120/2012 vom 21. Juni 2012 E. 4.1; BGE 106 V 93 E. 2.a.

1382. KUKO-Sogo/Naegeli, N. 9b zu Art. 239 ZPO.

1383. BK-Killias, N. 7 zu Art. 239 ZPO; BSK-Steck/Brunner, N. 17 zu Art. 239 ZPO.

Gehör abgeleitete Begründungspflicht ist primär für verfahrensleitende Verfügungen und «andere erstinstanzliche Entscheide» von Relevanz, da Art. 239 ZPO auf diese Entscheidarten keine Anwendung findet. Verfahrensleitende Verfügungen und «andere erstinstanzliche Entscheide» sind beschwerdefähig, soweit es das Gesetz vorsieht oder soweit durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO). Würde die verfügende Erstinstanz in solchen Fällen keine Begründung liefern, wäre den Parteien eine begründete Anfechtung kaum möglich und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör wäre verletzt.[1385] Aus diesem Grund sind verfahrensleitende Verfügungen und «andere erstinstanzliche Entscheide» zumindest dann zu begründen, wenn sie (voraussichtlich) beschwerdefähig sind.

Auch hinsichtlich des Begründungsumfangs ergeben sich aus dem Anspruch 17
auf rechtliches Gehör gewisse Vorgaben: Die Begründung hat grundsätzlich über die Prozessgeschichte Aufschluss zu geben, den massgeblichen Sachverhalt (einschliesslich eines allfälligen Beweisergebnisses) zu nennen und auf die Rechtsgrundlagen hinzuweisen, anhand welcher das Gericht die streitgegenständlichen Ansprüche beurteilt hat.[1386] Eine Zusammenfassung der Parteistandpunkte ist ebenfalls in die Begründung aufzunehmen.[1387] Es ist jedoch nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Sie soll es den Parteien erlauben, sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und ihn sachgerecht anfechten zu können.[1388]

In der Praxis nicht selten anzutreffen sind sog. «Dass-Entscheide», deren 18
Begründung aus einem einzigen Satz bzw. einer Aneinanderreihung diverser jeweils mit der Konjunktion «dass» eingeleiteter Nebensätze besteht («*In Erwägung, dass […]*»).[1389] Derartige Begründungen gilt es zu vermeiden, da sie die Les- und Nachvollziehbarkeit erschweren können.[1390] Das Bundesgericht hält «Dass-Entscheide» allgemein nur bei kürzeren Urteilen für zulässig.[1391]

1384 Urteil 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 5.4; BSK-Steck/Brunner, N. 11 zu Art. 239 ZPO.

1385 Urteil 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 5.4; vgl. auch Urteil 5A_81/2014 vom 20. März 2014 E. 2.1; Seiler, S. 85 ff.

1386 Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 12; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 6 f. zu Art. 239 ZPO.

1387 KUKO-Sogo/Naegeli, N. 7 zu Art. 239 ZPO.

1388 Urteil 4A_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.3.1; BGE 143 III 65 E. 5.2; BGE 142 III 433 E. 4.3.2.

Massgeblich bleibt aber, ob der Entscheid im konkreten Einzelfall gut verständlich ist.[1392]

2. Abgrenzung zum Dispositiv

19 Die Begründung ist insbesondere vom Dispositiv abzugrenzen, wobei es das (schriftliche) Dispositiv im Sinne von Art. 239 ZPO und das Dispositiv gemäss Art. 238 lit. d ZPO zu unterscheiden gilt:

20 Mit dem Dispositiv gemäss Art. 238 lit. d ZPO ist die Urteilsformel als notwendiger Bestandteil und eigentliches Kernstück des Entscheids gemeint.[1393] Die Urteilsformel bringt in knapper Form das Ergebnis des Entscheids zum Ausdruck.[1394] Sie hat keine Begründung zu enthalten, kann aber ausnahmsweise «im Sinne der Erwägungen» auf die Begründung verweisen, wenn eine vollständig und unmissverständliche Formulierung der Urteilsformel nicht möglich ist. Grundsätzlich hat das Dispositiv die gestellten Anträge zu widerspiegeln und auf sämtliche Anträge eine Antwort zu geben.[1395] Die Urteilsformel muss klarstellen, was der ansprechenden Partei zugesprochen wird und was Gegenstand einer allfälligen Vollstreckung bildet.[1396] Teil der Urteilsformel bildet auch der Kostenentscheid gemäss Art. 104 ZPO.[1397]

21 Demgegenüber erfasst das (schriftliche) Dispositiv gemäss Art. 239 ZPO nicht nur die Urteilsformel im Sinne von Art. 238 lit. d ZPO, sondern alle in Art. 238 ZPO genannten Elemente mit Ausnahme der Entscheidgründe (d.h. der Urteilsbegründung) gemäss Art. 238 lit. g ZPO.[1398] Wird der Entscheid begründet eröffnet, ist das einschlägige Hauptrechtsmittel der Berufung oder

---

1389 Vgl. Urteil 8C_742/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2.1; für Beispiele bundesgerichtlicher «Dass-Entscheide» siehe etwa Urteil 4A_599/2021 vom 24. November 2021; Urteil 4A_123/2021 vom 24. Februar 2021.

1390 Urteil 8C_353/2019 vom 2. September 2019 E. 1; kritisch auch Mosimann, Rz. 247 ff.

1391 Urteil 5A_913/2018 vom 14. Mai 2018 E. 2.1; Urteil 5A_984/2016 vom 27. April 2017 E. 2.2.

1392 Vgl. Urteil 1B_242/2020 vom 2. September 2020 E. 2.3; Urteil 5A_805/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.2.4.

1393 Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Rz. 1068 ff.

1394 BSK-Steck/Brunner, N. 14 zu Art. 238 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 7 zu Art. 238 ZPO.

1395 Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Rz. 1069 ff.

1396 BSK-Steck/Brunner, N. 17 zu Art. 238 ZPO.

1397 DIKE-Komm.-Kriech, N. 10 ff. zu Art. 238 ZPO.

1398 BK-Killias, N. 10 zu Art. 239 ZPO; BSK-Steck/Brunner, N. 16 zu Art. 239 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 9b zu Art. 239 ZPO.

der Beschwerde zu nennen. Bei Entscheiden der letzten oder einzigen kantonalen Instanzen ist auf die Möglichkeit der Beschwerde in Zivilsachen und der subsidiären Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht nach Massgabe des BGG hinzuweisen.[1399] Wird der Entscheid hingegen ohne Begründung im Dispositiv eröffnet, ist darauf hinzuweisen, dass innert zehn Tagen eine schriftliche Begründung verlangt werden kann, andernfalls ein Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids mit Berufung oder Beschwerde angenommen wird (vgl. Art. 239 Abs. 2 ZPO).[1400]

III. VARIANTEN DER ENTSCHEIDERÖFFNUNG (ABS. 1)

Der erste Absatz des Art. 239 ZPO regelt die Varianten der Eröffnung des Entscheids, die nachfolgend dargestellt werden. Aus dem Wortlaut und der Systematik des Art. 239 Abs. 1 ZPO folgen drei Varianten der Eröffnung: die Eröffnung eines begründeten Entscheids, die Eröffnung des unbegründeten Entscheids an der Hauptverhandlung sowie die Eröffnung des unbegründeten Entscheids durch Zustellung an die Parteien. Daneben haben sich in der Praxis weitere Varianten der Entscheidmitteilung herausgebildet, die nachfolgend ebenfalls diskutiert werden. 22

Das Gericht lässt sich beim Entscheid über die Eröffnungsart von verschiedenen Überlegungen leiten. So wird den Parteien in einfachen Fällen mit einer schnellen Eröffnung ohne schriftliche Begründung oft besser gedient sein.[1401] Wenn sich die schriftliche Begründung aufwändig gestaltet, kann sich das Gericht veranlasst sehen, zur eigenen Entlastung zunächst auf eine solche zu verzichten. Umgekehrt wird das Gericht seinen Entscheid in der Tendenz direkt schriftlich begründet eröffnen, wenn bereits ein ausführlicher Urteilsentwurf vorliegt oder gerichtsseitig umfangreiche Abklärungen getroffen wurden. Eine direkte schriftliche Begründung des Entscheids kommt ferner in Betracht, wenn sich bereits im Laufe des Verfahrens abzeichnet, dass eine Partei den Entscheid anfechten wird. Das Gericht sollte sich zudem überlegen, ob die Tragweite der Rechtskraft seines Urteils klar ist, wenn dieses (nur) im Dispositiv eröffnet wird.[1402] 23

1399 BSK-Steck/Brunner, N. 24 ff. zu Art. 238 ZPO.
1400 BK-Killias, N. 11 zu Art. 239 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 17 f. zu Art. 239 ZPO.
1401 Vgl. SK-Staehelin, N. 12 zu Art. 239; vgl. auch DIKE-Komm.-Kriech, N. 4 zu Art. 239 ZPO.
1402 Vgl. dazu unten VII.

24 Die Wahl der Eröffnungsart obliegt allein dem Gericht. Die Parteien haben mithin keinen Anspruch darauf, dass das Gericht eine bestimmte Eröffnungsart wählt (etwa die Eröffnung im Dispositiv, um Kosten zu sparen).[1403] Wird ein Entscheid im Dispositiv eröffnet, kann eine Partei indes eine schriftliche Begründung verlangen.[1404]

A. Eröffnung mit Begründung

25 Bei Art. 239 Abs. 1 ZPO handelt es sich um eine Kann-Vorschrift. Es ist dem Gericht deshalb freigestellt, den Entscheid direkt mit schriftlicher Begründung zu eröffnen.[1405] Die Eröffnung und die Begründung des Entscheids erfolgen in diesem Fall gleichzeitig.[1406]

B. Eröffnung ohne Begründung

26 Art. 239 Abs. 1 ZPO erlaubt es dem erstinstanzlichen Gericht auch, den Parteien den Entscheid ohne schriftliche Begründung zu eröffnen, wobei das Gesetz entweder die Übergabe des Dispositivs an der Hauptverhandlung mit kurzer mündlicher Begründung oder die Zustellung des Dispositivs vorsieht.

1. Übergabe des Dispositivs mit mündlicher Kurzbegründung (lit. a)

27 Das Gericht kann den Parteien das Dispositiv anlässlich der Hauptverhandlung aushändigen und kurz mündlich begründen (Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO). Es handelt sich hierbei um eine eigenständige Eröffnungsform, die neben die in Art. 138 ff. ZPO geregelten Formen der Zustellung tritt.[1407] Die Eröffnung des Entscheids an der Verhandlung setzt voraus, dass die Parteien tatsächlich anwesend sind.[1408] Eine an der Hauptverhandlung säumige Partei darf deshalb darauf vertrauen, dass ihr der Entscheid gemäss Art. 138 ff. ZPO zugestellt wird.[1409]

28 Bei der gesetzlich vorgesehen kurzen mündlichen Begründung handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift.[1410] Ein an der Hauptverhandlung übergebenes

1403 Zu den allenfalls reduzierten Kosten eines im Dispositivs eröffneten Entscheids vgl. unten IV.
1404 Vgl. dazu unten IV.
1405 BSK-Steck/Brunner, N. 11 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 12 zu Art. 239 ZPO.
1406 Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 9.
1407 SK-Staehelin, N. 25 zu Art. 239 ZPO.
1408 Urteil 5A_253/2013 vom 12. August 2012 E. 3.2.
1409 SK-Staehelin, N. 24 zu Art. 239 ZPO.

Dispositiv gilt deshalb auch dann als eröffnet, wenn das Gericht keine mündliche Kurzbegründung abgibt. Das Gericht sollte die Möglichkeit, seinen Entscheid zu erklären, aber unbedingt wahrnehmen. Die mündliche Kurzbegründung an der Hauptverhandlung bietet eine ausgezeichnete Gelegenheit, den Parteien die Entscheidgründe in verständlicher Form zu vermitteln.[1411] Sofern ein Widerspruch zwischen der mündlichen Kurzbegründung und einer späteren schriftlichen Begründung vorliegt, ist allein die schriftliche Begründung massgebend.[1412]

2. Zustellung des Dispositivs an die Parteien (lit. b)

29 Anstatt das Dispositiv anlässlich der Hauptverhandlung zu übergeben, kann das Gericht den Parteien den unbegründeten Entscheid auch zustellen (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO). Es hat dabei die Formen gemäss Art. 138 ff. ZPO zu wahren.[1413] In der Literatur wird teilweise darauf hingewiesen, das Gericht solle wenn möglich auf diese Art der Entscheideröffnung verzichten, da jede Partei das Recht habe zu wissen, weshalb sie verloren oder gewonnen habe.[1414] Gleichwohl dürfte es sich bei der Zustellung des Dispositivs ohne Begründung in der Praxis um die häufigste Eröffnungsform handeln.[1415]

3. Zustellung des Dispositivs mit schriftlicher Kurzbegründung (Anmerkungen)

30 In der Gerichtspraxis hat sich eine weitere Form der Entscheideröffnung herausgebildet, die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist. So wird der den Parteien gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO im Dispositiv zugestellte Entscheid zuweilen mit einer schriftlichen Kurzbegründung bzw. Anmerkung versehen. In der Lehre wird nahezu einhellig vertreten, dass solche schriftlichen Anmerkungen im Grundsatz zulässig sind.[1416] Derartige Anmerkungen sind

1410. DIKE-Komm.-Kriech, N. 3 zu Art. 239 ZPO. Verzichtet das Gericht auf eine mündliche Kurzbegründung, kommt dies im Ergebnis einer kommentarlosen Zustellung des Dispositivs nach Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO gleich.

1411. Vgl. BSK-Steck/Brunner, N. 17 zu Art. 239 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 11 zu Art. 239 ZPO.

1412. Urteil 5P.227/2002 vom 1. Oktober 2002 E. 2; AGer BS BEZ.2020.39 vom 16. Oktober 2020 E. 2.2.2; vgl. auch BGE 138 V 154 E. 2.4.

1413. BK-Killias, N. 11 zu Art. 239 ZPO; BSK-Steck/Brunner, N. 15 zu Art. 239 ZPO.

1414. Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 10; vgl. auch KUKO-Sogo/Naegeli, N. 11 zu Art. 239 ZPO.

1415. BK-Killias, N. 8 zu Art. 239 ZPO.

nach hier vertretener Auffassung in jedem Fall sinnvoll (und teilweise sogar geboten).[1417] Das Anbringen einer summarischen Begründung wird eine Partei eher davon abhalten, eine vollständige Begründung zu verlangen.[1418] Es liegt offensichtlich im Interesse der Parteien, wenigstens in grober Form Aufschluss über die massgeblichen Entscheidgründe zu erhalten. Die schriftlichen Anmerkungen treten gewissermassen an die Stelle der mündlichen Kurzbegründung und haben sich in der Praxis denn auch bewährt.[1419]

31 Dennoch sind beim Verfassen von Anmerkungen gewisse Grundsätze zu beachten. So müssen die Parteien der Klarstellung halber darauf hingewiesen werden, dass die Anmerkung zum Dispositiv keine (vollständige) schriftliche Begründung des Entscheids darstellt und eine solche innert zehn Tagen verlangt werden kann (Art. 239 Abs. 2 ZPO).[1420] Die Anmerkung muss sodann summarisch ausfallen und in geraffter Form die wesentliche Argumentationslinie des Gerichts zusammenfassen.[1421] Unzulässig sind hingegen Anmerkungen, die dem Umfang und dem Inhalt nach im Wesentlichen einer vollständigen schriftlichen Begründung entsprechen. Einerseits führen derart umfangreiche Anmerkungen zu keiner wesentlichen Entlastung des Gerichts, womit ein Verzicht auf die Eröffnung des begründeten Entscheids kaum gerechtfertigt erscheint. Andererseits verschafft eine allzu ausführliche Anmerkung der unterliegenden Partei mit Blick auf die Anfechtung des Entscheids einen Vorteil, weil sie so bereits während der Frist für den Antrag auf Nachlieferung einer schriftlichen Begründung und der Zeit bis zu deren Zustellung ihre Rechtsmittelschrift verfassen kann.[1422] Diese Ungleichbehandlung kann eine Verletzung des konventions- und verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Waffengleichheit darstellen.[1423] Wo die Grenze zwischen zulässiger Anmerkung und unzulässiger faktischer Entscheidbegründung verläuft, kann nur im konkreten

1416. BK-Killias, N. 8 zu Art. 239 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 12 zu Art. 239 ZPO; Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 10; vgl. auch BSK-Steck/Brunner, N. 18 f. zu Art. 239 ZPO.; a.M. CR-Tappy, N. 8 zu Art. 239 ZPO.

1417. Vgl. dazu unten VII.

1418. BSK-Steck/Brunner, N. 19 zu Art. 239 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 12 zu Art. 239 ZPO.

1419. Vgl. Bachofner, S. 25 f.; Stein-Wigger/Bachofner, S. 119.

1420 BK-Killias, N. 11 zu Art. 239 ZPO; Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 10.

1421. BSK-Steck/Brunner, N. 19 zu Art. 239 ZPO.

1422 AGer BS BEZ.2019.74 vom 31. März 2020 E. 3.3.

1423 AGer BS BEZ.2019.74 vom 31. März 2020 E. 3.4 m.H. auf Art. 6 Ziff. 1 EMKR und Art. 29 Abs. 1 BV.

Einzelfall beurteilt werden. Hier ist Augenmass seitens des Gerichts gefragt. Allgemein empfiehlt es sich, in der Anmerkung jeweils die Schlussfolgerungen in den Fokus zu rücken und deren Herleitung so knapp wie möglich zu halten. Gleichwohl müssen die zentralsten Überlegungen in der gebotenen Kürze ihren Platz haben. Eine Partei, die ihre wichtigsten Argumente in der Anmerkung nicht wiedererkennt, wird kaum auf eine schriftliche Begründung des Entscheids verzichten.

4. Zustellung des Dispositivs nach mündlicher Mitteilung des Entscheids

32 Ebenfalls gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist es, den Entscheid anlässlich der Hauptverhandlung (allenfalls mit Kurzbegründung) mündlich mitzuteilen, jedoch auf die Übergabe des schriftlichen Dispositivs zu verzichten und dieses stattdessen gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO zuzustellen. Ein solches Vorgehen erscheint grundsätzlich unproblematisch, wobei die bloss mündliche Mitteilung des Entscheids ohne Übergabe des Dispositivs keine förmliche Eröffnung des Entscheids darstellt. Als förmliche Eröffnung gilt in diesem Fall allein die spätere Zustellung des Dispositivs.[1424] Selbstverständlich steht es dem Gericht frei, den Parteien nach mündlicher Mitteilung des Entscheids an der Hauptverhandlung auch direkt einen schriftlich begründeten Entscheid zuzustellen.

IV. NACHTRÄGLICHE SCHRIFTLICHE BEGRÜNDUNG ODER VERZICHT AUF ANFECHTUNG (ABS. 2)

33 Hat das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnet, so ist gemäss Art. 239 Abs. 2 (Satz 1) ZPO eine schriftliche Begründung nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt. Die Zehntagesfrist ist gesetzlicher Natur und nicht erstreckbar.[1425] Das Recht, eine schriftliche Begründung zu verlangen, ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehörs und steht deshalb beiden Parteien zu – auch dann, wenn eine Partei vollständig obsiegt hat.[1426] Das Verlangen einer höheren Gerichtsgebühr für die nachträgliche schriftliche

1424 BK-Killias, N. 7 zu Art. 239 ZPO; vgl. auch BSK-Steck/Brunner, N. 18 zu Art. 239 ZPO; Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 10.

1425 CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 14 zu Art. 239 ZPO; CR-Tappy, N. 13 zu Art. 239 ZPO m.H. auf die Möglichkeit der Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO.

Begründung ist zulässig,[1427] wovon viele Kantone Gebrauch gemacht haben.[1428] Nicht zulässig ist es hingegen, einer Partei einseitig höhere Kosten aufzuerlegen, wenn sie eine Begründung des Entscheids verlangt,[1429] haben doch beide Parteien das gute Recht zu erfahren, weshalb sie verloren oder gewonnen haben.[1430] Die Verteilung der durch die Entscheidbegründung generierten Gerichtskosten folgt also den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (und nicht dem Verursacherprinzip).

34 Die Rechtsmittelfrist zur Einreichung einer Berufung oder einer Beschwerde beginnt erst mit Zustellung der schriftlichen Entscheidbegründung zu laufen (Art. 311 Abs. 1 ZPO und Art. 321 Abs. 1 ZPO).[1431]

35 Erhebt eine Partei gegen einen nicht schriftlich begründeten Entscheid innert der Zehntagesfrist irrtümlich ein Rechtsmittel bei der Rechtsmittelinstanz, statt eine schriftliche Begründung zu verlangen, ist das Rechtsmittel grundsätzlich als Antrag auf schriftliche Begründung an die Erstinstanz weiterzuleiten.[1432] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es jedoch nicht bundesrechtswidrig, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht auf das gegen den unbegründeten Entscheid gerichtete Rechtsmittel eintritt, sofern im unbegründet eröffneten Entscheid unmissverständlich darauf hingewiesen wurde, dass ein Verzicht auf die Anfechtung angenommen werde, falls nicht fristgerecht eine Begründung verlangt werde.[1433] Eine derart formalistische Auslegung von Art. 239 Abs. 2 ZPO ist mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör aber – jedenfalls bei rechtsunkundigen Parteien – kaum zu vereinbaren.[1434]

1426 KGer LU 3B 17 46 vom 28. Juni 2018 E. 6.1, in: SJZ 116/2020 S. 71; BK-Killias, N. 17 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 28 zu Art. 239 ZPO.

1427 BK-Killias, N. 13 zu Art. 239 ZPO; BSK-Steck/Brunner, N. 27 zu Art. 239 ZPO.

1428 Vgl. etwa § 31 Abs. 1 GGR/BS (SG 154.810), § 8 des VKD/BE (BSG 161.12) oder § 10 Abs. 2 GebV OG/ZH (Ordnungs-Nr. 211.11).

1429 KGer LU 3B 17 46 vom 28. Juni 2018 E. 6.1 f., in: SJZ 116/2020 S. 71; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 22a zu Art. 239 ZPO.

1430 Staehelin, Zivilprozessrecht, § 23 Rz. 10; vgl. auch BK-Killias, N. 13 zu Art. 239 ZPO.

1431 Urteil 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 5.4; Urteil 5D_160/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.1.

1432 AGer BS ZB.2019.30 vom 7. Januar 2020 E. 3; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 16 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 31 zu Art. 239 ZPO; vgl. auch BGE 140 III 363 E. 3.5.

1433 Urteil 4A_72/2014 vom 2. Juni 2014 E. 5; Urteil 5A_678/2013 vom 7. November 2013 E. 2.2; DIKE-Komm.-Kriech, N. 6 zu Art. 239 ZPO.

1434 Vgl. KUKO-Sogo/Naegeli, N. 16 zu Art. 239 ZPO.

Die Abweisung eines Gesuchs um schriftliche Urteilsbegründung stellt einen Endentscheid dar, der seinerseits einer Rechtsmittelbelehrung bedarf.[1435] 36

Wird innert Frist keine schriftliche Begründung verlangt, so gilt dies gemäss Art. 239 Abs. 2 (Satz 2) ZPO als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids mit Berufung oder Beschwerde. Jedoch kann auch jene Partei, die selbst keine schriftliche Begründung verlangt hat, den Entscheid mit Berufung oder Beschwerde anfechten, wenn die andere Partei eine schriftliche Begründung verlangt hat.[1436] Ein Revisionsgesuch bleibt auch nach einem Rechtsmittelverzicht gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO möglich, zumal es die Revision nach Art. 328 ff. ZPO bei Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen erlaubt, rechtskräftige Entscheid zu korrigieren.[1437] 37

V. VORBEHALT DES BUNDESGERICHTSGESETZES (ABS. 3)

Gemäss Art. 239 Abs. 3 ZPO bleiben die Bestimmungen des BGG über die Eröffnung von Entscheiden, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können, vorbehalten. Der Vorbehalt bezieht sich namentlich auf Art. 112 BGG.[1438] Diese Bestimmung sieht vor, dass Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, den Parteien immer schriftlich begründet zu eröffnen sind (Abs. 1).[1439] Eine mündliche Eröffnung anlässlich der Gerichtsverhandlung ist nicht ausgeschlossen, genügt für sich alleine aber nicht.[1440] Auch eine vorgängige Eröffnung des Entscheids im Dispositiv mit Nachlieferung der schriftlichen Begründung ist zulässig.[1441] 38

Im Bereich des Zivilrechts erfasst Art. 112 BGG die Entscheide der kantonalen Berufungs- und Beschwerdeinstanzen sowie die Entscheide der einzigen kantonalen Instanzen gemäss Art. 5-8 ZPO.[1442] Die ZPO trägt dem Vorbehalt 39

1435 Urteil 5D_160/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.6. In der Lehre wird teilweise von einer prozessleitenden Verfügung ausgegangen: BSK-Steck/Brunner, N. 25 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 32 zu Art. 239 ZPO.

1436 CR-Tappy, N. 20 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 30 zu Art. 239 ZPO.

1437 BGE 138 III 382 E. 3.2.

1438 DIKE-Komm.-Kriech, N. 7 zu Art. 239 ZPO.

1439 Zu den Anforderungen an die Begründung vgl. etwa Urteil 5A_229/2020 vom 13. Juli 2020 E. 2.

1440 BSK-Ehrenzeller, N. 5 zu Art. 112 BGG; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 23 zu Art. 239 ZPO.

1441 BGE 142 III 695 = Pra 107 (2018) Nr. 17 E. 4.1.

1442 CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 17 zu Art. 239 ZPO; DIKE-Komm.-Kriech, N. 7 zu Art. 239 ZPO.

des BGG hinsichtlich Entscheiden der kantonalen Rechtsmittelinstanzen schon insoweit Rechnung, als Berufungs- und Beschwerdeentscheide mit einer schriftlichen Begründung zu eröffnen sind (Art. 318 Abs. 2 ZPO und Art. 327 Abs. 5 ZPO).[1443]

40 In Bezug auf Entscheide einziger kantonaler Instanzen fehlt in der ZPO hingegen eine Bestimmung, die eine schriftliche Begründung solcher Entscheide zwingend vorsehen würde. Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 239 Abs. 1 ZPO nicht trotz des Vorbehalts von Art. 112 BGG auf Entscheide einziger kantonaler Instanzen Anwendung findet, sodass solche Entscheide nicht in jedem Fall schriftlich begründet werden müssten. Hintergrund dieser Frage bildet Art. 112 Abs. 2 BGG. Diese Bestimmung sieht vor, dass Gerichte nach Massgabe des *kantonalen* Rechts ihren Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen und die Parteien innert 30 Tagen eine vollständige Ausfertigung verlangen können.

41 Nach mehrheitlich vertretener Ansicht bleibt für Art. 112 Abs. 2 BGG im Bereich des Zivilprozessrechts seit dem Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO kein Raum, weil des Zivilprozessrechts nunmehr abschliessend auf Bundesebene geregelt ist.[1444] Nach der Mindermeinung könnte es sich bei der unterbliebenen Anpassung von Art. 112 Abs. 2 BGG an Art. 239 Abs. 1 ZPO jedoch um ein gesetzgeberisches Versehen handeln. Folgt man dieser Ansicht, wäre es zulässig, wenn einzige kantonale Instanzen unbegründete Entscheide eröffnen und den Parteien die Möglichkeit gegeben wird, innert 30 Tagen eine Begründung zu verlangen.[1445] Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre jedenfalls zu begrüssen.[1446]

VI. VOLLSTRECKBARKEIT IM DISPOSITIV ERÖFFNETER ENTSCHEIDE

42 Besondere Beachtung verdient im Zusammenhang mit Art. 239 ZPO das Thema der Vollstreckbarkeit im Dispositiv eröffneter Entscheide. Die

1443 Im Zuge der laufenden Revision der ZPO sollen diesen Bestimmungen indessen gestrichen bzw. angepasst werden (vgl. unten VIII.A).

1444 BK-Killias, N. 24 zu Art. 239 ZPO; BSK-Steck/Brunner, N. 29 zu Art. 239 ZPO; OFK-Engler, N. 10 zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 38 zu Art. 239 ZPO; vgl. auch BGE 142 III 695 = Pra 107 (2018) Nr. 17 E. 4.1.3.2, allerdings unter Bezugnahme auf Art. 318 Abs. 2 ZPO.

1445 CR-Tappy, N. 25 zu Art. 239 ZPO; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 25 zu Art. 239 ZPO.

1446 Vgl. dazu auch unten VIII.A.

Problematik der Vollstreckbarkeit unbegründet eröffneter Entscheide rührt daher, dass die Rechtsmittelfrist gegen einen erstinstanzlichen Entscheid erst mit der Zustellung der schriftlichen Begründung zu laufen beginnt (Art. 311 Abs. 1 ZPO und Art. 321 Abs. 1 ZPO), die Übergabe oder die Zustellung des (unbegründeten) Dispositivs aber gleichwohl eine Eröffnung des Entscheids darstellt.[1447] Muss sich die unterliegende Partei nun eine Vollstreckung gefallen lassen (vgl. Art. 336 Abs. 1 ZPO), wenn sie noch gar kein Rechtsmittel gegen den für sie nachteiligen Entscheid einlegen kann?

Die Frage, ob ein im Dispositiv eröffneter Entscheid vollstreckbar ist, stellt sich nur dann, wenn dem dagegen offenstehenden Rechtsmittel nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Dies gilt für beschwerdefähige Entscheide (Art. 325 Abs. 1 ZPO) sowie für berufungsfähige Entscheide über vorsorgliche Massnahmen und Gegendarstellungsbegehren (Art. 315 Abs. 4 ZPO).[1448] 43

In der Literatur und der kantonalen Praxis wird die Frage nach der Vollstreckbarkeit im Dispositiv eröffneter Entscheide unterschiedlich beantwortet. Eine Mehrheit der oberen kantonalen Instanzen[1449] und ein Teil der Lehre[1450] gehen davon aus, dass auch bloss im Dispositiv eröffnete Entscheide ab dem Zeitpunkt der Eröffnung vollstreckbar seien, sofern dagegen kein die Vollstreckbarkeit hemmendes Rechtsmittel zur Verfügung stehe. Um sich bis zum Vorliegen der schriftlichen Begründung gegen eine drohende Vollstreckung zur Wehr zu setzen, könne die unterliegende Partei in sinngemässer Anwendung von Art. 261 ff. ZPO bei der Rechtsmittelinstanz den vorsorglichen Aufschub der Vollstreckbarkeit beantragen.[1451] 44

1447 Vgl. BGE 137 III 127 E. 2.

1448 Staehelin/Bachofner, Rz. 1 ff.

1449 Basel-Landschaft: KGer BL 430 17 161 vom 12. Juni 2017 E. 1; KGer BL 410 12 182 vom 19. Juni 2012 E. 1; Basel-Stadt: AGer BS DGZ.2021.1 vom 29. April 2021 E. 2.1; AGer BS DGZ.2019.10 vom 17. Dezember 2019 E. 3 (jedenfalls in Bezug auf Entscheide über vorsorgliche Massnahmen); Bern: OGer BE ABS 2018 292 vom 15. Oktober 2018 (Regeste); OGer BE ZK 18 411 vom 17. September 2018 E. 9; Freiburg: KGer FR 101 2018 312 vom 2. November 2018 E. 1.4 f.; St. Gallen: KGer SG ZV.2014.64 vom 17. Juni 2014 E. 2; Zug: OGer ZG BA 2018 45 vom 2. Oktober 2018 E. 4.1 ff., in: CAN 2019 Nr. 14, S. 32.

1450 Markus/Huber-Lehmann, S. 565; Markus/Wuffli, S. 107 ff.; OK-Engler, N. 4a zu Art. 239 ZPO; SK-Staehelin, N. 35 zu Art. 239 ZPO; Staehelin/Bachofner, Rz. 8 f.; Steiner, Rz. 466 f.

1451 Vgl. statt vieler AGer BS DGZ.2021.1 vom 29. April 2021 E. 2.1 m.w.H.; Staehelin/Bachofner, Rz. 14 ff.

45 Ein anderer Teil der Lehre stellt sich hingegen auf den Standpunkt, im Dispositiv eröffnete Entscheide seien bis zum Vorliegen der schriftlichen Begründung oder bis zum unbenutzten Ablauf der Frist zum Verlangen einer solchen nicht vollstreckbar.[1452] Dieser Auffassung ist auch das Obergericht Zürich, das von einer Lücke in der ZPO ausgeht und Art. 112 Abs. 2 (Satz 3) BGG analog anwendet.[1453] Gemäss dieser Bestimmung ist der Entscheid nicht vollstreckbar, solange nicht die Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung unbenützt abgelaufen oder die vollständige Ausfertigung eröffnet worden ist. In diese Richtung deutet auch ein Urteil des Bundesgerichts,[1454] bei dem es allerdings um einen Rechtsmittelentscheid ging, auf den Art. 112 Abs. 2 BGG unmittelbar Anwendung findet.

46 Unseres Erachtens vermag die erstgenannte Lösung mehr zu überzeugen. Das Zürcher Obergericht begründet seine ablehnende Haltung primär damit, dass bei einer sofortigen Vollstreckbarkeit im Dispositiv eröffneter Entscheide die unterliegende Partei Gefahr liefe, dass ihre Rückforderung nach einer ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung aufgrund inzwischen beim Prozessgegner eingetretenen Vermögenszerfalls nicht mehr einbringlich ist.[1455] Dem ist entgegenzuhalten, dass der obsiegenden Partei, die mangels Begründung noch nicht vollstrecken kann, dieselbe Gefahr droht. Soweit jedoch ein – wenn auch noch nicht begründeter – Entscheid vorliegt, ist das Interesse der obsiegenden Partei höher zu gewichten als dasjenige der unterliegenden Partei, da diesfalls eine erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Anspruch tatsächlich existiert.[1456]

47 Hinzuweisen ist sodann darauf, dass die Praxis des Zürcher Obergerichts keiner klaren Linie folgt. So hat es seine Praxis im Zusammenhang mit einer im Dispositiv angeordneten Konkurseröffnung selbst relativiert[1457] und in einem Entscheid betreffend die Frist zur Anhebung einer Aberkennungsklage

1452 BSK-Droese, N. 8 zu Art. 336 ZPO; CR-Tappy, N. 22 zu Art. 239 ZPO; DIKE-Komm.-Kriech, N. 8 zu Art. 239 ZPO; in diese Richtung wohl auch KUKO-Brunner/Vischer, N. 1 zu Art. 325 ZPO.

1453 OGer ZH PS200240 vom 4. Januar 2021 E. 2; OGer ZH RT120039 vom 11. Juni 2012 E. 3. Das Obergericht des Kantons Aargau hält sich bei einem erst im Dispositiv eröffneten Entscheid nicht zuständig für den Entscheid über den Vollstreckungsaufschub: OGer AG ZSU.2019.210 vom 2. März 2020 E. 2.2, in: CAN 2021 Nr. 14, S. 45.

1454 BGE 142 III 695 = Pra 107 (2018) Nr. 17 E. 4.2.1.

1455 OGer ZH RT120039 vom 11. Juni 2012 E. 3.5.

1456 SK-Staehelin, N. 35 zu Art. 239 ZPO m.w.H.

(Art. 83 Abs. 2 SchKG) sogar das Gegenteil vertreten.[1458] Die Frage, ob ein im Dispositiv eröffneter Entscheid der Vollstreckung zugänglich ist, sollte indessen nicht einzelfallabhängig, sondern verfahrensrechtlich und dogmatisch einheitlich beantwortet werden.[1459] Eine analoge Anwendung von Art. 112 Abs. 2 BGG widerspräche sodann dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes und hätte zur Folge, dass beschwerdefähige Entscheide entgegen Art. 336 Abs. 1 ZPO mit ihrer Eröffnung im Dispositiv zwar rechtskräftig, aber nicht vollstreckbar wären.[1460]

Hinzu kommt, dass insbesondere die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Dispositiv einem praktischen Bedürfnis entspricht, zumal sich die schriftliche Begründung auch bei Massnahmenentscheiden zeitaufwändig gestalten kann. Denn die sofortige Vollstreckbarkeit stellt gemäss der ZPO ein zentrales Element von Massnahmeentscheiden dar, was sich bereits aus Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO ergibt. Wären Massnahmenentscheide erst bei Vorliegen der schriftlichen Entscheidbegründung vollstreckbar, hätte dies zur Folge, dass die erste Instanz faktisch gehalten wäre, Massnahmenentscheide stets unmittelbar mit schriftlicher Begründung zu eröffnen. Denn nur so könnte sichergestellt werden, dass die Massnahmen die ihr zugedachte Funktion – möglichst rasch eine vorläufige Friedensordnung zwischen den Parteien herzustellen – erfüllen können.[1461] Würde man im Dispositiv eröffneten Entscheiden die Vollstreckbarkeit absprechen, wäre dies einem raschen und effektiven Rechtsschutz abträglich. 48

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Rechtsmittelinstanzen und einzige kantonale Instanzen nach geltendem Recht mit ebendiesen 49

1457 OGer ZH PS130222 vom 19. Dezember 2013 (Regeste). In OGer ZH LF190015 vom 27. März 2019 E. 4.4 hat es eingeräumt, in bestimmten Konstellation könne es nicht sein, dass der benachteiligten Partei bis zum Vorliegen der Entscheidbegründung die Hände gebunden seien.

1458 OGer ZH LB160026 vom 5. Mai 2014 E. 2.2.

1459 In diesem Sinne auch KGer SG ZV.2014.64 vom 17. Juni 2014 E. 2.

1460 OGer ZG BA 2018 45 vom 2. Oktober 2018 E. 4.3, in: CAN 2019 Nr. 14, S. 32; OGer BE ZK 18 411 vom 17. September 2018 E. 9.8; Staehelin/Bachofner, Rz. 8. Zu den Fällen, in denen die Rechtskraft beschwerdefähiger Entscheide ausnahmsweise von Gesetzes wegen aufgeschoben ist, vgl. Steiner, Rz. 456 ff.

1461 AGer BS DGZ.2019.10 vom 17. Dezember 2019 E. 3.2; vgl. auch SK-Staehelin, N. 35 zu Art. 239 ZPO.

Nachteilen zurechtkommen müssen.[1462] Im Zuge der ZPO-Revision ist hier indessen eine Anpassung geplant.[1463]

50 Folgt man dem Ansatz, wonach sich die unterliegende Partei, welche die Vollstreckung eines im Dispositiv eröffneten Entscheids einstweilen verhindern will, direkt an die Rechtsmittelinstanz zu wenden hat, muss diese Lösung sinngemäss auch dann gelten, wenn der im Dispositiv eröffnete Entscheid keine vollstreckbaren Anordnungen enthält. Dies ist namentlich bei abweisenden Entscheiden und Nichteintretensentscheiden der Fall. Der unterliegenden Partei muss es in diesen Fällen (etwa bei Abweisung eines Massnahmenbegehrens) möglich sein, bereits vor Erhalt der schriftlichen Entscheidbegründung bei der Rechtsmittelinstanz sichernde Massnahmen zu beantragen.

51 Ebenso verhält es sich, wenn der obsiegenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, weil gegen den Entscheid ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung steht, die Vollstreckbarkeit folglich von Gesetzes wegen noch nicht eintritt und die Partei deshalb bis zur Begründung mit der Einleitung der Vollstreckung zuwarten müsste. In solchen Fällen kann es gerechtfertigt sein, dass die Rechtsmittelinstanz bereits vor dem Vorliegen der Entscheidbegründung die vorzeitige Vollstreckbarkeit anordnet.[1464]

VII. RECHTSKRAFTWIRKUNG IM DISPOSITIV ERÖFFNETER ENTSCHEIDE

52 Eine weitere Problematik, die sich im Zusammenhang mit im Dispositiv eröffneten Entscheiden stellt, betrifft die Rechtskraftwirkung derartiger Entscheide. Wie bereits erwähnt, dürfte die Eröffnung von Entscheiden im Dispositiv in der Praxis die häufigste Eröffnungsform darstellen.[1465] Diese Eröffnungsform mag gewisse Vorteile bieten. Sie birgt aber auch nicht zu unterschätzende Risiken. Verlangt keine Partei eine schriftliche Begründung,

1462 Vgl. BGE 142 III 695 = Pra 107 (2018) Nr. 17 E. 4.2.1; CR-Tappy, N. 22 Art. 239 ZPO.

1463 Vgl. dazu unten VIII.

1464 Vgl. KUKO-Sogo/Naegeli, N. 22 f. zu Art. 239 ZPO.

1465 Vgl. oben III.B.2. In der vom Ständerat am 16. Juni 2021 beschlossenen Fassung der revidierten ZPO soll die Eröffnung des Entscheids ohne schriftliche Begründung sogar als Regelfall gesetzlich verankert werden, vgl. AB 2021, S. 683 f.

können sich namentlich Rechtsunsicherheiten in Bezug auf Rechtskraftwirkung des unbegründeten Entscheids ergeben.

Ein Entscheid erwächst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur in jener Form in Rechtskraft, wie er im Urteilsdispositiv zum Ausdruck kommt. Dessen Tragweite ergibt sich indessen vielfach erst aus den Urteilserwägungen.[1466] Es ist deshalb möglich, dass die Rechtskraftwirkung eines im Dispositiv eröffneten Urteils unklar bleibt. 53

Dies ist namentlich der Fall, wenn das Dispositiv lediglich festhält, die Klage werde abgewiesen.[1467] Dieses Ergebnis kann verschiedene Gründe haben. Denkbar wäre, dass der eingeklagte Anspruch im Grundsatz verneint wurde. Ebenso möglich wäre es, dass die Klage abgewiesen wurde, weil es an der Sachlegitimation, der Fälligkeit des Anspruchs oder dem Eintritt einer Bedingung mangelte.[1468] Auch eine Tilgung der Forderung infolge Verrechnung käme in Frage. Das Dispositiv alleine schafft diesbezüglich keine Klarheit. 54

Für den Fall der alternativen objektiven Klagenhäufung hat das Bundesgericht gar ausdrücklich festgehalten, es sei der Urteilsbegründung zu entnehmen, inwieweit das Gericht die einzelnen Klagegründe rechtskräftig beurteilt habe.[1469] Gleich verhält es sich ganz allgemein in Fällen, in denen das Gericht eine Teilklage zu beurteilen hat,[1470] da in bestimmten Konstellationen nur anhand der Urteilsbegründung ersichtlich wird, inwiefern ein bestimmter Anspruch geprüft wurde. Ein Rückgriff auf die Urteilsbegründung ist jedoch selbstredend nur möglich, wenn eine solche überhaupt vorliegt.[1471] Bei im Dispositiv eröffneten Entscheiden ist dies gerade nicht der Fall. 55

Die vorbeschriebenen Unklarheiten hinsichtlich der Rechtskraftwirkung gilt es zu vermeiden. Parteien sind deshalb bei unklarer Tragweite des Dispositivs gut beraten, eine schriftliche Begründung des Entscheids zu verlangen (es sei 56

1466 Urteil 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.2.1; BGE 134 III 467 E. 3.1; BGE 123 III 16 E. 2.a; eingehend zur Bedeutung der Erwägungen Droese, Res iudicata, S. 192 ff.

1467 Vgl. Droese, Res iudicata, S. 190.

1468 Eine Klage, die mangels Fälligkeit abgewiesen wurde, kann erneut mit der Begründung erhoben werden, die Fälligkeit sei zwischenzeitlich eingetreten: Urteil 4A_209/2007 vom 5. September 2007 E. 2.2.1; BK-Zingg, N. 91 zu Art. 59 ZPO.

1469 BGE 144 III 452 E. 2.4.

1470 Vgl. BGE 147 III 345 E. 6.4.1 ff.

1471 Rusch/Lindholm/Chevalley, S. 735.

denn, eine derartige Unklarheit würde ihnen taktische Vorteile verschaffen). Die Parteien können grundsätzlich auch nach Ablauf der Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung eine *Erläuterung* des Entscheids verlangen.[1472] Eine Erläuterung ist unter anderem dann zulässig, wenn das Dispositiv unklar ist (Art. 334 Abs. 1 ZPO), was bei ungewisser Tragweite der Rechtskraft stets der Fall ist. Mit der Erläuterung tut das Gericht seinen ursprünglichen Rechtsgestaltungswillen kund.[1473] Voraussetzung ist dabei, dass der Rechtsgestaltungswille gerichtsseitig noch rekonstruierbar ist, wofür mit fortschreitendem Zeitablauf immer weniger Gewähr besteht.[1474] Lässt sich der Inhalt des Entscheids nicht ermitteln und ist eine Erläuterung nicht (mehr) möglich, kommt dem Entscheid im Ergebnis keine Rechtskraft zu.[1475]

57 Es kann indes nicht die alleinige Aufgabe der Parteien sein, mittels Verlangen einer schriftlichen Begründung oder einer Erläuterung um die Klärung der Rechtskraftwirkung von Entscheiden besorgt zu sein. Vielmehr sollten die Gerichte ganz grundsätzlich davon absehen, erläuterungsbedürftige Entscheide zu eröffnen, deren Tragweite sich anhand des Dispositivs nicht erschliesst. Dafür bedarf es nicht zwingend einer (vollständigen) schriftlichen Urteilsbegründung. Vielmehr kann sich das Gericht darauf beschränken, die massgeblichen Entscheidgründe im Rahmen einer Anmerkung zum Dispositiv festzuhalten und so klarstellen,[1476] inwieweit die streitgegenständlichen Ansprüche (und allfällige Verrechnungsforderungen) beurteilt wurden.[1477]

VIII. ZPO-REVISION

58 Welche Änderungen die laufende ZPO-Revision im Zusammenhang mit der Eröffnung und Begründung von Entscheiden mit sich bringen wird, lässt sich aktuell schwer abschätzen, zumal teilweise noch grundlegende Diskrepanzen zwischen den beiden Räten bestehen. Nachfolgend werden zwei relevante Aspekte der bisherigen parlamentarischen Beratungen kurz beleuchtet.

1472.Vgl. Staehelin, Teilklage, S. 640; Droese, Res iudicata, S. 186 f.

1473.BGE 143 III 520 E. 6.2.

1474.Rusch/Lindholm/Chevalley S. 735, Fn. 94.

1475.Droese, Res iudicata, S. 203.

1476.Vgl. dazu oben III.B.3.

1477.Vgl. auch Stanischewski, S. 649, die sich für einen Vermerk zur Verrechnung gebrachter Forderungen im Urteilsdispositiv ausspricht.

A. Begründungspflicht von Entscheiden oberer und einziger kantonaler Instanzen

Im Zuge der ZPO-Revision sollen Art. 318 Abs. 2 ZPO und Art. 327 Abs. 5 ZPO, gemäss welchen Berufungs- und Beschwerdeentscheide stets mit einer schriftlichen Begründung zu eröffnen sind, gestrichen bzw. an Art. 239 ZPO angepasst werden.[1478] Diese Neuerung ist grundsätzlich zu begrüssen und erlaubt es, auch Rechtsmittelentscheide im Dispositiv zu eröffnen. 59

National- und Ständerat haben sodann eine Anpassung von Art. 112 Abs. 2 BGG beschlossen.[1479] Die revidierte Fassung soll es den Gerichten neu auch nach Massgabe des *Bundesrechts* (namentlich Art. 239 ZPO) erlauben, Entscheide ohne schriftliche Begründung zu eröffnen. Diese Regelung ist ebenfalls zu begrüssen und unterstreicht, dass auch obere und einzige kantonale Instanzen ihre Entscheide ohne schriftliche Begründung eröffnen können.[1480] 60

Eine gewisse Unklarheit verbleibt hinsichtlich der Frage, innert welcher Frist die Parteien eine schriftliche Begründung von Entscheiden oberer und einziger kantonaler Instanzen verlangen müssen, zumal Art. 112 Abs. 2 BGG eine Frist von 30 Tagen, Art. 239 Abs. 2 ZPO hingegen eine solche von zehn Tagen vorsieht. Da Art. 318 Abs. 2 ZPO und Art. 327 Abs. 5 ZPO (in der von National- und Ständerat beschlossenen Fassung) auf Art. 239 ZPO verweisen, wird bei Rechtsmittelentscheiden die Zehntagesfrist zur Anwendung gelangen müssen. Für Entscheide einziger kantonaler Instanzen fehlt (bislang) eine ausdrückliche Regelung in der ZPO. Gleichwohl wird nach hier vertretener Auffassung auch bei Entscheiden einziger kantonaler Instanzen die Zehntagesfrist zur Anwendung gelangen müssen, zumal kein sachlicher Grund für eine abweichende Behandlung dieser Entscheide ersichtlich ist. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre indes angezeigt. 61

B. Vollstreckbarkeit im Dispositiv eröffneter Entscheide

Im Entwurf der revidierten ZPO war ein neuer Art. 336 Abs. 3 ZPO vorgesehen, demzufolge ein unbegründet eröffneter Entscheid sofort 62

1478.Vgl. Botschaft 2020, S. 2761 und S. 2773 f. Vgl. sodann die Fassung gemäss ständerätlichem Beschluss vom 16. Juni 2021, AB 2021, S. 692 (Anpassung an Art. 239 ZPO). Für eine Übersicht über den Stand der Beratung vgl. insbesondere die Fahne 2022 Ia N.

1479.Vgl. Fahne 2022 Ia N, S. 78.

vollstreckbar ist, wenn dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat. Diese Kompetenz sollte gemäss dem neuen Art. 239 Abs. 2bis ZPO dem erstinstanzlichen Gericht zukommen.[1481]

63 Der Ständerat schlug eine andere Richtung ein. In der von ihm beschlossenen Fassung stellt Art. 336 Abs. 3 ZPO klar, dass ein ohne schriftliche Begründung eröffneter Entscheid unter den üblichen, in Abs. 1 dieser Bestimmung festgehaltenen Voraussetzungen vollstreckbar sein soll. Zudem soll die bereits von einer Mehrheit der oberen kantonalen Instanzen übernommene Praxis, wonach auch bei noch ausstehender Entscheidbegründung bei der Rechtsmittelinstanz um Vollstreckungsaufschub ersucht werden kann, durch eine Neufassung der Art. 315 Abs. 5 ZPO und Art. 325 Abs. 2 ZPO ins Gesetz überführt werden.[1482] Diese vom Ständerat vorgeschlagene Lösung verdient unseres Erachtens den Vorzug.[1483] Der Nationalrat verwarf jedoch in der Folge sowohl den Vorschlag des Bundesrats als auch den Beschluss des Ständerats nach einem erstaunlichen Votum, wonach die aktuelle Situation kein bekanntes Problem darstelle, sondern vielmehr der ständerätliche Beschluss praktische und rechtliche Probleme schaffen würde.[1484] Es ist nach hier vertretener Ansicht zu hoffen, dass sich der Ständerat im Rahmen der weiteren parlamentarischen Beratungen durchsetzen wird.

64 Hinzuweisen bleibt darauf, dass derzeit keine Anpassung der Regelung in Art. 112 Abs. 2 BGG, wonach der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegender Entscheide bis zum unbenützten Ablauf der Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung oder bis zum Vorliegen der schriftlichen Begründung nicht vollstreckbar sind, vorgesehen ist. Dies hätte – bei der vom Ständerat beschlossenen Lösung – zur Folge, dass nur im Dispositiv eröffnete Entscheide unterer kantonaler Instanzen, nicht aber im Dispositiv eröffnete (und der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegende) Entscheide oberer und einziger kantonaler Instanzen ab dem Zeitpunkt der Eröffnung vollstreckbar wären.[1485] Ob die damit verbundene ungleiche Behandlung von

1480 Vgl. oben V.

1481 Botschaft 2020, S. 2761 und S. 2774 f.; KUKO-Sogo/Naegeli, N. 22e f. zu Art. 239 ZPO.

1482 Vgl. die ständerätlichen Beschlüsse vom 16. Juni 2021, AB 2021, S. 691 f.

1483 Eingehend zum ursprünglichen Vorschlag gemäss Entwurf und Botschaft Markus/Huber-Lehmann, S. 1561 ff.; vgl. auch KUKO-Sogo/Naegeli, N. 22e f. zu Art. 239 ZPO.

1484 Vgl. die nationalrätlichen Beschlüsse vom 10. Mai 2022, AB 2022, N. 709 f.; Fahne 2022 Ia N, S. 63, 66, 68; vgl. sodann das Votum Lüscher vom 10. Mai 2022, AB 2022, N. 671.

Entscheiden unterer und oberer bzw. einziger kantonaler Instanzen beabsichtigt ist, ist fraglich und würde ebenfalls nach einer Klärung durch den Gesetzgeber rufen.

MATERIALIEN

Amtliches Bulletin des Nationalrats, Sondersession Mai 2022, N. 670 ff.

Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2021, S. 345 ff.

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2006/914/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2006-914-de-pdf-a.pdf, besucht am 25. Juli 2022.

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2697 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/653/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-653-de-pdf-a.pdf, besucht am 25. Juli 2022.

Fahne 2022 Ia N, Sondersession Mai 2022, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/N22%20D.pdf, besucht am 25. Juli 2022.

LITERATURVERZEICHNIS

Bachofner Eva, Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, BJM 2020, S. 1 ff.

Berger Bernhard / Güngerich Andreas / Hurni Christoph / Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2021.

Bohnet François / Droese Lorenz, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018.

Brunner Alexander / Vischer Moritz, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

1485 Vgl. oben VI.

Droese Lorenz, Res iudicata ius facit, Habil. Bern 2015 (zit. Droese, Res iudicata).

Droese Lorenz, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Droese).

Ehrenzeller Bernhard, in: Niggli Marcel Alexander / Uebersax Peter / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.

Engler Thomas, in: Gehri Myriam A. / Jent-Sørensen Ingrid / Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015.

Gehri Myriam A., in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Gloor Urs / Umbricht Lukas Barbara, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Gschwend Julia / Steck Daniel, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Herzog Nicolas, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Infanger Dominik, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Jenny David, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016.

Killias Laurent, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012.

Kriech Markus, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Markus Alexander R. / Wuffli Daniel, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, ZBJV 151/2015, S. 75 ff.

Markus Alexander R. / Huber-Lehmann Melanie, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit: Zuständigkeit de lege lata und de lege ferenda, AJP 2020, S, 1555 ff.

Mosimann Hans-Jakob, Entscheidbegründung, Zürich 2013.

Richers Roman / Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Rüegg Viktor / Rüegg Michael, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Rusch Lukas / Lindholm Michelle / Chevalley Cyrill A.H., Die Teilklage in der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZZZ 2021, S. 727 ff.

Schwander Ivo, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Seiler Benedikt, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, BJM 2018, S. 65 ff.

Sogo Miguel / Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Daniel / Bachofner Eva, Vollstreckung im Niemandsland, in: Jusletter vom 16. April 2012, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/659/_10174.html, besucht am 21. April 2022.

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016 (zit. SK-Staehelin).

Staehelin Daniel, Die unspezifizierte unechte Teilklage - oder die Zulassung der alternativen Klagenhäufung, in: Fankhauser Roland / Widmer Lüchinger Corinne / Klingler Rafael / Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine

Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, 2016, S. 627 ff. (zit. Staehelin, Teilklage).

Staehelin Daniel, in: Staehelin Adrian / Staehelin Daniel / Grolimund Pascal (Hrsg.), Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2019 (zit. Staehelin, Zivilprozessrecht).

Stanischewski Flora, Die Verrechnung im Zivilprozess unter der Schweizerischen ZPO, ZZZ 55/2021, S. 647 ff.

Steck Daniel / Brunner Norbert, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Stein-Wigger Matthias / Bachofner Eva, Das baselstädtische Reglement über die Gerichtsgebühren, BJM 2018, S. 93 ff.

Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., ZPR Band 31, Zürich / St. Gallen 2019.

Sterchi Martin H., Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012.

Sutter-Somm Thomas / Seiler Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich / Basel / Genf 2021.

Tappy Denis, in: Bohnet François / Haldy Jacques / Jeandin Nicolas / Schweizer Philippe / Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019.

Urwyler Adrian / Grütter Myriam, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Vetter Meinrad / Albert Eliane, Wann ist die Einreichung einer Kostennote sinnvoll?, SJZ 117/2021, S. 310 ff.

Zingg Simon, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 240 ZPO

Eine Kommentierung von Philip Carr / Tobias Aggteleky

ZITIERVORSCHLAG

Philip Carr / Tobias Aggteleky, Kommentierung zu Art. 240 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Carr / Aggteleky, N XXX zu Art. 240 ZPO.

Art. 240 Mitteilung und Veröffentlichung des Entscheides

Sieht das Gesetz es vor oder dient es der Vollstreckung, so wird der Entscheid Behörden und betroffenen Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand 343
II. Grundsätzliches 344
III. Anwendungsfälle (Auswahl) 344
A. Mitteilungen des Entscheids an Behörden 345
B. Mitteilungen des Entscheids an Dritte 346
C. Veröffentlichung des Entscheids 347
Materialien 348
Literaturverzeichnis 348

I. REGELUNGSGEGENSTAND

Entscheide werden allgemein nur den am Verfahren beteiligten Parteien (und den Nebenparteien) eröffnet,[1486] wobei die Modalitäten der Entscheideröffnung im Wesentlichen durch Art. 239 ZPO geregelt werden. Art. 240 ZPO sieht in Erweiterung dieses Grundsatzes vor, dass der Entscheid auch Behörden und betroffenen Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird, soweit es das Gesetz vorsieht oder es der Vollstreckung dient. 1

Die Mitteilung des Entscheids an Behörden oder Dritte stellt keine förmliche Eröffnung des Entscheids dar und die Adressaten der Mitteilung erlangen dadurch keine Parteistellung.[1487] Die Entscheidmitteilung nach Art. 240 ZPO ist insofern auch von der Eröffnung familienrechtlicher Entscheide gegenüber dem Kind, welches das 14. Altersjahr vollendet hat, zu unterscheiden (vgl. Art. 301 lit. b ZPO).[1488] 2

Art. 240 ZPO bezieht sich sodann nicht auf das Zugänglichmachen von Entscheiden nach Art. 54 Abs. 1 ZPO (etwa durch Auflage beim Gericht, Publikation in Entscheidsammlungen etc.).[1489] Art. 54 Abs. 1 ZPO räumt dem interessierten Publikum unter Umständen Anspruch auf Einsicht in Gerichtsentscheide ein.[1490] Auch gerichtliche Meldepflichten an Behörden gemäss Bundesrecht[1491] oder kantonalem Recht[1492] stellen keinen Anwendungsfall einer Mitteilung gemäss Art. 240 ZPO dar.[1493] 3

Die Veröffentlichung gestützt auf Art. 240 ZPO ist weiter von der öffentlichen Bekanntmachung gemäss Art. 141 ZPO abzugrenzen.[1494] Bei der öffentlichen Bekanntmachung nach Art. 141 ZPO handelt es sich um eine Form der 4

1486 Vgl. Botschaft 2006, S. 7345; BK-Killias, N. 1 zu Art. 240 ZPO.
1487 BSK-Steck/Brunner, N. 7 zu Art. 240 ZPO.
1488 CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 1 zu Art. 240 ZPO; vgl. ferner BSK-Michel/Steck, N. 11 ff. zu Art. 301 ZPO.
1489 DIKE-Komm.-Kriech, N. 22 zu Art. 240 ZPO.
1490 Vgl. KUKO-Oberhammer/Weber, N. 2 zu Art. 54 ZPO.
1491 Vgl. etwa Art. 443 Abs. 2 ZGB: Meldung hilfsbedürftig erscheinender Personen.
1492 Vgl. etwa § 167 GOG/ZH (Ordnungs-Nr. 211.1) oder § 34 EG StPO/AG (SAR 251.200): Meldung strafbarer Handlungen.
1493 SK ZPO-Staehelin, N. 7 zu Art. 240 ZPO.
1494 BSK-Steck/Brunner, N. 17 zu Art. 240 ZPO.

Zustellung (sog. Ediktalzustellung), die unter gewissen Voraussetzungen erfolgt, wenn sich die anderen Zustellungsformen als unmöglich erweisen.[1495]

II. GRUNDSÄTZLICHES

5 Besteht eine gesetzliche Grundlage, entscheidet das Gericht von Amtes wegen, ob ein Entscheid Behörden oder Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.[1496] Die Personen und Behörden, denen der Entscheid mitgeteilt wird, müssen im Entscheid ausdrücklich genannt werden (Art. 238 lit. e ZPO).[1497] Aus dem Entscheiddispositiv sollen alle Adressaten des Entscheids hervorgehen.[1498] Die nachträgliche Mitteilung ist nur mittels Berichtigung des Entscheids (Art. 334 ZPO) möglich.[1499]

6 Die Mitteilung an Behörden und Drittpersonen erfolgt meist durch Zustellung eines Auszugs des Entscheiddispositivs.[1500] Ausnahmsweise kann sich die Mitteilung des vollständigen Entscheids zusammen mit den Erwägungen aufdrängen, wenn ein blosser Auszug dem Informationsbedarf der adressierten Behörde oder Drittperson nicht gerecht würde.[1501]

7 Sieht das Gesetz eine Veröffentlichung des Entscheids vor, bestimmt – vorbehältlich bundesrechtlicher Vorgaben (vgl. etwa Art. 35 SchKG oder Art. 986 Abs. 2 OR) – grundsätzlich das kantonale Recht das Publikationsorgan. Es handelt sich dabei regelmässig um das kantonale Amtsblatt.[1502]

III. ANWENDUNGSFÄLLE (AUSWAHL)

8 Nachfolgend werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige Beispiele aufgelistet, bei denen gemäss Art. 240 ZPO eine Mitteilung des Entscheids an Behörden (**A**) oder Dritte (**B**) bzw. eine Veröffentlichung des Entscheids erfolgt (**C**).

1495 Urteil 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1. Soweit es um die Zustellung von Betreibungsurkunden geht, ist Art. 66 Abs. 4 SchKG zu beachten.
1496 BSK-Steck/Brunner, N. 6 zu Art. 240 ZPO.
1497 CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 1 zu Art. 240 ZPO.
1498 KUKO-Sogo/Naegeli, N. 16 zu Art. 238 ZPO
1499 SK ZPO-Staehelin, N. 5 zu Art. 240 ZPO.
1500 CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 4 zu Art. 240 ZPO.
1501 BSK-Steck/Brunner, N. 6 zu Art. 240 ZPO.
1502 Vgl. etwa § 4 Abs. 1 GOG/BS (SG 154.100) oder § 121 Abs. 2 GOG/ZH (Ordnungs-Nr. 211.1).

A. Mitteilungen des Entscheids an Behörden

Eine Mitteilung des Entscheids an eine Behörde ist beispielsweise in den folgenden Fällen gesetzlich vorgesehen: 9

- Im Bereich des *ZGB*: Das Gericht hat den zuständigen Zivilstandsämtern bzw. deren Aufsichtsbehörden eine Vielzahl familien- und personenrechtlicher Entscheide mitzuteilen (z.B. Verschollenerklärung, Eheschliessung, Feststellung der Vaterschaft oder des Personenstandes; Art. 42 ZGB sowie Art. 40 und 42 f. ZStV).[1503] Die Auflösung bzw. Aufhebung im Handelsregister eingetragener Vereine und Stiftungen sind dem Handelsregisteramt zwecks Löschung mitzuteilen (Art. 79 und Art. 89 Abs. 2 ZGB).[1504] Verfügungsbeschränkungen eines Ehegatten über ein Grundstück sind dem Grundbuchamt mitzuteilen (Art. 178 Abs. 3 ZGB).[1505] Gleich verhält es sich etwa mit gerichtlich angeordneten Vormerkungen vorläufiger Eintragungen (Art. 961 Abs. 2 ZGB und Art. 124 Abs. 1 GBV).[1506]
- Im Bereich des *OR*: Bestimmte Entscheide in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten sind dem zuständigen Handelsregisteramt mitzuteilen (z.B. vorläufiger Entzug der Vertretungsbefugnis [Art. 565 Abs. 2 OR], Auflösung und Eintragung der Liquidatoren der Kollektivgesellschaft [Art. 574 Abs. 2 OR und Art. 583 Abs. 3 OR] oder der Aktiengesellschaft [Art. 737 OR und Art. 740 Abs. 2 OR]).[1507] Urteile über angefochtene Mietzinse und andere Forderungen der Vermieter sind dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung mitzuteilen (Art. 23 Abs. 2 VMWG).[1508]
- Im Bereich des *SchKG*: Bestimmte Anordnungen im Zusammenhang mit Konkursverfahren, wie etwa die Eröffnung, der Widerruf des Konkurses sowie die Einstellung oder der Abschluss des Konkursverfahrens, sind dem Handelsregisteramt mitzuteilen (Art. 176 SchKG, Art. 939 OR, Art. 158 Abs. 1 HRegV).[1509] Selbiges gilt (vorbehältlich Art. 293*c* Abs. 2 SchKG) für die

1503 BK-Killias, N. 4 zu Art. 240 ZPO.
1504 BK-Killias, N. 4 zu Art. 240 ZPO.
1505 DIKE-Komm.-Kriech, N. 6 zu Art. 240 ZPO.
1506 CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 5 zu Art. 240 ZPO.
1507 BK-Killias, N. 4 zu Art. 240 ZPO; vgl. auch BSK-Stäubli, N. 4 zu Art. 737 OR.
1508 DIKE-Komm.-Kriech, N. 5 zu Art. 240 ZPO.
1509 BSK-Steck/Brunner, N. 11 zu Art. 240 ZPO.

Bewilligung der definitiven oder provisorischen Nachlassstundung (Art. 296 SchKG, Art. 160 HRegV) sowie die Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (Art. 308 SchKG, Art. 161 HRegV).

- Im Bereich des *Immaterialgüterrechts*: Entscheide in Patent- oder Markensachen sind dem Institut für Geistiges Eigentum zuzustellen (Art. 70*a* PatG, Art. 54 MSchG).[1510]
- Im Bereich des *Kartellrechts*: Entscheide, die in Anwendung des Kartellgesetzes gefällt werden, sind dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zuzustellen (Art. 48 Abs. 2 KG).[1511]

B. Mitteilungen des Entscheids an Dritte

10 Eine Mitteilung des Entscheids an Dritte ist beispielsweise in den folgenden Fällen gesetzlich vorgesehen:

- Im Bereich des *ZGB*: Entscheide über Persönlichkeitsverletzungen können auf Antrag einer Partei Dritten mitgeteilt werden (Art. 28*a* Abs. 2 ZGB).[1512] Vernachlässigt die verpflichtete Person die Erfüllung einer Unterhaltspflicht, so kann das Gericht ihre Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder teilweise an die berechtigte Person zu erbringen (Art. 132 Abs. 2 ZGB).[1513] Schränkt eine Beistandschaft die Handlungsfähigkeit einer Person ein, so ist den Schuldnern eine entsprechende Mitteilung zu machen (Art. 452 Abs. 2 ZGB).[1514]
- Im Bereich des *Datenschutzes*: Auch im Datenschutzrecht kann die klagende Partei die Mitteilung des Entscheids an Dritte verlangen (Art. 15 Abs. 3 DSG und Art. 25 Abs. 3 lit. b DSG).[1515]
- Im Bereich *vorsorglicher Massnahmen*: Unter den Voraussetzungen von Art. 261 ZPO ordnet das Gericht vorsorgliche Massnahmen an.[1516] Eine solche kann unter anderem in einer Anweisung an eine dritte Person (oder eine Registerbehörde) bestehen (Art. 262 lit. c ZPO).[1517]

1510. SK ZPO-Staehelin, N. 3 zu Art. 240 ZPO.
1511. DIKE-Komm.-Kriech, N. 5 zu Art. 240 ZPO.
1512. SK ZPO-Staehelin, N. 3 zu Art. 240 ZPO.
1513. CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 6 zu Art. 240 ZPO.
1514. BK-Killias, N. 6 zu Art. 240 ZPO.
1515. BSK-Steck/Brunner, N. 16 zu Art. 240 ZPO.
1516. Vgl. Urteil 4A_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 4.1.

C. Veröffentlichung des Entscheids

Eine Veröffentlichung des Entscheids ist beispielsweise in den folgenden Fällen gesetzlich vorgesehen: 11

- Im Bereich des *ZGB*: Entscheide über Persönlichkeitsverletzungen können auf Antrag einer Partei veröffentlicht werden (Art. 28*a* Abs. 2 ZGB).[1518] Unter Umständen kann auch der Entzug der Vertretungsbefugnis eines Ehegatten veröffentlicht werden (Art. 174 Abs. 3 ZGB).[1519] Der unbekannte Gläubiger eines Schuldbriefs kann vom Gericht öffentlich zur Meldung aufgefordert werden (Art. 856 Abs. 1 ZGB).[1520]
- Im Bereich des *Datenschutzes*: Auch im Bereich des Datenschutzrechts kann die klagende Partei die Veröffentlichung des Entscheids verlangen (Art. 15 Abs. 3 DSG und Art. 25 Abs. 3 lit. b DSG).[1521]
- Im Bereich des *OR*: Die Kraftloserklärung von Wertpapieren ist im Schweizerischen Handelsamtsblatt und nach Ermessen des Gerichts auch anderweitig zu veröffentlichen (Art. 986 Abs. 2 OR; vgl. auch Art. 972 OR und Art. 977 OR).[1522]
- Im Bereich des *SchKG*: Der Widerruf des Konkurses wird öffentlich gemacht (Art. 195 Abs. 3 SchKG). Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Bewilligung der definitiven oder provisorischen Nachlassstundung (Art. 296 SchKG, vorbehältlich Art. 293*c* Abs. 2 SchKG) sowie der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (Art. 308 SchKG).[1523]
- Im Bereich des *Immaterialgüterrechts*: Das Gericht kann die obsiegende Partei ermächtigen, einen patentrechtlichen Entscheid auf Kosten der Gegenpartei zu veröffentlichen (Art. 70 Abs. 1 PatG).[1524]

1517. Im Vordergrund steht dabei die Anweisung an eine Bank, ein bestimmtes Konto zu sperren (vgl. Botschaft 2006, S. 7355; vgl. dazu ferner DIKE-Komm.-Zürcher, N. 33 f. zu Art. 262 ZPO).
1518. SK ZPO-Staehelin, N. 3 zu Art. 240 ZPO; zur Veröffentlichung von Gegendarstellungen vgl. Art. 28*k* ZGB.
1519. CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 7 zu Art. 240 ZPO.
1520. DIKE-Komm.-Kriech, N. 18 zu Art. 240 ZPO.
1521. BSK-Steck/Brunner, N. 16 zu Art. 240 ZPO; DIKE-Komm.-Kriech, N. 21 zu Art. 240 ZPO.
1522. DIKE-Komm.-Kriech, N. 19 zu Art. 240 ZPO.
1523. Vgl. ferner BSK-Nordmann/Oneyser, N. 4 zu Art. 35 SchKG.
1524. BSK-Steck/Brunner, N. 20 zu Art. 240 ZPO.

MATERIALIEN

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2006/914/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2006-914-de-pdf-a.pdf, besucht am 22. Juni 2022.

LITERATURVERZEICHNIS

Killias Laurent, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012.

Kriech Markus, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Michel Margot / Steck Daniel, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Nordmann Francis / Oneyser Stéphanie, in: Staehelin Daniel / Bauer Thomas / Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetzt über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. Aufl., Basel 2021.

Oberhammer Paul / Weber Philipp, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Sogo Miguel / Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016.

Stäubli Christoph, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Steck Daniel / Brunner Norbert, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Sutter-Somm Thomas / Seiler Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich / Basel / Genf 2021.

Zürcher Johann, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO

Eine Kommentierung von Patrick Honegger-Müntener

ZITIERVORSCHLAG

Patrick Honegger-Müntener, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Honegger-Müntener, N XXX zu Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO.

5. Kapitel: Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift

1. Abschnitt: Vorsorgliche Massnahmen

Art. 261 Grundsatz

[1] Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass:

a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und

b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

[2] Leistet die Gegenpartei angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 354
A. Begriff und Zweck ... 354
B. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund ... 355
C. Anwendungsbereich ... 355
II. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen ... 356
A. Allgemeines ... 356
B. Verfügungsanspruch ... 356
1. Allgemeines ... 356
2. Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr im Besonderen ... 358
C. Verfügungsgrund ... 360
1. Allgemeines ... 360
2. Zeitliche Dringlichkeit ... 361
a. Grundsatz und Zweck der zeitlichen Dringlichkeit ... 361
b. Relative Dringlichkeit im Besonderen ... 361
3. Drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ... 367
a. Allgemeines und Begriff des Nachteils ... 367
b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Besonderen ... 368
c. Verhältnismässigkeitsprinzip: Interessenabwägung mit Nachteilen der Gesuchsgegnerin? ... 372
D. Prüfung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund durch das Gericht ... 377
1. Allgemeines ... 377
2. Begriff der Glaubhaftmachung ... 377
3. Glaubhaftmachung des Rechtlichen / Prüfungsintensität ... 380
III. Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin ... 382
IV. Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ... 385
A. Zuständigkeit in Binnensachverhalten ... 385
1. Örtliche Zuständigkeit ... 385
a. Allgemeines ... 385
b. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme ... 386
c. Gerichtsstandsvereinbarungen ... 388
2. Sachliche Zuständigkeit ... 389
B. Internationale Verhältnisse ... 390
1. Zuständigkeit ... 390
a. Internationale Zuständigkeit nach IPRG ... 390
b. Internationale Zuständigkeit nach LugÜ ... 395
2. Anwendbares Recht ... 400
3. Anerkennung und Vollstreckung ... 401
a. Anerkennung und Vollstreckung nach IPRG ... 401
b. Anerkennung und Vollstreckung nach LugÜ ... 402
C. Massnahmegesuch ... 404

D. Festsetzung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens und deren Verlegung 405
E. Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide 406
1. Rechtsmittel nach ZPO 406
a. Berufung (Art. 308 ff. ZPO) 406
b. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) 410
c. Revision (Art. 328 ff. ZPO) 410
2. Rechtsmittel nach BGG 411
Materialien 412
Literaturverzeichnis 413

I. ALLGEMEINES

A. Begriff und Zweck

1 Ein (mehr oder weniger komplexer) Zivilprozess kann auch in der Schweiz Jahre dauern.[1525] Um die klagende oder auch die beklagte Partei vor Nachteilen zu schützen, die während der unter Umständen langen Verfahrensdauer bis zur Gewährung des definitiven Rechtsschutzes eintreten könnten, sind vorsorgliche Massnahmen unverzichtbar. Ihr institutioneller Zweck liegt in der zeitgerechten Rechtsverwirklichung und im effektiven Schutz subjektiver Rechte.[1526] Freilich ist nicht zu verkennen, dass vorsorgliche Massnahmen in der Praxis vielfach auch anderen Zwecken dienen, so beispielsweise der Erlangung eines schnellen und billigen tatsächlichen oder rechtlichen Gutachtens, welches eine bessere Beurteilung der prozessualen Erfolgsaussichten ermöglicht und Basis für eine Vergleichslösung bilden kann[1527] oder dem «Schwerterwetzen vor dem grossen Kampf»[1528], um die Verteidigungsmittel der Gesuchsgegnerin kennenzulernen. Ein Missbrauch von vorsorglichen Massnahmen[1529] kann darin grundsätzlich nicht erblickt werden.[1530] Vielmehr muss sich das Gericht dieser
Nebenfunktionen beim Erlass vorsorglicher Massnahmen bewusst sein.

2 Nach ihrem Inhalt werden vorsorgliche Massnahmen in drei Kategorien unterteilt: *Sicherungsmassnahmen* (zur Sicherung der Urteilsvollstreckung), *Leistungsmassnahmen* (zur vorläufigen Vollstreckung eines Anspruchs) und *Regelungsmassnahmen* (zur vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses).[1531]

1525 Vgl. unter früherem Recht Gloor, S. 6, der damals bereits mit einer Dauer von circa fünf Jahren rechnete.

1526 Botschaft ZPO, S. 7353; Bohnet, S. 405; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 1 zu Art. 261 ZPO; Meier, ZPR, S. 253; ferner Berti, S. 178 Rz. 2 ff.; Gloor, S. 6; Grob, S. 13 f.; Schenker, S. 13.

1527 Vgl. unter früherem Recht Meier, Rechtsschutz, S. 53; ferner Arens, S. 84; Stach, S. 15; Vogel, S. 89.

1528 Meier, Rechtsschutz, S. 53; vgl. ferner Stach, S. 15; Vogel, S. 89.

1529 Stach, S. 15.

1530 In diesem Sinne zutreffend auch Meier, Rechtsschutz, S. 53 f.

B. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund

Bereits unter den kantonalen Zivilprozessordnungen hat der Bundesgesetzgeber zur Sicherung subjektiver Rechte Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen ins Bundesprivatrecht aufgenommen.[1532] Diese Bestimmungen erfuhren mit Inkrafttreten der ZPO ein unterschiedliches Schicksal: Während manche Normen ersatzlos gestrichen oder in spezifischere Bestimmungen der ZPO integriert wurden, gelten andere – teilweise in modifizierter Form – weiter.[1533] Daneben kannten alle kantonalen Zivilprozessordnungen eine Regelung des Verfahrens zum Erlass vorsorglicher Massnahmen,[1534] wobei die Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahme, d.h. ihre Zugehörigkeit zum materiellen Bundesprivatrecht oder zum damals kantonalen Prozessrecht, umstritten war.[1535] Mit der schweizerischen ZPO hat dieser Streit hinsichtlich der Kompetenzverteilung an Bedeutung verloren.[1536] 3

Art. 261 ff. ZPO entsprechen im Wesentlichen dem bisherigen Standard und lehnen sich mindestens materiell an die Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 28c ff. aZGB an, so dass die entsprechende Lehre und Rechtsprechung weiterhin berücksichtigt werden können.[1537] 4

C. Anwendungsbereich

Das Bundesprivatrecht kennt auch nach dem Inkrafttreten der ZPO Normen zu vorsorglichen Massnahmen oder vergleichbaren Instituten. Dabei ist im 5

1531. Bohnet, S. 405; BK-Güngerich, N. 9 zu Art. 261 ZPO; Meier, ZPR, S. 258; Sutter-Somm, § 15 Rz. 1210 ff.; vgl. unter früherem Recht Berti, S. 179 ff. Rz. 5 ff., der von Befriedigungsmassnahmen statt Leistungsmassnahmen spricht; Kofmel Ehrenzeller, S. 25 ff.; Gloor, S. 9 ff.; Grob, S. 14.

1532. Vgl. dazu eingehend Schulthess Komm.-Huber, N. 4 zu Art. 261 ZPO.

1533. Vgl. dazu eingehend Schulthess Komm.-Huber, N. 5 zu Art. 261 ZPO.

1534. Berti, S. 182 ff. Rz. 14; Haldy, Rz. 602; für das kantonale Recht siehe Chiesa (Tessin); Graner (Bern); Hasenböhler, Verfügung (Basel-Landschaft); Hofstetter (Luzern); Huber-Zimmermann (Solothurn); Huth (Basel-Stadt); Meng (Aargau); Stach (St. Gallen); Stamm (Zürich); Ziegler (vergleichend).

1535. Berti, S. 182 ff. Rz. 12 ff.; Gloor, S. 4 ff.; Kofmel Ehrenzeller, S. 19 ff.

1536. BSK-Sprecher, N. 5 zu Vor Art. 261-269 ZPO; ferner bereits Kofmel Ehrenzeller, S. 21; in gewissen Bereichen kann die dogmatische Zuordnung der vorsorglichen Massnahme indes nach wie vor von Bedeutung sein, vgl. dazu im kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Kontext BGer 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (Publ.) = SZZP 2022 Nr. 2625 (mit Anmerkungen von Droese).

Einzelfall zu klären, ob diese als *leges speciales* vorgehen oder die Art. 261 ff. ZPO ergänzend anwendbar sind.[1538] Innerhalb der ZPO finden sich spezifische Normen zu vorsorglichen Massnahmen in Art. 276 ZPO (Scheidungsverfahren), Art. 303 ZPO (Unterhalts- und Vaterschaftsklage) und Art. 374 ZPO (Schiedsverfahren), wofür auf die Kommentierungen dieser Vorschriften zu verweisen ist. Die Bestimmungen über das Massnahmeverfahren sind schliesslich ergänzend auf die vorsorgliche Beweisführung anwendbar (Art. 158 Abs. 2 ZPO).

II. VORAUSSETZUNGEN VORSORGLICHER MASSNAHMEN

A. Allgemeines

6 Die gesuchstellende Partei muss für die Anordnung notwendiger vorsorglicher Massnahmen glaubhaft machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; *Verfügungsanspruch*[1539]) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; *Verfügungsgrund*[1540]).

7 Für den Erlass superprovisorischer Massnahmen, d.h. Massnahmen, die ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin ergehen (s. Art. 265 ZPO), sowie für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien (s. Art. 266 ZPO) gelten nach dem Gesetz strengere Voraussetzungen. Für die besonderen Voraussetzungen ist auf die Kommentierungen zu diesen Vorschriften zu verweisen.

B. Verfügungsanspruch

1. Allgemeines

8 Der Verfügungsanspruch ist der materiellrechtliche Anspruch,[1541] den die gesuchstellende Partei mittels vorsorglicher Massnahmen sichern oder durchsetzen möchte.[1542] Um einen Verfügungsanspruch zu begründen, hat die

1537.Botschaft ZPO, S. 7353; vgl. auch OFK-Rohner, N. 1 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 2 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 2 zu Vor Art. 261-270 ZPO.

1538.Vgl. dazu eingehend BSK-Sprecher, N. 38 ff. zu Vor Art. 261-269 ZPO.

1539.Botschaft ZPO, S. 7354.

1540Botschaft ZPO, S. 7354.

gesuchstellende Partei daher Tatsachen zu behaupten und glaubhaft zu machen, aus denen sich die Verletzung eines (materiellen) Anspruchs oder die Befürchtung einer Verletzung desselben ergibt (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO).[1543] Das Gericht seinerseits hat gestützt auf den Vortrag der gesuchstellenden Partei sowie die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin eine Hauptsacheprognose zu stellen.[1544] Der Verfügungsanspruch darf – abgesehen von gesetzlichen Ausnahmen (Art. 262 lit. e ZPO) – *nicht pekuniärer Natur* sein.[1545] In Bezug auf Ansprüche auf Geldleistung gehen die Instrumente des SchKG, insb. der Arrest (s. Art. 271 ff. SchKG),[1546] den vorsorglichen Massnahmen nach ZPO vor (Art. 269 lit. a ZPO). Ansonsten können grundsätzlich aber sowohl Leistungs- und Gestaltungs- als auch Feststellungsansprüche einen Verfügungsanspruch begründen.[1547] Die Verletzung des materiellen Anspruchs kann dabei entweder drohen oder bereits bestehen bzw. andauern. Ebenso ist es möglich, dass die Verletzungshandlung bereits abgeschlossen ist und nur deren Wiederholung droht.[1548] Ob eine solche Verletzung vorliegt, ergibt sich grundsätzlich aus dem materiellen Recht. Bei der erstmaligen bzw. bei der erneut drohenden Verletzung fordert die ZPO dagegen selbst eine *Begehungs-* bzw. *Wiederholungsgefahr*.[1549] Nach nicht unumstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht handelt es sich dabei um eine spezifische Anspruchsvoraussetzung, so dass bei deren Verneinung im Massnahmeverfahren eine Abweisung des Massnahmegesuchs erfolgt.[1550]

1541. Zu möglichen materiellrechtlichen Ansprüchen Alder, S. 91 ff. (Immaterialgüterrecht); Ernst, S. 62 ff. (Immaterialgüterrecht); Grob, S. 26 ff. (Persönlichkeitsrecht); Schenker, S. 35 ff. (Wettbewerbsrecht).

1542. Schai, Rz. 155; vgl. unter früherem Recht Ernst, S. 58 f.; Schenker, S. 35.

1543. Botschaft ZPO, S. 7354; vgl. auch DIKE Komm.-Domej, N. 90 zu Vor Art. 9-13a UWG.

1544. DIKE Komm.-Zürcher, N. 17 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 13.

1545. KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 5 zu Art. 261 ZPO; ferner bereits Kofmel Ehrenzeller, S. 24.

1546. Vgl. zu den vorsorglichen Massnahmen bei Geldforderungen im Einzelnen Phurtag, Rz. 74 ff.

1547. Schulthess Komm.-Huber, N. 17 zu Art. 261 ZPO; Gasser/Rickli, N. 2 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 13; BSK-Sprecher, N. 15 zu Art. 261 ZPO; D. Staehelin, in: Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 22 Rz. 8.

1548. Phurtag, Rz. 14; BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 18 zu Art. 261 ZPO.

1549. Vgl. DIKE Komm.-Zürcher, N. 18 zu Art. 261 ZPO.

1550. BK-Güngerich, N. 29 zu Art. 261 ZPO; Schai, Rz. 180; BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 19 zu Art. 261 ZPO; HGer ZH HE110665 vom 5. Januar 2012 E. 6 = ZR 111/2012 Nr. 61; vgl. ferner Schlosser, S. 344; a.A. OGer ZG vom 29. Oktober 2012 E. 2 = GVP 2012, S. 179.

2. Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr im Besonderen

9 Eine Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr liegt vor, wenn sich die bevorstehende Verletzung derart verdichtet hat, dass sie als unmittelbar drohend erscheint.[1551] Massgebend ist dabei nicht die subjektive Sichtweise der gesuchstellenden Partei, sondern ein objektivierter Massstab.[1552] Dabei genügt eine rein abstrakte bzw. hypothetische Möglichkeit der Begehung bzw. Wiederholung nicht, da auch die Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr glaubhaft sein muss.[1553]

10 Freilich hängen die Begehungs- und Wiederholungsgefahr nicht unerheblich von der Willensbildung der Gesuchsgegnerin, mithin von inneren Tatsachen ab. Die gesuchstellende Partei hat daher grundsätzlich nur Umstände darzulegen, die es dem Gericht erlauben, von Äusserungen bzw. dem Verhalten der Gesuchsgegnerin auf deren (wahrscheinlichen) Willen zur Begehung bzw. Wiederholung zu schliessen.[1554] Angesichts der Schwierigkeiten bei der «positiven Glaubhaftmachung»[1555] behilft sich die Praxis bzgl. der Wiederholungsgefahr, nicht aber der Begehungsgefahr,[1556] zudem verschiedener Vermutungen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt eine Verletzungshandlung ihre erneute Begehung in der Regel vermuten[1557] oder indiziert sie mindestens, wenn eine Verwarnung keine Wirkung zeigte oder zwecklos wäre.[1558] Rechtsprechungsgemäss wird die Wiederholungsgefahr sodann regelmässig bejaht, wenn die Gesuchsgegnerin die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens bestreitet, da in

---

1551. Phurtag, Rz. 14.

1552. BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Berti, S. 197 Rz. 35.

1553. OGer ZH LL100003 vom 20. Januar 2011 E. III.2.1 = sic! 2011, S. 509 ff.; Schai, Rz. 181; BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 21 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 97; Briner, S. 158; Grob, S. 43; Schenker, S. 36; Schlosser, S. 346; vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung eingehend hiernach II.D.

1554. Vgl. BSK-Sprecher, N. 21 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 97; Schenker, S. 36, 42.

1555. M.E. ist hier der Terminus «strikter Nachweis» (so Alder, S. 97, s.a. Schenker, S. 37) nicht präzise, da die Wiederholungsgefahr im Massnahmeverfahren ebenfalls nur glaubhaft zu machen und nicht nachzuweisen ist.

1556. Vgl. unter früherem Recht Alder, S. 99 f.; Schenker, S. 42.

1557. BGE 116 II 357 E. 2a; DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO.

1558. BGE 124 III 72 E. 2a; vgl. DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 97; Briner, S. 158; Brunner, S. 16.

einem solchen Fall zu vermuten sei, dass sie es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführe.[1559]

Strittig ist in Lehre und Rechtsprechung, inwieweit die Gesuchsgegnerin durch eine Erklärung, dass sie keine weiteren Rechtsverletzungen vornehme, die Vermutung der Wiederholungsgefahr entkräften kann. In älteren Entscheiden führte das Bundesgericht aus, dass strenge Anforderungen an die Entkräftung der Vermutung zu stellen seien. Die Vermutung werde weder durch die blosse Einstellung der Verletzung noch die Erklärung der Gesuchsgegnerin umgestossen, von künftigen Verletzungen Abstand zu nehmen, wenn nicht gleichzeitig der Anspruch anerkannt werde.[1560] Ohne dazu Stellung zu beziehen, wies das Bundesgericht auch darauf hin, dass im deutschen Recht sogar eine Unterlassungserklärung nicht genüge, wenn diese nicht durch eine Konventionalstrafe gesichert sei.[1561] Diesen Erwägungen folgend forderte denn auch die Lehre eine solche «gesicherte Unterlassungserklärung».[1562] In jüngerer Zeit liess das Bundesgericht dagegen eine «förmliche Abstandserklärung» genügen,[1563] wobei es in der Tendenz aber nach wie vor eine Anerkennung des Anspruchs zu verlangen scheint.[1564] Anderen Gerichten genügt dagegen eine Verzichts- und Unterwerfungserklärung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Konventionalstrafe,[1565] wenn diese bedingungslos und unzweideutig ist.[1566] 11

Grundsätzlich ist m.E. dafürzuhalten, dass mangels gesetzlicher Grundlage weder eine Anerkennung des Anspruchs noch eine Konventionalstrafe erforderlich ist, um die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu entkräften. 12

1559 BGE 116 II 357 E. 2a; BGE 124 III 72 E. 2a; aus jüngerer Zeit auch BGer 4A_297/2020 vom 7. September 2020 E. 2.1; vgl. BSK-Sprecher, N. 21 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO.

1560 BGE 116 II 357 E. 2b; BGE 90 II 51 E. 9.

1561 BGE 116 II 357 E. 2b.

1562 Alder, S. 98 f.; Schenker, S. 39 f.; siehe auch Brunner, S. 16.

1563 BGE 124 III 72 E. 2a; vgl. auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO.

1564 Vgl. BGer 4A_379/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 9.3.1; siehe dagegen auch BGer 5A_309/2013 vom 4. November 2013 E. 5.3.2, wonach kein Anspruch auf förmliche Anerkennung bestehe.

1565 David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 592, halten dagegen dafür, dass eine Unterlassungserklärung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ungenügend sei, eine Konventionalstrafe aber nicht erforderlich sei.

1566 OGer ZH LL100003 vom 20. Januar 2011 E. III.2.2 = sic! 2011, S. 509 ff.; daran anschliessend BPatGer S2013_004 vom 12. Mai 2014 E. 4.2.

Massgebend muss vielmehr sein, ob aufgrund der förmlichen Abstandserklärung im konkreten Einzelfall eine Wiederholung der Verletzungshandlung noch glaubhaft erscheint. Im Übrigen kann das Verhalten der Gesuchsgegnerin, welches zum Wegfall der Wiederholungsgefahr (und damit zur Abweisung des Massnahmegesuchs) führt, bei der Kostenverteilung berücksichtigt werden.[1567]

C. Verfügungsgrund

1. Allgemeines

13 Der Verfügungsgrund bildet die prozessrechtliche Rechtfertigung dafür, den Verfügungsanspruch durch vorsorgliche Massnahmen provisorisch zu schützen, statt das definitive Ergebnis eines einlässlichen Verfahrens abzuwarten.[1568] Um einen Verfügungsgrund zu begründen, hat die gesuchstellende Partei Tatsachen zu behaupten und glaubhaft zu machen, aus denen sich ergibt, dass ihr aus der Verletzung (oder einer zu befürchtenden Verletzung) des Verfügungsanspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).[1569] Das Gericht seinerseits hat gestützt auf den entsprechenden Vortrag der gesuchstellenden Partei eine Nachteilsprognose zu stellen.[1570] Nach nicht unumstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht handelt es sich beim Verfügungsgrund um eine materielle Voraussetzung, so dass bei dessen Fehlen eine Abweisung des Massnahmegesuchs und kein Nichteintreten ergeht.[1571]

1567. In diesem Sinne betreffend einen Sachentscheid auch BGer 5A_309/2013 vom 4. November 2013 E. 5.3.2.

1568. Vgl. unter früherem Recht Ernst, S. 74; Kofmel Ehrenzeller, S. 35.

1569. DIKE Komm.-Domej, N. 92 zu Vor Art. 9-13a UWG; BK-Güngerich, N. 28 zu Art. 261 ZPO; für eine nicht genügende Behauptung bzw. Glaubhaftmachung des Verfügungsgrunds vgl. HGer ZH HE130212 vom 31. Juli 2013 E. 12 = ZR 112/2013 Nr. 68; OGer ZG vom 10. Januar 2012 = GVP 2012, S. 136 ff.; vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung eingehend hiernach II.D.

1570. DIKE Komm.-Zürcher, N. 17 zu Art. 261 ZPO; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 9 zu Art. 261 ZPO.

1571. OGer ZG vom 10. Januar 2012 E. 4.2 = GVP 2012, S. 136 ff.; OGer ZH LF110130 vom 12. Januar 2012 E. 3.5; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 618; BK-Güngerich, N. 29 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 16; Schai, Rz. 146 ff.; BSK-Sprecher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Zürcher, S. 88; dagegen offenbar BZGer ZH MB190003 vom 17. Januar 2013 E. 5.4 *in fine*; BSK-Droese, N. 9 zu Art. 10 IPRG; vgl. unter früherem Recht BGE 116 Ia 446 E. 2; Alder, S. 82; Schenker, S. 88.

2. Zeitliche Dringlichkeit

a. Grundsatz und Zweck der zeitlichen Dringlichkeit

Die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit hat keine eigenständige Normierung im Gesetz erfahren,[1572] ist aber in Lehre und Rechtsprechung weitgehend anerkannt.[1573] Zeitliche Dringlichkeit wird bejaht, wenn das (rechtskräftige) Urteil im Hauptsacheverfahren ohne Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht abgewartet werden kann, ohne dass die gesuchstellende Partei einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet.[1574] Daraus folgt aber keineswegs eine Subsidiarität des Massnahmeverfahrens gegenüber anderen rechtlichen Handlungsmöglichkeiten. Vielmehr vermögen nur zeitlich durch das Hauptsacheverfahren bedingte Nachteile vorsorgliche Massnahmen zu rechtfertigen.[1575] 14

b. Relative Dringlichkeit im Besonderen

i. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung

Unter dem Stichwort der *relativen Dringlichkeit* wird in Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert, inwieweit ein Zuwarten der gesuchstellenden Partei mit der Einleitung des Hauptsacheverfahrens zum Wegfall der zeitlichen Dringlichkeit führen könne. Weitgehende Einigkeit besteht insoweit, als die Passivität der gesuchstellenden Partei zur Abweisung des Massnahmegesuchs führen könne. Strittig ist und teilweise zufällig erscheint, auf welcher dogmatischen Grundlage die Abweisung wegen 15

1572. Art. 265 Abs. 1 ZPO, der von einer «besonderen Dringlichkeit» spricht, bezieht sich nur auf den Erlass superprovisorischer Massnahmen. Sie ist nicht deckungsgleich mit der hier diskutierten zeitlichen Dringlichkeit.

1573. HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. IV.22.1 = CAN 2015 Nr. 36; KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3; OGer ZH LF160086 vom 2. März 2017 E. III.1; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 619; DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; Phurtag, Rz. 19; Schai, Rz. 205; SHK-Treis, N. 10 zu Art. 261 ZPO; Botschaft ZPO, S. 7354; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 83; Streuli-Youssef, S. 302.

1574. HGer AG HSU.2019.7 vom 8. Februar 2019 E. 6.2; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. IV.22.3 = CAN 2015 Nr. 36, welches von objektiver Dringlichkeit spricht; AppGer BS ZB. 2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.2; DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; Schulthess Komm.-Huber, N. 22 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 19; DIKE Komm.-Zürcher, N. 12 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 83.

1575. Ähnlich unter früherem Recht Alder, S. 83.

fehlender relativer Dringlichkeit erfolgt.[1576] Teilweise wird vertreten, dass bei fehlender relativer Dringlichkeit die zeitliche Dringlichkeit als Tatbestandsmerkmal nicht mehr gegeben sei.[1577] Andere argumentieren eher in die Richtung einer rechtsaufhebenden prozessualen Verwirkung,[1578] so dass sich die gesuchstellende Partei aufgrund eines Verstosses gegen Treu und Glauben,[1579] eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens[1580] oder eines fehlenden Rechtsschutzinteresses[1581] lediglich nicht mehr auf die Dringlichkeit berufen könne.

16 Unklar ist sodann auch der Begriff der relativen Dringlichkeit an sich. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass diese fehle, wenn die gesuchstellende Partei bei Einreichung des Massnahmegesuchs eine Zeitspanne habe verstreichen lassen, die wahrscheinlich für die Durchführung des ordentlichen Prozesses gereicht hätte.[1582] Andere stellen sich dagegen auf den Standpunkt, die relative Dringlichkeit fehle bereits dann, wenn das Hauptsacheverfahren vor bzw. nur unwesentlich nach dem Massnahmeverfahren rechtskräftig beendet gewesen wäre, sofern die gesuchstellende Partei das Hauptsacheverfahren eingeleitet hätte, sobald ihr

1576. Vgl. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.3; Schweizer, Verwirkung, S. 327.

1577. BPatGer S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 13.1 = sic! 2015, S. 177 ff. («nicht mehr dringlich»); für eine Verwirkung dagegen BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 14 = sic! 2019, S. 500 ff.; vgl. unter früherem Recht HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5d, s.a. E. 5f = sic! 2002, S. 353 ff.; vgl. ferner HGer ZH vom 14. Mai 1996 E. VI = ZR 95/1996 E. VI, wo sowohl mit Rechtsmissbrauch argumentiert wird als auch mit dem Wegfall des Tatbestandsmerkmals der Dringlichkeit; HGer ZH HG010444/N01 vom 24. Juli 2002 E. 2b/aa = sic! 2003, S. 511; Zürcher, S. 88 f.

1578. Für eine prozessuale Verwirkung nun auch Schweizer, Glaubhaftmachung, S. 6 Fn. 59; dagegen noch Schweizer, Verwirkung, S. 327; kritisch zum Begriff der prozessualen Verwirkung etwa Alder, S. 84.

1579. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3; BSK-Sprecher, N. 43 zu Art. 261 ZPO.

1580. CR-Bohnet, N. 12 zu Art. 261 ZPO; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; BSK-Rüetschi/Roth, N. 63 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 43 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 13 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 13 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner Rüetschi, S. 422; Schenker, S. 86 f.

1581. OGer ZH LF120077 vom 25. Februar 2013 E. 9; DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; im Ergebnis wohl auch Müller, S. 39.

1582. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3 und E. 6; OGer ZH LF160086 vom 2. März 2017 E. III.1; OGer ZH LF120077 vom 25. Februar 2013 E. 7a; HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.3 = ZR 111/2012 Nr. 63; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; SHK-Treis, N. 12 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 13 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner HGer ZH HG010444/B01 vom 24. Juli 2002 E. 2b/aa = sic! 2003, S. 511 ff.; HGer ZH vom 14. Mai 1996 E. VI = ZR 95/1996 Nr. 98; Zürcher, S. 88.

dies frühestens möglich gewesen wäre.[1583] Der Unterschied der beiden Ansichten liegt darin, dass es bei ersterer für die Bejahung der relativen Dringlichkeit genügt, wenn das Massnahmeverfahren innert der Dauer eines hypothetischen Hauptsacheverfahrens *eingeleitet* wurde, währendem bei letzterer das Massnahmeverfahren auch innert dieser Dauer *abgeschlossen* sein muss.

Für beide Auffassungen ist folglich die hypothetische Dauer des Hauptsacheverfahrens, für die zweite Auffassung auch die hypothetische Dauer des Massnahmeverfahrens zu bestimmen. Die hypothetische Verfahrensdauer ist dabei nach Lehre und Rechtsprechung konkret unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu eruieren und nicht anhand einer abstrakten Zeitspanne festzulegen.[1584] Nach wohl überwiegender Ansicht ist zudem ein allfälliges Rechtsmittelverfahren nur insoweit zu berücksichtigen, als diesem aufschiebende Wirkung zukomme, da für die relative Dringlichkeit nur entscheidend sei, bis wann die gesuchstellende Partei in einem Hauptsacheverfahren ein vollstreckbares Urteil hätte erstreiten können.[1585] Mit anderen Worten ist für die hypothetische Dauer des Hauptsacheverfahrens das Rechtsmittelverfahren i.d.R. dann zu berücksichtigen, wenn gegen den erstinstanzlichen Entscheid die Berufung offensteht (s. Art. 315 Abs. 1 ZPO), wogegen ein allfälliges bundesgerichtliches Verfahren i.d.R. nicht massgebend ist (s. Art. 103 Abs. 1 BGG). In Bezug auf die hypothetische Dauer des Massnahmeverfahrens ist ein allfälliges Rechtsmittelverfahren dagegen i.d.R. nicht von Bedeutung, da der Berufung gegen Massnahmeentscheide regelmässig keine aufschiebende Wirkung zukommt (s. Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). 17

Trotz der grundsätzlich konkreten Bestimmung der hypothetischen Verfahrensdauer bedient sich die Praxis regelmässig abstrakter Faustregeln: 18

1583 AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.4; BPatGer S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 13.1 = sic! 2015, S. 177 ff.; BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 13 = sic! 2019, S. 500 ff.; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; Schai, Rz. 207, 209; SHK-Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; Rüetschi, S. 422; HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5d = sic! 2002 S. 353 ff.

1584 AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.6; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; Schai, Rz. 208; Rüetschi, S. 425; Zürcher, S. 89.

Das *Bundespatentgericht* geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass das durchschnittliche ordentliche Verletzungsverfahren zwei Jahre, das auf Unterlassung gerichtete Massnahmeverfahren hingegen etwa acht bis zehn Monate daure.[1586] Daher sei der Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen prozessual verwirkt, wenn die gesuchstellende Partei mit der Geltendmachung rund 14 Monate von dem Zeitpunkt an, in dem ein ordentliches Verfahren hätte eingeleitet werden können, zuwarte.[1587] Auch die *kantonale Praxis* und die Lehre gehen für das Hauptsacheverfahren insb. in immaterialgüter- oder wettbewerbsrechtlichen Prozessen i.d.R. von einer Verfahrensdauer von rund zwei bis drei Jahren aus.[1588] Im Einzelfall ist indes Vorsicht geboten. So ging etwa das Handelsgericht des Kantons Bern auch schon von einer Verfahrensdauer des Hauptsacheverfahrens von eineinviertel Jahren (ohne Rechtsmittelverfahren) sowie des Massnahmeverfahrens von sieben Monaten aus.[1589]

19 Zu bestimmen ist für die relative Dringlichkeit sodann der frühestmögliche Zeitpunkt zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens. Dieser ist theoretisch dann, wenn die tatsächlichen Grundlagen des Anspruchs in einer Art und Weise vorliegen, dass ein rechtsgenügendes, dem Massnahmebegehren entsprechendes Hauptsachebegehren verfasst und begründet werden könnte.[1590] Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen des Hauptsacheverfahrens

---

1585 AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.6; BSK-Rüetschi/Roth, N. 63 zu Vor Art. 9-13a UWG; SHK-Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; vgl. unter früherem Recht Schlosser, S. 357; nicht vollständig klar, aber wohl dagegen HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.8 = CAN 2015 Nr. 36.

1586 BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 13 = sic! 2019, S. 500 ff.; siehe auch BPatGer S2019_001 vom 25. März 2019 E. 6; BPatGer S2019_004 vom 9. April 2019 E. 19.

1587 BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 13 = sic! 2019, S. 500 ff.; siehe auch BPatGer S2019_001 vom 25. März 2019 E. 6; BPatGer S2019_004 vom 9. April 2019 E. 19.

1588 KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.6; HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.3 = ZR 111/2012 Nr. 63; HGer ZH HE180089 vom 15. Mai 2018 E. 6; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; SHK-Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 43 zur Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 12 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner unter früherem Recht HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5d.bb = sic! 2002, S. 353 ff.; HGer SG HG.2002.32 vom 20. September 2002 = sic! 2003, S. 626 ff.; Schweizer, Verwirkung, S. 327; Zürcher, S. 89.

1589 HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.8 = CAN 2015 Nr. 36.

1590 AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.5; BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 14 = sic! 2019, S. 500 ff.; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; vgl. ferner unter früherem Recht HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5c = sic! 2002, S. 353 ff.; Rüetschi, S. 423.

strenger sind als jene des Massnahmeverfahrens, so dass eine weitere Abklärung des Sachverhalts, unter Umständen gar die Einholung eines Privatgutachtens,[1591] geboten sein kann. Immerhin muss verlangt werden, dass sich die gesuchstellende Partei redlich bemüht, den Sachverhalt zeitnah abzuklären. Nach verbreiteter Ansicht soll sodann die Frist der relativen Dringlichkeit gehemmt sein bzw. gar nicht zu laufen beginnen, solange die gesuchstellende Partei mit der Gesuchsgegnerin Vergleichsgespräche führt oder diese abmahnt.[1592] Strittig ist schliesslich, ob die gesuchstellende Partei Kenntnis von der (drohenden) Verletzung des Verfügungsanspruchs haben müsse oder ob bereits fahrlässige Unkenntnis genügen könne.[1593] Entscheidend muss m.E. wohl sein, ob die Einleitung des Hauptsacheverfahrens der gesuchstellenden Partei im entsprechenden Zeitpunkt nach Treu und Glauben im Einzelfall zumutbar gewesen wäre, so dass wohl jedenfalls sorgfaltswidrige Unkenntnis genügt.

ii. Würdigung und Stellungnahme

Mit dem Erfordernis der relativen Dringlichkeit entfernte sich das Bundesgericht[1594] von der ursprünglich aus Deutschland[1595] eingeführten Konzeption der Dringlichkeit,[1596] wonach für die Dauer des erlaubten Zuwartens – freilich unter Würdigung des Einzelfalls – vor allem die Zeit zur Vorbereitung des Massnahmegesuchs massgebend war.[1597] Unter diesem Gesichtspunkt wurden auch in der Schweiz damals «Regelverwirkungsfristen» von einem bis zu drei Monaten vertreten,[1598] die auch heute noch der 20

1591 AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.5; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; BSK-Sprecher, N. 44 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht HGer ZH vom 8. März 1978 E. 3 = ZR 77/1978 Nr. 9; Alder, S. 84 f.; Rüetschi, S. 425; Schenker, S. 87; Schlosser, S. 356.

1592 AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.5; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; BSK-Sprecher, N. 44 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 85; Rüetschi, S. 425; Schenker, S. 87; Schlosser, S. 356; Youssef-Streuli, S. 308.

1593 Für tatsächliche Kenntnis SHK-Treis, N. 13 zu Art. 261 ZPO; ferner Alder, S. 84; fahrlässige Unkenntnis für ausreichend haltend BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 14 = sic! 2019, S. 500 ff.; ferner HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5c/dd = sic! 2002, S. 353 ff.; Rüetschi, S. 423 f.; Youssef-Streuli, S. 308; Zürcher, S. 89; vgl. zur Verwirkung materieller Ansprüche BGE 117 II 575 E. 4b.

1594 BGer vom 6. Oktober 1981 E. 3 = SMI 1983, S. 148.

1595 Vgl. zu den diesbezüglichen Zusammenhängen Alder, S. 83.

1596 David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 620 f.

1597 Siehe Schenker, S. 87.

1598 Ernst, S. 57; Schenker, S. 87; vgl. auch Müller, S. 38; Schlosser, S. 355.

geltenden Rechtslage in Deutschland entsprechen.[1599] Die schweizerischen Fristen unter dem Konzept der relativen Dringlichkeit sind demnach viel grosszügiger. Begründet wird das Konzept der relativen Dringlichkeit mit dem Zweck des vorsorglichen Rechtsschutzes. Dieser diene der Abwehr von Nachteilen aufgrund der langen Dauer des Hauptsacheverfahrens, verfolge aber nicht das Ziel, die Entstehung weiterer Nachteile über den Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus zu beseitigen. Seine Funktion sei daher auf den Zeitpunkt des (hypothetischen) Eintritts der Vollstreckbarkeit des Hauptsacheentscheids beschränkt, da es nicht in der Hand der gesuchstellenden Partei liegen dürfe, diesen Zeitpunkt durch ihr (rechtsmissbräuchliches) Zuwarten zu verschieben, weil die Interessen der Gesuchsgegnerin durch die Erleichterungen des Massnahmeverfahrens beeinträchtigt seien.[1600] Diesen Überlegungen ist zuzustimmen. Bei Lichte betrachtet wird indes m.E. dieses Anliegen, unabhängig davon, welchem Begriff der relativen Dringlichkeit man folgen mag, durch deren Konzeption gerade nicht bzw. nicht ausreichend verwirklicht. Geht man davon aus, dass nur das Massnahmegesuch innerhalb der Dauer eines hypothetischen Hauptsacheverfahrens eingereicht werden müsse, so ist begriffsimmanent, dass der Massnahmeentscheid erst nach dem Abschluss des hypothetischen Hauptsacheverfahrens ergehen könnte. Die in diesem Fall angeordneten Massnahmen würden die gesuchstellende Partei also gerade auch vor Nachteilen schützen, die erst nach dem hypothetischen Abschluss des Hauptsacheverfahrens eintreten bzw. sich vergrössern. Ähnliches gilt aber auch dann, wenn man verlangt, dass auch das Massnahmeverfahren innerhalb des hypothetischen Hauptsacheverfahrens abgeschlossen sein müsse, insb. wenn der Abschluss des Massnahmeverfahrens und jener des hypothetischen Hauptsacheverfahrens nahe beieinander liegen. Anders wäre es wohl nur, wenn – was in der Praxis soweit ersichtlich nicht geschieht – Art. 268 Abs. 2 ZPO dahingehend ausgelegt würde, dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen auf die Dauer des hypothetischen Hauptsacheverfahrens zu befristen wären. Die relative Dringlichkeit bevorzugt folglich die gesuchstellende Partei, ohne dass dafür eine Rechtfertigung bestünde.

21 M.E. sollte der Begriff der relativen Dringlichkeit daher aufgegeben werden. Vielmehr sollte zur zeitlichen Dringlichkeit (im objektiven Sinne) eine

subjektive Dringlichkeit als Tatbestandsmerkmal treten. Die subjektive Dringlichkeit fehlt dabei, wenn aus dem Verhalten der gesuchstellenden Partei hervorgeht, dass es ihr nicht eilig ist.[1601] Dies ist u.a. dann anzunehmen, wenn die gesuchstellende Partei mit der Einleitung des Massnahmeverfahrens längere Zeit zuwartet, obwohl ihr die Verletzungshandlung bzw. die drohende Verletzung bekannt ist oder nach Treu und Glauben bekannt sein konnte bzw. musste. Denn angesichts der strukturellen Bevorzugung der gesuchstellenden Partei im Massnahmeverfahren kann von ihr mit Blick auf die Interessen der Gesuchsgegnerin durchaus verlangt werden, dass sie das Massnahmeverfahren möglichst unmittelbar einleitet. Die zulässige Dauer des Zuwartens muss freilich im Einzelfall festgelegt werden. Ausgangspunkt muss die Zeit sein, die die gesuchstellende Partei nach Treu und Glauben für die Vorbereitung des Massnahmegesuchs benötigt.[1602] Im Einzelfall sind dabei die rechtliche und tatsächliche Komplexität des Falles (insb. die Zeit für die notwendigen Abklärungen), Vergleichsbemühungen oder aussergerichtliche Abmahnungsversuche zu berücksichtigen. Ohne besondere Umstände dürfte aber eine Frist von drei Monaten ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen die Obergrenze bilden. Die dogmatische Abstützung auf Tatbestandebene ist vorzuziehen, weil im blossen Zuwarten kaum ein Rechtsmissbrauch erblickt werden kann.[1603] Zudem hätte es den Vorteil, dass die subjektive Dringlichkeit grundsätzlich durch die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen wäre.

3. Drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

a. Allgemeines und Begriff des Nachteils

Als Nachteil gilt jede rechtliche oder tatsächliche Beeinträchtigung der gesuchstellenden Partei in ihrer materiellen Rechtsstellung.[1604] Die Nachteile können materieller, d.h. wirtschaftlicher, oder immaterieller Natur sein und 22

1599 Ausführlich zur Praxis der deutschen Gerichte, Beck-KUKO-Köhler, N. 2.15b zu § 12 dUWG; allgemein zur dZPO siehe auch BeckOK-Mayer, N. 17 zu § 935 dZPO; MüKo-Drescher, N. 19 zu § 935 dZPO.

1600 Rüetschi, S. 422.

1601 Vgl. zu dieser Wortwendung Beck-KUKO-Köhler, N. 2.15 zu § 12 dUWG sowie die dortigen Hinweise.

1602 Vgl. unter früherem Recht Schenker, S. 87.

1603 Vgl. auch DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; kritisch wohl auch David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; vgl. unter früherem Recht Rüetschi, S. 420, dagegen aber auch S. 423; Zürcher, S. 89.

gar aus dem blossen Zeitablauf des Prozesses entstehen.[1605] Insoweit unterscheidet sich der Nachteil i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO vom Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO[1606] und Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG[1607]. Der Nachteil muss noch drohen, d.h. einerseits darf er noch nicht zur Gänze eingetreten sein und andererseits muss er aufgrund objektiver Anhaltspunkte glaubhaft sein.[1608] Die blosse Möglichkeit eines Nachteils genügt nicht. Ebenso darf sich die gesuchstellende Partei nicht mit der blossen Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs oder pauschalen Hinweisen auf Vorteile der Gesuchsgegnerin begnügen, sondern hat den (nicht leicht wiedergutzumachenden) Nachteil rechtsgenüglich darzutun.[1609] Eine «Nachteilsvermutung» besteht in diesem Sinne nicht.[1610]

b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Besonderen

23 Der hiervor beschriebene Nachteil muss nach dem Wortlaut des Gesetzes qualifizierter Natur,[1611] d.h. durch ein späteres, positives Prozessergebnis nicht leicht wiedergutzumachen sein.[1612] Ein Verzicht auf dieses qualifizierende Element, wie ihn die Lehre vereinzelt mit der Begründung indiziert, dass es Sinn der Rechtsordnung sei, Nachteile soweit möglich zu vermeiden,[1613] ist bereits deshalb dezidiert abzulehnen, weil sich diese Auffassung ohne nähere

---

1604 BGE 138 III 378 E. 6.3 = Pra 102 (2013) Nr. 6 wonach der Nachteil im Massnahmeverfahren aber hauptsächlich tatsächlicher Natur sei; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 8 zu Art. 261 ZPO; BK-Güngerich, N. 34 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 17; Schai, Rz. 187; DIKE Komm.-Zürcher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht vergleichend Berti, S. 192 ff. Rz. 32; Ziegler, S. 49 ff.

1605 BGE 138 III 378 E. 6.3 = Pra 102 (2013) Nr. 6; vgl. auch AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 2.1; Botschaft ZPO, S. 7354; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 8 zu Art. 261 ZPO; Schai, Rz. 187.

1606 BGE 138 III 378 E. 6.3 = Pra 102 (2013) Nr. 6.

1607 BGE 142 III 798 E. 2.2 = Pra 107 (2018) Nr. 28.

1608 KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.2; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 2.1; HGer ZH HG140234 vom 4. Dezember 2014 E. 6.4 = ZR 115/2016 Nr. 5; BK-Güngerich, N. 35 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 17; DIKE Komm.-Zürcher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; vgl. Berti, S. 197 Rz. 35; vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung eingehend hiernach II.D.

1609 KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.2; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 2.1; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 613; BSK-Sprecher, N. 30 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 86 ff.; Zürcher, S. 102.

1610 In diesem Sinne zum früheren Recht auch Alder, S. 88.

1611 Leupold, S. 267; Schai, Rz. 187.

1612 BK-Güngerich, N. 36 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 16; BSK-Sprecher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 7 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Vogel, S. 96.

Begründung über den klaren Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO hinwegsetzt. Im Übrigen verkennt sie, dass im Massnahmeverfahren das Bestehen des Verfügungsanspruchs aufgrund beschränkter Beweismittel nur glaubhaft sein muss und insoweit ein Risiko besteht, dass die vorsorgliche Massnahme zu Unrecht angeordnet werden könnte. Es wäre untragbar, der Gesuchsgegnerin dieses Risiko aufzubürden (und sie ihrerseits auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch nach Art. 264 ZPO zu verweisen), obwohl der gesuchstellenden Partei beim Unterbleiben der vorsorglichen Massnahmen keine nennenswerten Nachteile entstehen.[1614]

Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil wird bejaht, wenn er nicht oder nicht vollständig oder vollwertig durch Geld ausgeglichen werden kann.[1615] Strittig ist in Lehre und Rechtsprechung, ob bedrohte Realerfüllungsansprüche *per se* einen solchen Nachteil begründen oder ob durch Geldleistung gestützt auf vertragliche, ausservertragliche oder bereicherungsrechtliche Ansprüche bzw. die Geschäftsführung ohne Auftrag eine vollumfängliche Wiedergutmachung erzielt werden könne, so dass eine vorsorgliche Massnahme ein besonderes Interesse an der Realerfüllung voraussetze. 24

Die Befürworter der ersteren Auffassung leiten aus Art. 97 OR einen unbedingten materiell-rechtlichen Anspruch auf Realerfüllung ab, den es mittels vorsorglicher Massnahmen zu sichern gelte. Schadenersatz könne als sekundäre Leistung *per se* keine vollumfängliche Wiedergutmachung darstellen.[1616] Die gegenteilige Auffassung hält dafür, dass die Berechtigung in der Hauptsache im Massnahmeverfahren angesichts des reduzierten Beweismasses und der Beweismittelbeschränkung letztlich noch ungewiss sei 25

1613. BSK-Sprecher, N. 38a zu Art. 261 ZPO, «*Wenn hingegen zwar ein Nachteil entsteht, später aber wiedergutgemacht werden könnte, wäre dem Buchstaben von Art. 261 Genüge getan. Es kann aber nicht Sinn der Rechtsordnung sein, die Vermeidung eines Nachteils bewusst zu unterlassen, um dann den Benachteiligten auf den Schadenersatzanspruch zu verweisen. Vorsorgliche Massnahmen sollen vielmehr dazu dienen, Nachteile gar nicht erst entstehen zu lassen*».

1614. In diesem Sinne zutreffend bereits unter früherem Recht Gloor, S. 74.

1615. Alder, S. 86; Leupold, S. 267; Meier, Rechtsschutz, S. 140; Schenker, S. 53; Stach, S. 122; Vogel, S. 96.

1616. BK-Güngerich, N. 37 zu Art. 261 ZPO; vgl. OFK-Rohner, N. 8 zu Art. 261 ZPO; D. Staehelin, in: Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 22 Rz. 10; DIKE Komm.-Zürcher, N. 29 zu Art. 261 ZPO; ferner Berti, S. 197 f. Rz. 36; Hasenböhler, Verfügung, S. 16 f.; Kofmel Ehrenzeller, S. 39; Stach, S. 122 f.

und insoweit kein absoluter Anspruch auf Realerfüllung bestehen könne. Diese Ungewissheit müsse zu Lasten der gesuchstellenden Partei gehen, so dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nur angenommen werden könne, wenn (glaubhaft) ein besonderes Interesse an der Realerfüllung bestehe.[1617] Zudem habe der Anspruch auf Realerfüllung ohnehin Grenzen, da auch nach einem Erkenntnisurteil in allerletzter Instanz nur ein Schadenersatzanspruch erzwingbar bleibe.[1618] Das Bundesgericht seinerseits hat sich in einem älteren Entscheid zunächst auf den Standpunkt gestellt, dass ein entgangener Gewinn, der mittels Schadenersatzklage geltend gemacht werden könne, keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil begründe.[1619] In späteren Entscheiden hat es diese Auffassung immerhin noch als vertretbar bzw. nicht willkürlich bezeichnet,[1620] kurz darauf aber jedenfalls in Bezug auf immaterielle Ansprüche mindestens implizit verworfen.[1621]

26 Überzeugender erscheint es m.E., ein besonderes Interesse an der Realerfüllung zu verlangen, da jeder Rechtsanspruch und jeder Aufschub der Realerfüllung mit einem nicht unerheblichen Risiko der Nichterfüllung behaftet ist, so dass darin angesichts der Benachteiligung der Gesuchsgegnerin im Massnahmeverfahren kein hinreichend gewichtiger nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gesehen werden kann.[1622] Indes zeitigt der dogmatische Streit in der Praxis soweit ersichtlich kaum praktische Auswirkungen. Dies liegt m.E. wohl primär daran, dass die Vertreter des Erfordernisses eines besonderen Interesses an der Realerfüllung dieses regelmässig in denjenigen Fällen bejahen, in denen die Vertreter des unbedingten Realerfüllungsanspruchs die Verweisung auf den sekundären (Geld-)Anspruch als besonders stossend erachten, nämlich u.a. bei immateriellen Nachteilen bzw. Interessen, bei Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs, bei Beweisschwierigkeiten und bei zweifelhafter Solvenz der Gesuchsgegnerin.[1623] Dennoch bleibt die Nachteilsdiskussion in

1617. Phurtag, Rz. 18; Schai, Rz. 189 ff.; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 86 Fn. 193 und S. 90; Giacomini, S. 476; Guldener, S. 578 Fussnote 23c); Leupold, S. 269; Meier, Rechtsschutz, S. 293.

1618. Dies ausdrücklich hervorhebend Giacomini, S. 476.

1619. BGer, SMI 1968, 48 E. 8a und 8b, insoweit nicht publiziert in BGE 94 I 8; s.a. BGE 108 II 228 E. 2b.

1620 BGE 108 II 228 E. 2b, mit Hinweis auf BGE 94 I 11 und weitere einschlägige Präjudizien.

1621. BGE 114 II 368 E. 2a («absoluter Anspruch auf Unterlassung»).

1622 Phurtag, Rz. 18; Schai, Rz. 189; vgl. unter früherem Recht Leupold, S. 268.

der Praxis eine delikate Angelegenheit, die mit einem gewissen Ermessen des Gerichts einhergeht.[1624]

Im Folgenden soll – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine kurze Übersicht über die neuere Praxis gegeben werden. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil wurde etwa bejaht bei der Verletzung von absoluten bzw. immateriellen Rechten,[1625] bei Beweisschwierigkeiten betr. den Nachweis des Schadens bzw. der Kausalität,[1626] bei Marktverwirrung,[1627] bei zweifelhafter Solvenz der Gesuchsgegnerin,[1628] bei drohendem Verlust eines Hauptbeweismittels,[1629] bei «drohender Mühewaltung» nach Auszahlung des Garantiebetrags einen Prozess zu führen[1630] oder bei erheblicher Einschränkung in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit.[1631] Dagegen befanden die Gerichte in zahlreichen Fällen auch, dass ein konkreter Nachteil nicht rechtsgenüglich behauptet bzw. glaubhaft gemacht worden sei.[1632] In einzelnen Fällen wurde sodann ein Nachteil aufgrund einer Schadloshaltungserklärung verneint.[1633] 27

1623 Vgl. als Vertreter des Erfordernisses des besonderen Interesses Alder, S. 86 ff.; Leupold, S. 269 ff.; Phurtag, Rz. 18; Schai, Rz. 189 ff.; dazu im Vergleich Berti, S. 197 f. Rz. 36.

1624 Vgl. auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 23 zu Art. 261 ZPO.

1625 Vgl. HGer ZH HE150065 vom 5. Mai 2015 E. 3.3, 3.3.3 = ZR 114/2015 Nr. 72; HGer ZH HE140296 vom 18. September 2014 E. 4.9 = ZR 114/2015 Nr. 19; HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.7 = ZR 111/2012 Nr. 63; ferner BGE 114 II 368 E. 2a; RegGer BE Z 03 2628 vom 11. Juni 2003 E. 3.13 = sic! 2004, S. 31 ff.

1626 Vgl. BPatGer S2016_009 vom 4. Juli 2017 E. 3.8 = sic! 2017, S. 745 ff.; BPatGer S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 12, E. 12.4 = sic! 2015, S. 177 ff.; BPatGer S2013_004 vom 12. Mai 2014 E. 4.7; HGer ZH HE180089 vom 15. Mai 2018 E. 6; HGer ZH HE170272 vom 2. November 2017 E. 4 = ZR 117/2018 Nr. 51; HGer ZH HE150183 vom 15. September 2015 E. 6, E. 6.3 = ZR 115/2016 Nr. 16; HGer ZH HE140407 vom 27. Juli 2015 E. 7.4.3 = ZR 115/2016 Nr. 7; HGer ZH HE150065 vom 5. Mai 2015 E. 3.3, E. 3.3.3 = ZR 114/2015 Nr. 72; ferner unter früherem Recht RegGer BE Z 03 2628 vom 11. Juni 2003 E. 3.13 = sic! 2004, S. 31 ff.

1627 Vgl. etwa HGer ZH HE150183 vom 15. September 2015 E. 6, insb. E. 6.3 = ZR 115/2016 Nr. 16; HGer ZH HE140407 vom 27. Juli 2015 E. 7.4.3 = ZR 115/2016 Nr. 7; der blosse Hinweis auf eine Marktverwirrung genügt aber nicht, diese muss substanziell dargelegt werden; siehe zur ungenügenden Darlegung etwa KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 8; OGer ZG vom 10. Januar 2012 E. 4.1 = GVP 2012, S. 136 ff.

1628 Vgl. etwa HGer ZH HE180084 vom 8. November 2018 E. 6.4 = ZR 118/2019 Nr. 9 (als Eventualargument).

1629 Vgl. etwa HGer ZH HE160041 vom 19. April 2016 E. 4.4 = ZR 115/2016 Nr. 66.

1630 Vgl. etwa HGer ZH HE14055 vom 26. März 2014 = ZR 114/2015 Nr. 17; siehe dagegen auch (verneinend) HGer ZH HE130212 vom 31. Juli 2013 E. 12 = ZR 112/2013 Nr. 68.

1631 Vgl. etwa OGer ZH NG130009 vom 25. Juni 2013 E. 3.4 = mp 2015, S. 122 ff.

c. Verhältnismässigkeitsprinzip: Interessenabwägung mit Nachteilen der Gesuchsgegnerin?

i. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung

28 Umstritten ist, inwieweit die Nachteile der Gesuchsgegnerin im Rahmen der Nachteilsprognose für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zu berücksichtigen sind.

29 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist schwankend. In älteren patentrechtlichen Entscheiden führte das Bundesgericht an, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Massnahme getroffen werden müsse, «*gleichgültig ob und wie schwer sie den Gesuchsgegner benachteiligen könnte*».[1634] Der möglichen Benachteiligung der Gesuchsgegnerin trage das Gesetz nur dadurch Rechnung, dass das Gericht eine Sicherheitsleistung der gesuchstellenden Partei (heute Art. 264 Abs. 1 ZPO) verlangen könne. Nichts hindere das Gericht daran, die Sicherheit so hoch zu bestimmen, dass nach dem Hauptsacheverfahren der volle Schaden ersetzt werden könne.[1635] Eine eigentliche Nachteilsabwägung würde die gesetzliche Ordnung ins Gegenteil verkehren.[1636] Nur zwei Jahre nach der Bestätigung dieser Rechtsprechung hielt das Bundesgericht in einer lauterkeitsrechtlichen Streitigkeit jedoch dafür, dass bei einem Begehren um vorläufige Aufhebung einer Liefersperre die Interessen bzw. die Nachteile der Parteien sorgfältig gegeneinander abzuwägen seien, ohne dass es das damit verbundene Abweichen von seiner bisherigen Rechtsprechung eingehend begründet hätte.[1637] Das Erfordernis einer umfassenden Interessen- bzw. Nachteilsabwägung wurde später betreffend ein arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot[1638] sowie sodann in

---

1632 Vgl. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 8; BZGer ZH MB190003 vom 17. Januar 2019 E. 5.3 = ZMP 2019 Nr. 4; OGer ZG vom 10. Januar 2012 E. 4.1 = GVP 2012, S. 136 ff.; HGer ZH HE160154 vom 15. August 2016 = ZR 115/2016 Nr. 65; HGer ZH HE140128 vom 17. April 2014 E. 10 = ZR 114/2015 Nr. 28; HGer ZH HE130244 vom 2. September 2013 E. 4 f. = ZR 113/2014 Nr. 33; HGer ZH HE130212 vom 31. Juli 2013 E. 12 = ZR 112/2013 Nr. 68; HGer ZH HG010444/B01 vom 24. Juli 2002 E. 2b/bb = sic! 2003, S. 511.

1633 Vgl. etwa HGer ZH HE110665 vom 5. Januar 2012 E. 7 = ZR 111/2012 Nr. 61.

1634 BGE 94 I 8 E. 5; bestätigt in BGE 106 II 66 E. 5b.

1635 BGE 94 I 8 E. 5; bestätigt in BGE 106 II 66 E. 5b.

1636 BGE 106 II 66 E. 5b.

1637 BGE 108 I 8 E. 2c; auf den abweichenden BGE 94 I 8 verwies das Bundesgericht nur in anderem Kontext.

1638 BGE 131 III 473 E. 3.2 = Pra 95 (2006) Nr. 32.

allgemeiner Weise bestätigt, da nicht einzusehen sei, weshalb die Nachteilsprognose in unterschiedlichen Rechtsgebieten nach verschiedenen Regeln erfolgen sollte.[1639] Immerhin in letzterem Entscheid fühlte sich das Bundesgericht dazu veranlasst, sich zur abweichenden früheren Rechtsprechung zu äussern. Es führte aus, dass im vorliegenden Fall, anders als in den früheren patentrechtlichen Entscheiden, eine vertragliche Bindung zwischen den Parteien bestehe und es überdies um eine vorläufige Vollstreckung gehe.[1640] Ob das Bestehen eines Vertragsverhältnisses für die Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes tatsächlich relevant sein kann, ist m.E. eher zweifelhaft.[1641] Jedenfalls ging es aber auch bei den patentrechtlichen Entscheiden im Kern um eine vorläufige Vollstreckung, nämlich des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs. In seiner jüngsten Rechtsprechung zur ZPO geht das Bundesgericht betreffend eine markenrechtliche Streitigkeit wiederum davon aus, dass eine Nachteilsabwägung aufgrund der Möglichkeit, die gesuchstellende Partei zur Sicherheitsleistung zu verpflichten, nicht erforderlich sei. «*Il suffit que la partie requérante risque un préjudice difficilement réparable (...); il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit plus important ou plus vraisemblable que celui qu'encourrait la partie adverse au cas où les mesures requises seraient ordonnées.*»[1642]

Angesichts dieser schwankenden höchstgerichtlichen Rechtsprechung 30
erstaunt nicht, dass die Frage auch in der Lehre und der kantonalen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet wird. Ein erheblicher Teil der Lehre verlangt im Rahmen der Nachteilsprognose eine Abwägung der Nachteile der gesuchstellenden Partei bei Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahmen mit jenen der Gesuchsgegnerin bei Anordnung der vorsorglichen Massnahmen.[1643] Nuancierte Unterschiede bestehen dabei

1639 BGer 4A_367/2008 vom 14. November 2008 E. 4.2 = sic! 2009, S. 159 ff.

1640 BGer 4A_367/2008 vom 14. November 2008 E. 4.2 = sic! 2009, S. 159 ff.

1641 Zu Recht ähnlich kritisch DIKE Komm.-Zürcher, N. 33 zu Art. 261 ZPO.

1642 BGE 139 III 86 E. 5 = Pra 103 (2014) Nr. 69.

1643 Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 51 Rz. 272; Meier/Giudici/Hamburger/Müller/Scheiwiller/Schindler, S. 245 ff.; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 9 zu Art. 261 ZPO; Leuenberger/Uffer Tobler, Rz. 11.194; D. Staehelin, in: Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 22 Rz. 13a; grundlegend unter früherem Recht Meier, Rechtsschutz, S. 229 ff.; Schenker, S. 68 ff.; vermittelnd Berti, S. 225 Rz. 97; Gessler, S. 295 f., der indes auf praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung hinweist; Kofmel Ehrenzeller, S. 39, S. 288 ff.; Leupold, S. 272 f.; Meier, FS Walder, S. 70; grundsätzlich auch Stach, S. 135 f.

unter anderem dahingehend, ob alle Nachteile oder nur nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile bei der Nachteilsprognose zu berücksichtigen seien.[1644] Teilweise wird sodann die Interessen- bzw. Nachteilsabwägung dogmatisch in einer eigenständigen Anordnungsvoraussetzung der «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» und nicht in der Nachteilsprognose verankert.[1645] Zur Begründung einer umfassenden Interessen- bzw. Nachteilsabwägung wird im Wesentlichen mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 2 BV) bzw. dem daraus konkretisierten Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV) sowie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV sowie Art. 36 Abs. 3 BV) argumentiert. Diese Grundsätze verlangten, dass auch im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes stets nach einem Ausgleich der Interessen zwischen der gesuchstellenden Partei und der Gesuchsgegnerin gesucht werde.[1646] Ferner sei die umfassende Interessenabwägung als Korrelat zur strukturellen Verminderung der Richtigkeitsgarantie im Massnahmeverfahren zu sehen.[1647] Dagegen stellt sich ein anderer Teil der Lehre auf den Standpunkt, dass im Rahmen der Anspruchsprüfung keine umfassende Interessenabwägung bzw. Nachteilsabwägung stattfinde, sondern die Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne der Notwendigkeit und der Erforderlichkeit erst auf der Stufe der inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahme von Relevanz sei.[1648] Zur Begründung führen deren Vertreter an, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche umfassende Interessen- bzw. Nachteilsabwägung fehle.[1649] Die Statuierung einer umfassenden Abwägung führe zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Vermischung von Anordnungsvoraussetzungen und Ausgestaltung der Massnahme. Sofern ein Verfügungsanspruch und ein

1644 Für alle Nachteile etwa Meier, Rechtsschutz, S. 230; dagegen etwa Schenker, S. 69.

1645 Schai, Rz. 216 ff.; wohl auch Phurtag, Rz. 24 ff.; im Ergebnis wohl auch BSK-Sprecher, N. 33 zu Art. 261 ZPO sowie N. 49 zu Art. 262 ZPO.

1646 KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 2 und N. 9 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Kofmel Ehrenzeller, S. 421 und S. 500; Meier, Rechtsschutz, S. 213 f.; Schenker, S. 67 f.

1647 Leupold, S. 273.

1648 Stauber, S. 603 ff.; vgl. allgemein kritisch zur Betonung des Verhältnismässigkeitsprinzips bzw. der Interessenabwägung DIKE Komm.-Domej, N. 93 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Rüetschi/Roth, N. 58 zu Vor Art. 9-13a UWG; DIKE Komm.-Zürcher, N. 33 ff. zu Art. 261 ZPO; kritisch bei der Verletzung absoluter Rechte SHK-Treis, N. 18 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 132 ff., insb. S. 134; Brunner, S. 20 f.; Ernst, S. 83 f.; Gloor, S. 96 und S. 115 f.; Lutz, S. 328, der eine Berücksichtigung in der Regel ablehnt; Vogel, S. 97 f.; Zürcher, S. 246 ff.

Verfügungsgrund vorlägen, komme dem Gericht kein Entschliessungsermessen mehr zu.[1650] Schliesslich kranke die Methode einer umfassenden Nachteilsprognose auch an fehlender Praktikabilität, da die Quantifizierung von Nachteilen bzw. das Abwägen von Nachteilen nur zu einer «Scheingenauigkeit» führe und das Massnahmeverfahren erheblich aufblähe.[1651]

ii. Würdigung und Stellungnahme

Vereinzelt wird der dogmatische Streit als «nicht praktischer Natur» bezeichnet.[1652] Dies ist m.E. nur bezüglich der Frage richtig, ob man die umfassende Interessen- bzw. Nachteilsabwägung als Teil der Nachteilsprognose oder als selbstständige Anordnungsvoraussetzung der «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» betrachtet.[1653] Durchaus von praktischer Relevanz ist dagegen die Frage, ob man eine umfassende Interessen- bzw. Nachteilsabwägung als Massnahmevoraussetzung fordert oder ob man die Interessen der Gesuchsgegnerin nur bei der inhaltlichen Ausgestaltung im Rahmen einer auf Eignung und Erforderlichkeit beschränkten Verhältnismässigkeitsprüfung, d.h. ohne eine Prüfung der Zumutbarkeit bzw. der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, berücksichtigt. 31

Nach dem Wortlaut des Gesetzes trifft das Gericht «die notwendigen vorsorglichen Massnahmen» (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Notwendig ist eine Massnahme nach der Botschaft, wenn sie in zeitlicher sowie sachlicher Hinsicht geeignet und erforderlich ist, um den (nicht leicht wiedergutzumachenden) Nachteil der gesuchstellenden Partei zu verhindern bzw. deren glaubhaft gemachten Anspruch zu schützen.[1654] Die Botschaft verweist dafür auf die älteren patentrechtlichen Entscheide, die keine 32

1649 DIKE Komm.-Domej, N. 93 zu Vor Art. 9-13a UWG; Stauber, S. 604; etwas zurückhaltender nun DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO, wonach das Element dem Gesetzestext in dieser Pointiertheit nicht entnommen werden könne; ferner unter früherem Recht Alder, S. 134 f.; Brunner, S. 20; Zürcher, S. 247.

1650 Stauber, S. 604; wohl auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO; ferner bereits Alder, S. 134.

1651 Zürcher, S. 247; ferner Brunner, S. 25; vgl. auch Meier, FS Walder, S. 70 Fn. 14, der praktische Schwierigkeiten als einzig vorstellbares Gegenargument anerkennt.

1652 BSK-Sprecher, N. 33 zu Art. 261 ZPO.

1653 Wahrscheinlich nur dies vor Augen BSK-Sprecher, N. 33 zu Art. 261 ZPO sowie N. 49 zu Art. 262 ZPO.

1654 Botschaft ZPO, S. 7354; siehe auch Stauber, S. 604.

umfassende Nachteils- bzw. Interessenabwägung verlangten.[1655] Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung der Nachteile bzw. Interessen der Gesuchsgegnerin auf Ebene der Anordnungsvoraussetzungen oder für ein eigentliches Entschliessungsermessen des Gerichtes bietet die ZPO nicht.[1656] Im Gegenteil ist systematisch zu beachten, dass Art. 261 Abs. 1 ZPO anders als Art. 266 lit. c ZPO bei Massnahmen gegen Medien die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit (jedenfalls im engeren Sinne) gerade nicht positivrechtlich normiert.[1657]

33 Aus teleologischer Sicht dienen vorsorgliche Massnahmen der Sicherung der Durchsetzung des materiellen Rechts mit Blick auf die Verfahrensdauer des Hauptsacheverfahrens. Dabei ist zu bedenken, dass es nach einem durchgeführten Hauptsacheverfahren im Grundsatz irrelevant ist, wie schwer der Hauptsacheentscheid die Gesuchsgegnerin in ihrer Rechtsstellung trifft bzw. im schlimmsten Fall gar ihre Existenz gefährdet. Freilich mag man nun einwenden, dass der materielle Anspruch der gesuchstellenden Partei im summarischen Massnahmeverfahren nur mit herabgesetztem Beweismass und Beweismittelbeschränkung geschützt wird. Dies ist zwar an sich richtig, doch wird mit dem Massnahmeentscheid funktionell über die Tragung des «Nachteilsrisikos» für die Dauer eines Hauptsacheverfahrens entschieden.[1658] Die gegenteilige Betrachtungsweise führte zudem zu einer gravierenden Aushöhlung des vorsorglichen Rechtsschutzes, indem gerade bei wirtschaftlich bedeutenden Verletzungshandlungen (deren Untersagung für die verletzende Partei i.d.R. wohl auch existenzgefährdend ist) eine vorsorgliche Massnahme i.d.R. unterbliebe.[1659] Im Grundsatz ist daher m.E. derjenigen Auffassung beizutreten, die von einer umfassenden Interessenabwägung auf der Ebene der Anordnungsvoraussetzungen absieht und die Verhältnismässigkeit, beschränkt auf Eignung und Erforderlichkeit, bzw. die Interessen der Gesuchsgegnerin nur auf der Ebene der inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahme berücksichtigt.[1660]

1655 Botschaft ZPO, S. 7354 Fussnote 196; dies bereits zutreffend erkennend Stauber, S. 604.

1656 Stauber, S. 604; vgl. auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO.

1657 Ebenso Stauber, S. 604.

1658 Treffend Alder, S. 132.

1659 DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO.

1660 In krassen Fällen mag man die vorsorgliche Massnahme aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbot verweigern. Dies sollte indes mit äusserster Zurückhaltung erfolgen, s. DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO.

D. Prüfung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund durch das Gericht

1. Allgemeines

Die gesuchstellende Partei hat den Verfügungsanspruch und den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Im kontradiktorischen Massnahmeverfahren muss auch die Gesuchsgegnerin ihre Einreden und Einwendungen nur glaubhaft machen.[1661] Es gilt die allgemeine Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB, die sog. «Glaubhaftmachungslast».[1662] Deren Bedeutung dürfte aufgrund des reduzierten Beweismasses indes geringer sein, da eine «Glaubhaftmachungslastentscheidung» nur bei identischen Wahrscheinlichkeitsgraden der geltend gemachten rechtserheblichen Tatsachen denkbar ist.[1663] 34

Da das Massnahmeverfahren ein summarisches Verfahren ist (Art. 248 lit. d ZPO), können die Parteien zur Glaubhaftmachung grundsätzlich nur Urkunden verwenden (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 2 ZPO). Insbesondere bei technischen Fragen wird das Gericht bei fehlender eigener Sachkunde indes regelmässig sachverständigen Rat in Form eines Kurzgutachtens einholen müssen.[1664] 35

2. Begriff der Glaubhaftmachung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Tatsache glaubhaft, wenn das Gericht aufgrund objektiver Gesichtspunkte der Ansicht ist, dass sich die geltend gemachte Tatsache auch tatsächlich so verwirklicht hat, selbst 36

1661 DIKE Komm.-Zürcher, N. 16 zu Art. 261 ZPO; s.a. zum Immaterialgüterrecht Willi, S. 215 ff., 218 ff.; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 102; Hasenböhler, Verfügung, S. 34; Meier, Rechtsschutz, S. 147; Stach, S. 138; Zürcher, S. 55; vgl. BGE 132 III 83 E. 3.2 (betr. den Einwand eines ungültigen Patents).

1662 BSK-Sprecher, N. 58 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 8 zu Art. 261 ZPO; s.a. zum Immaterialgüterrecht Willi, S. 218 ff.; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 102; Schenker, S. 47; Zürcher, S. 55.

1663 Vgl. zum früheren Recht Alder, S. 102 f.; ferner auch Orlando, S. 89 ff.

1664 BGE 137 III 324 E. 3.2; DIKE Komm.-Zürcher, N. 11 zu Art. 261 ZPO.

wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass es anders gewesen sein könnte.[1665] Das Beweismass im Massnahmeverfahren ist damit gegenüber dem im Hauptsacheverfahren geltenden Regelbeweismass der vollen Überzeugung des Gerichts reduziert. Dennoch sind die Parteien gut beraten, die ihnen obliegenden Tatsachen, soweit möglich, im Sinne des Regelbeweismasses zu beweisen.

37 In Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert wird die Frage, ob das Beweismass der Glaubhaftmachung im Massnahmeverfahren variabel sei oder ob es sich um eine in allen Fällen anzuwendende Entscheidungsgrenze handle.[1666] Teile der Lehre und Rechtsprechung postulieren beispielsweise erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung, wenn die in Frage stehenden vorsorglichen Massnahmen besonders einschneidend seien oder wenn es sich um Leistungsmassnahmen handle, die einer vorläufigen Vollstreckungsmassnahme gleichkämen.[1667] Andere Autoren und Gerichte lehnen eine solche Abstufung der Glaubhaftmachung mangels gesetzlicher Grundlage, mit Blick auf die prozessuale Waffengleichheit oder unter Berufung auf die Rechtssicherheit ab.[1668] Das Gericht könne aber im Rahmen der Beweiswürdigung den spezifischen Anforderungen des Einzelfalls nachkommen sowie an die Art und Weise, wie die Schwelle der Glaubhaftmachung zu erreichen sei, unterschiedliche Anforderungen stellen.[1669] Das Bundesgericht betrachtete zwar bei einem vorsorglichen Konkurrenzverbot die Qualifikation der Art der vorsorglichen Massnahme als entscheidend für das Beweismass der Glaubhaftmachung,[1670] lehnte aber «ein

---

1665 Statt aller BGE 139 III 86 E. 4.2 = Pra 103 (2014) Nr. 69; BGer 4A_575/2018 vom 12. März 2019 E. 2.1; vgl. ferner BGE 104 Ia 408 E. 4; zu den zahlreichen Umschreibungen des Begriffs Zürcher, S. 54 f.

1666 Zur entsprechenden Kontroverse ausführlich Schweizer, Glaubhaftmachung, S. 1 ff.; ferner auch bereits unter früherem Recht Leuenberger, Glaubhaftmachen, S. 108 ff., insb. S. 118 ff.

1667 In diesem Sinne wohl auch BGE 138 III 378 E. 6.4 = Pra 102 (2013) Nr. 6; HGer BE 13 67 vom 11. Juni 2013 E. IV/3 = CAN 2013 Nr. 80; CR-Bohnet, N. 18 zu Art. 261 ZPO; Hasenböhler, Massnahmen, S. 262; Schweizer, Glaubhaftmachung, S. 1 ff.; vgl. unter früherem Recht Grob, S. 49; Leuenberger, Glaubhaftmachen, S. 118 ff.; Meier, Rechtsschutz, S. 290 und S. 295; Stach, S. 138.

1668 BSK-Sprecher, N. 66 zu Art. 261 ZPO; Frenkel, S. 26; Phurtag, Rz. 29; Schai, Rz. 173, der seine Ablehnung eines variablen Beweismasses mit dem Beschleunigungsgebot begründet; OGer BE ZK 15 234 vom 2. Oktober 2015 E. 2.2.2; ferner grundlegend Berger-Steiner, S. 282; Alder, S. 106 ff.; Zürcher, S. 69 f.

1669 Frenkel, S. 26 und S. 31; unklar BSK-Sprecher, N. 66 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Berger-Steiner, S. 282; Zürcher, S. 73 f.

variables Beweismass» jedenfalls in Bezug auf das Beweismass der sog. «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ausdrücklich ab,[1671] so dass die Rechtsprechung m.E. nicht eindeutig ist.

Der Streit, ob für die Glaubhaftmachung ein flexibles Beweismass oder ein abstraktes Beweismass mit Berücksichtigung des Einzelfalls bei der Beweiswürdigung anzulegen ist, erscheint m.E. vorwiegend theoretischer Natur, ohne dass damit in der Regel praktische Konsequenzen verbunden wären. Dafür spricht auch, dass bei den zahlreichen Umschreibungen, die der Begriff der Glaubhaftmachung erfahren hat und die wohl teilweise vor dem Hintergrund der Vorstellung eines flexiblen Beweismasses zu sehen sind, keine eingehende Systematisierung stattgefunden hat und insoweit oft zufällig erscheint, welche Formulierung die Gerichte verwenden.[1672] In diesem Sinne dürfte in der Praxis ein ähnliches Ergebnis resultieren, unabhängig davon, ob das Gericht das Beweismass der Glaubhaftmachung flexibel definiert oder im Rahmen der Beweiswürdigung das abstrakte Beweismass mehr oder weniger rasch als erfüllt betrachtet. Immerhin ist aus praktischer Sicht zu beachten, dass die Frage des richtigen (gegebenenfalls auch flexiblen) Beweismasses prinzipiell eine Rechtsfrage darstellt, wogegen die Erreichung des richtigen (flexiblen oder abstrakten) Beweismasses im Rahmen der Beweiswürdigung als Tatfrage gilt.[1673] Von Relevanz ist diese Unterscheidung primär mit Blick auf die eingeschränkten Rügegründe im Rechtsmittelverfahren gegen Massnahmeentscheide, die nur der Beschwerde unterliegen (s. Art. 320 ZPO). Im bundesgerichtlichen Verfahren kann dagegen bei Massnahmeentscheiden i.d.R. ohnehin nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Aus dogmatischen Gründen ist m.E. die Annahme eines abstrakten Beweismasses zu befürworten, da die Parteien einerseits den Anspruch haben, im Voraus zu wissen, welcher Überzeugungsgrad des

38

1670. BGE 131 III 473 E. 2.2 = Pra 95 (2006) Nr. 32: «*Le classement d'une mesure dans l'une ou l'autre de ces catégories est parfois très difficile (...), mais n'est pas dénué d'effet pratique, dans la mesure où il peut avoir une incidence sur le degré de preuve requis*» ; vgl. ferner BGE 138 III 378 E. 6.4 = Pra 102 (2013) Nr. 6, wonach die strengeren Anforderungen auch die Existenz rechtserheblicher Tatsachen an sich beträfen.

1671. BGE 130 III 321 E. 3.3; BGer 4A_96/2007 vom 26. Juni 2007 E. 4.1.

1672. Vgl. unter früherem Recht Zürcher, S. 67, wonach sich die Praxis kaum um die dogmatische Verwendung der verschiedenen Umschreibungen «schere» und dann eine Würdigung im Einzelfall vornähme.

1673. KUKO-Baumgartner, N. 5 zu Vor Art. 150-193 ZPO; BSK-Dormann, N. 34a und N. 60 zu Art. 105 BGG.

Gerichts gefordert wird und andererseits für eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Glaubhaftmachung innerhalb derselben Bestimmung letztlich keine gesetzliche Grundlage und auch kein Bedarf besteht.

3. Glaubhaftmachung des Rechtlichen / Prüfungsintensität

39 Neben dem Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen soll der Begriff der Glaubhaftmachung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die Prüfung umfassen, ob sich aus diesen Tatsachen der geltend gemachte Anspruch ergäbe.[1674] Dabei erfolge im Massnahmeverfahren grundsätzlich nur eine summarische Prüfung.[1675] Der Anspruch der gesuchstellenden Partei sei im Massnahmeverfahren vorsorglich zu schützen, wenn er sich aufgrund der glaubhaft gemachten anspruchsbegründenden Tatsachen nicht als aussichtslos erweise.[1676] In der Praxis wird korrespondierend mit erhöhten Anforderungen an die Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen, wie etwa bei Leistungsmassnahmen oder der vorläufigen Vollstreckung, eine vertieftere rechtliche Prüfung vorgenommen.[1677] So soll in solchen Fällen vorsorglicher Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn der Anspruch aufgrund der summarischen Prüfung aussichtsreich[1678] oder rechtlich begründet[1679] erscheine.

40 Die Glaubhaftmachung des Rechtlichen stösst in der Lehre auf berechtigte Kritik, da hier dogmatisch Tat- und Rechtsfragen vermengt werden.[1680] Die Glaubhaftmachung als (beweisrechtlicher) Gegensatz zum strikten Beweismass kann sich *per se* nur auf die (anspruchsbegründenden) Tatsachen beziehen. Die wahrscheinliche rechtliche Begründetheit des Verfügungsanspruchs kann dagegen nur mehr oder weniger eingehend geprüft werden.[1681] Insoweit könnte der Massstab der Glaubhaftmachung höchstens

1674. Grundlegend unter früherem Recht BGE 104 Ia 408 E. 4; ferner auch BGE 108 II 69 E. 2a.
1675. BGE 139 III 86 E. 4.2 = Pra 103 (2014) Nr. 69; vgl. zum früheren Recht BGE 131 III 473 E. 2.3 = Pra 95 (2006) Nr. 32; BGE 108 II 69 E. 2a; BGE 104 Ia 408 E. 4.
1676. BGE 108 II 69 E. 2a.
1677. DIKE Komm.-Zürcher, N. 9 zu Art. 261 ZPO.
1678. HGer BE 13 67 vom 11. Juni 2013 E. IV/5 = CAN 2013 Nr. 80; AppGer BS ZK.2020.2 vom 23. September 2020 E. 2.2 = CAN 2021 Nr. 11.
1679. HGer AG HSU.2011.149 vom 2. Dezember 2011 E. 6.1.1 = CAN 2012 Nr. 51; KGer SG vom 15. Mai 2012 E. 2 = GVP 2012 Nr. 52.
1680. Vgl. zum früheren Recht Orlando, S. 90 f.; Vogel, S. 96; ferner Zürcher, S. 54.
1681. Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 51 Rz. 275; vgl. zum früherem Recht Gloor, S. 54 f.; Kofmel Ehrenzeller, S. 37 f.; Orlando, S. 91; Vogel, S. 96; Zürcher, S. 82.

analog beigezogen werden.[1682] Mangels gesetzlicher Regelung verbietet es sich indes, den Parteien, insb. der gesuchstellenden Partei, die Glaubhaftmachung der Rechtslage aufzuerlegen, da das Massnahmegesuch ohne rechtliche Begründung eingereicht werden kann (s. Art. 221 Abs. 3 i.V.m. Art. 219 ZPO).[1683]

In der Lehre ist sodann umstritten, ob eine Reduktion der rechtlichen Prüfungstiefe im Massnahmeverfahren überhaupt gerechtfertigt ist.[1684] Die Beurteilung dieser Frage ist nicht zuletzt deshalb schwierig, weil soweit ersichtlich bis anhin noch keine generell-abstrakten Abgrenzungskriterien zwischen der bloss (ggfs. erhöhten) summarischen und der eingehenden Prüfung der Rechtslage erarbeitet wurden.[1685] Das Gericht wird aber soweit zeitlich möglich ohnehin keine «Verfügung light»[1686] treffen, sondern die Rechtslage umfassend würdigen, weshalb sich die Auswirkungen des Streits in der Praxis wohl eher selten manifestieren.[1687] Aus dogmatischer Sicht spricht in erster Linie der auch im Massnahmeverfahren geltende Grundsatz *iura novit curia* für eine umfassende rechtliche Prüfung anhand der (glaubhaft gemachten) Tatsachen.[1688] Zu bedenken ist auch, dass der Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht nur eine faktische Präjudizierung der Hauptsache darstellt, sondern auch einen gravierenden Eingriff in die Interessen der Gesuchsgegnerin.[1689] Deshalb gebietet auch das «Prinzip der gleich langen Spiesse»[1690] oder die prozessuale Waffengleichheit eine umfassende rechtliche Prüfung.[1691] Vor diesem Hintergrund ist die 41

1682 In diesem Sinne DIKE Komm.-Zürcher, N. 10 zu Art. 261 ZPO.

1683 BSK-Sprecher, N. 57 zu Art. 261 ZPO, siehe aber auch N. 84, wo gegenteilig von einer Begründungspflicht ausgegangen wird. Dies entbindet die Parteien indes nicht, das Tatsachenfundament für die Rechtsanwendung glaubhaft zu machen, d.h. z.B. eine allfällige Verjährungseinrede zu erheben, s. Zürcher, S. 83 f.

1684 DIKE Komm.-Zürcher, N. 10 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 118 ff.; Kofmel Ehrenzeller, S. 37 f.; Schenker, S. 50 f.

1685 Dies bereits unter früherem Recht feststellend Zürcher, S. 86.

1686 Zürcher, S. 84; so auch Schlosser, S. 343.

1687 In diesem Sinne HGer ZH HE140256 vom 17. Dezember 2014 E. 2.5 = ZR 114/2015 Nr. 20.

1688 DIKE Komm.-Domej, N. 96 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 57 und N. 80 ff. zu Art. 261 ZPO.

1689 DIKE Komm.-Domej, N. 96 zu Vor Art. 9-13a UWG; vgl. zum früheren Recht Schlosser, S. 343.

1690 Zürcher, S. 69 ff. und S. 86.

1691 BSK-Sprecher, N. 84 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht, Alder, S. 118 ff.; Berti, S. 224 f. Rz. 96; Schenker, S. 52.

bundesgerichtliche Auffassung, wonach es im Massnahmeverfahren genüge, wenn der Verfügungsanspruch nicht aussichtslos erscheine,[1692] mit der wohl überwiegenden Lehre[1693] grundsätzlich abzulehnen. Zu verlangen ist im Massnahmeverfahren vielmehr allgemein, dass der Anspruch angesichts der (glaubhaft gemachten) Tatsachen rechtlich begründet ist. Das Gericht wird sich dabei in erster Linie am Gesetz, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder der herrschenden Lehre orientieren[1694] und in zweiter Linie einen pflichtgemässen Entscheid im Einzelfall zu treffen haben.[1695] Freilich ist zu beachten, dass die umfassende Prüfung im Massnahmeverfahren keine endgültige ist.

III. SICHERHEITSLEISTUNG DER GESUCHSGEGNERIN

42 Das Gericht kann von der Anordnung vorsorglicher Massnahmen absehen, wenn die Gesuchsgegnerin angemessene Sicherheit leistet (Art. 261 Abs. 2 ZPO). Bei Lichte betrachtet wird die vorsorgliche Massnahme durch die Sicherheitsleistung indes nicht abgewendet, sondern diese ist – als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips auf der Ebene der Inhaltsgestaltung der Massnahme – selbst die vorsorgliche Massnahme mit besonderem Inhalt.[1696] Die Sicherheitsleistung darf daher nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme erfüllt sind.

43 Funktional geht es bei der Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin nach Art. 261 Abs. 2 ZPO – anders als bei jener der gesuchstellenden Partei nach Art. 264 Abs. 2 ZPO – nicht darum, die Folgen einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme zu mildern, sondern vielmehr darum, das Schutzbedürfnis der gesuchstellenden Partei wirksam zu befriedigen.[1697]

1692 BGE 108 II 69 E. 2a.

1693 Phurtag, Rz. 28; Schai, Rz. 174; BSK-Sprecher, N. 84 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht, Alder, S. 119; Berti, S. 224 Rz. 96; Gloor, S. 55; Orlando, S. 91; Schlosser, S. 343; Zürcher, S. 86.

1694 Schai, Rz. 175; vgl. zum früheren Recht Meier, Rechtsschutz, S. 225; Schlosser, S. 343; Zürcher, S. 85 f.

1695 DIKE Komm.-Zürcher, N. 10 zu Art. 261 ZPO.

1696 Dies bereits unter früherem Recht zutreffend erkennend Alder, S. 168; Schenker, S. 106.

1697 So bereits unter früherem Recht Alder, S. 168; Gloor, S. 56; Schenker, S. 107; Stach, S. 183; missverständlich insoweit noch Zürcher, S. 289; siehe aber heute DIKE Komm.-Zürcher, N. 43 zu Art. 261 ZPO; vgl. auch BK-Güngerich, N. 46 zu Art. 261 ZPO; Schulthess Komm.-Huber, N. 26 zu Art. 261 ZPO.

Hierin liegt die Krux, weshalb die Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin nicht nur unter früherem Recht, sondern auch unter der ZPO in Lehre und Rechtsprechung ein «Mauerblümchendasein» fristet.[1698] Droht nämlich ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, so kann die Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin, verstanden i.S. einer reinen Geldkaution, das Rechtsschutzbedürfnis der gesuchstellenden Partei kaum vollständig befriedigen, da die Kaution bloss eine Vollstreckungssicherung eines möglichen Schadenersatzanspruches darstellt.[1699] Die Kaution ist daher nicht geeignet, Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Schadenersatzanspruch zu beseitigen oder drohenden immateriellen Nachteilen Abhilfe zu verschaffen.[1700] Auf der anderen Seite dürfte, wenn eine blosse Kaution zur Befriedigung des Rechtsschutzbedürfnisses der gesuchstellenden Partei ausreichen sollte, regelmässig der Verfügungsgrund, d.h. der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil, an sich bereits nicht gegeben sein, womit sich die Frage der angemessenen Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin nicht stellt.[1701] Zu Recht wird daher ausgeführt, dass die Gesuchsgegnerin mit der Leistung einer Sicherheit regelmässig nur Solvenzprobleme widerlegen könne.[1702]

Nicht vollends geklärt erscheint, ob neben der Geldkaution in bar oder durch Garantie i.S. einer analogen Anwendung von Art. 100 Abs. 1 ZPO[1703] weitere Arten der Sicherheitsleistung zulässig sind.[1704] In der Lehre wird etwa angeführt, dass eine angemessene Sicherheitsleistung darin bestehen könne, dass der streitige Kaufgegenstand zugriffssicher hinterlegt oder der angeblich rechtswidrige Zustand beseitigt werde.[1705] Dagegen reiche die blosse schriftliche Erklärung seitens der Gesuchsgegnerin in aller Regel nicht als 44

1698 Siehe David/Frick/Kunz/Zimmerli, Rz. 685, die noch die Hoffnung aussprachen, dass die allgemeine Einführung des Instituts der Sicherheitsleistung auf Bundesebene dieses möglicherweise aus dem «Mauerblümchendasein» lösen könne; Schai, Rz. 265; vgl. zum früheren Recht Schenker, S. 109.

1699 So bereits unter früherem Recht Alder, S. 168.

1700 DIKE Komm.-Zürcher, N. 43 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner Schenker, S. 108 f.; Zürcher, S. 289.

1701 Alder, S. 168; vgl. auch Zürcher, S. 289.

1702 Vgl. DIKE Komm.-Zürcher, N. 42 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 37 zu Art. 261 ZPO.

1703 BSK-Sprecher, N. 109 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 46 zu Art. 261 ZPO; vgl. auch HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.9 = ZR 111/2012 Nr. 63.

1704 Dies grundsätzlich bejahend BSK-Sprecher, N. 109 zu Art. 261 ZPO; offenbar eher ablehnend – aber ohne konkrete Stellungnahme DIKE Komm.-Zürcher, N. 46 zu Art. 261 ZPO.

1705 Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO; siehe auch BK-Güngerich, N. 47 zu Art. 261 ZPO.

angemessene Sicherheitsleistung.[1706] Diskutiert wird auch, ob eine Unterlassungserklärung, die für den Fall der Zuwiderhandlung das Versprechen einer massiven, konkret bezeichneten Strafzahlung enthalte, als angemessene Sicherheit dienen könne.[1707] Ein Teil der Lehre lehnt dies ab, da die Konventionalstrafe, selbst wenn sie erheblich sei, nicht mehr als den tatsächlich eingetretenen Nachteil abdecken könne, hingegen keine Pönale darstelle und im Schadenersatzprozess der Überschuss der Gesuchsgegnerin freigegeben werden müsste.[1708] Diese Begründung ist m.E. abzulehnen. Sofern man die Sicherheitsleistung nach Art. 261 Abs. 2 ZPO als Konventionalstrafe ausgestaltet, richtet sich deren Beurteilung nach materiellem Recht, d.h. dem allgemeinen Obligationenrecht. Nach Art. 161 Abs. 1 OR ist die Konventionalstrafe verfallen, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist. Dabei ist – vorbehältlich einer übermässig hohen Konventionalstrafe nach Art. 163 Abs. 3 OR – auch dann die ganze Konventionalstrafe geschuldet, wenn ein allfälliger effektiver Schaden kleiner als die Strafe ist.[1709] Allerdings dürfte, wenn die Gesuchsgegnerin eine Unterlassungserklärung abgibt, die mit einer massiven Konventionalstrafe gesichert ist, regelmässig der Verfügungsanspruch, d.h. die Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr, entfallen, so dass sich die Frage nach einer Sicherheitsleistung gar nicht stellt.

45 Da auch im Massnahmeverfahren die Dispositionsmaxime gilt, hat die Gesuchsgegnerin für die Anordnung einer Sicherheitsleistung mit der Gesuchsantwort einen Antrag zu stellen,[1710] der – soweit dies der Gesuchsgegnerin zugemutet werden kann – Art und Umfang der Sicherheitsleistung substantiiert.[1711] Möglich ist aber auch die nachträgliche Leistung einer Sicherheit zur Aufhebung einer bereits angeordneten vorsorglichen Massnahme.[1712] Der Gesetzestext spricht in Art. 261 Abs. 2 ZPO schliesslich von «leistet», was indiziert, dass es nicht auf den Antrag bzw. das

1706 Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO.

1707 Dies erwägend Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO; BK-Güngerich, N. 47 zu Art. 261 ZPO.

1708 BSK-Sprecher, N. 109 zu Art. 261 ZPO.

1709 BSK-Widmer/Costantini/Ehrat, N. 4 zu Art. 161 OR.

1710 DIKE Komm.-Domej, N. 99 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 103 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 41 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Zürcher, S. 289 f.

1711 HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.8 = ZR 111/2012 Nr. 63; DIKE Komm.-Domej, N. 99 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 103 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 41 zu Art. 261 ZPO.

Angebot der Sicherheitsleistung, sondern auf die tatsächliche Leistung derselben durch die Gesuchsgegnerin ankommt. Dies entspricht auch der eher strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum früheren Recht.[1713] In der Lehre wird dies zuweilen kritisiert, da die Gesuchsgegnerin diesfalls nicht einmal weiss, wie hoch die angemessene Sicherheitsleistung sein soll.[1714] In der Tat wird man dem Gericht in zeitlicher Hinsicht aufgrund teleologischer Überlegungen eine gewisse Flexibilität einräumen müssen. Regelmässig dürfte es sich anbieten, dass das Gericht, welches die Sicherheit annehmen möchte, nach Wahrung des rechtlichen Gehörs der gesuchstellenden Partei der Gesuchsgegnerin im Massnahmeverfahren eine Frist zur Leistung der Sicherheit ansetzt. Es ist aber auch möglich, den Massnahmeentscheid zu treffen und die Massnahme davon abhängig zu machen, dass innert der gesetzten Frist die angeordnete Sicherheit nicht eingeht.[1715] Welches Vorgehen das Gericht einschlägt, liegt in seinem Ermessen und dürfte wesentlich von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Kein Ermessen verfügt das Gericht dagegen – entgegen dem Gesetzeswortlaut «kann» – hinsichtlich der Anordnung einer Sicherheitsleistung, soweit die Gesuchsgegnerin einen hinreichenden Antrag stellte und das Gericht die Sicherheit als angemessen erachtet.[1716]

IV. VERFAHREN ZUM ERLASS VORSORGLICHER MASSNAHMEN

A. Zuständigkeit in Binnensachverhalten

1. Örtliche Zuständigkeit

a. Allgemeines

Gemäss Art. 13 ZPO ist, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt,[1717] für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) 46

1712. Botschaft ZPO, S. 7354; BK-Güngerich, N. 49 zu Art. 261 ZPO; BSK-Sprecher, N. 107 zu Art. 261 ZPO; Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO.
1713. BGE 103 II 287 E. 5; BGE 94 I 8 E. 10.
1714. SHK-Treis, N. 36 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Pedrazzini, S. 161.
1715. DIKE Komm.-Zürcher, N. 45 zu Art. 261 ZPO.
1716. DIKE Komm.-Domej, N. 99 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 104 zu Art. 261 ZPO.

oder die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b). Art. 13 ZPO stellt der gesuchstellenden Partei einen alternativ zwingenden Gerichtsstand am Ort des für die Hauptsache zuständigen Gerichts oder am Vollstreckungsort der Massnahme zur Verfügung. Die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen hat die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen. Sofern es sich dabei um doppelrelevante Tatsachen handelt, hat das Gericht für die Prüfung der Zuständigkeit im Grundsatz zunächst auf die Behauptungen der gesuchstellenden Partei abzustellen.[1718]

47 Der Gerichtsstand am Ort, an dem die Zuständigkeit in der Hauptsache gegeben ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften nach Art. 9 ff. bzw. Art. 20 ff. ZPO.[1719] Der Vollstreckungsort ist dort, «*wo dem Inhalt der vorsorglichen Massnahme durch Anwendung von Rechtszwang unmittelbare Wirkung verschafft werden soll*».[1720] Er hängt wesentlich vom Inhalt des Massnahmebegehrens ab. Bei Sicherungsmassnahmen dürfte er i.d.R. am Ort des zu sichernden Gegenstands und bei Leistungsmassnahmen am Ort der Erbringung der Leistung oder der Einhaltung der Unterlassung liegen.[1721]

b. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme

48 Art. 13 ZPO eröffnet der gesuchstellenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Gerichtsstand am Ort der Hauptsache und jenem am Vollstreckungsort. Da das Gesetz keine entsprechende Differenzierung enthält, besteht dieses Wahlrecht grundsätzlich sowohl für vorsorgliche Massnahmen vor als auch für solche während der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens.

49 Nach herrschender Auffassung ist das Wahlrecht der gesuchstellenden Partei bei bereits hängigem Hauptsacheverfahren indes beschränkt. In diesem Fall

1717. Zu Art. 13 ZPO vorgehende Zuständigkeitsbestimmungen BSK-Gschwend/Berti, N. 6 f. zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 3 zu Art. 13 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 9 zu Art. 13 ZPO.

1718. DIKE Komm.-Zürcher, N. 25 zu Art. 13 ZPO; vgl. ferner auch KUKO-Haas/Schlumpf, N. 5 zu Art. 13 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 1 zu Art. 13 ZPO; zur Theorie der doppelrelevanten Tatsachen und ihrer Relativierung aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur BGE 141 III 294 E. 5 = Pra 106 (2017) Nr. 5.

1719. SHK-Treis, N. 9 zu Art. 13 ZPO; OFK-Urbach, N. 6 zu Art. 13 ZPO.

1720. BSK-Gschwend/Berti, N. 10 zu Art. 13 ZPO; vgl. auch BK-Güngerich, N. 20 zu Art. 13 ZPO.

soll die gesuchstellende Partei nicht mehr zwischen allen potentiellen Hauptsachegerichten wählen können, sondern nur noch zwischen jenem, an welchem die Hauptsache hängig ist und jenem am Vollstreckungsort.[1722] Dieser Ansicht ist beizutreten. Denn während dem die Hauptsache bereits rechtshängig ist, besteht aufgrund der Sperrwirkung des hängigen (Hauptsache-)Verfahrens (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO) prinzipiell keine weitere Zuständigkeit in der Hauptsache, die nach Art. 13 lit. a ZPO für das Massnahmeverfahren angerufen werden könnte. Zudem sprechen für diese Ansicht prozessökonomische Überlegungen,[1723] sollten sich doch nicht zwei verschiedene Hauptsachegerichte zeitgleich mit ähnlichen Fragestellungen befassen müssen.

Die Ausübung des Wahlrechts für das Massnahmeverfahren vor Rechtshängigkeit der Hauptsache verpflichtet nach herrschender Auffassung die gesuchstellende Partei – mangels Fixationswirkung des Massnahmegesuchs – dagegen nicht, die Prosekutionsklage bzw. das Hauptsacheverfahren vor dem für das Massnahmeverfahren gewählten Hauptsachegericht durchzuführen.[1724] Dieser Ansicht ist *de lege lata* zuzustimmen, wobei *de lege ferenda* m.E. zu überlegen wäre, ob nicht auch bei dieser Sachlage gewichtige prozessökonomische Gründe dafür sprechen, dass sich nicht zwei verschiedene potentielle Hauptsachegerichte in der gleichen Streitigkeit mit ähnlichen Fragen beschäftigen müssen. 50

Das Wahlrecht der gesuchstellenden Partei eröffnet folglich eine in der anwaltlichen Beratung bedenkenswerte Möglichkeit des *forum shopping*.[1725] Es besteht beispielsweise die Möglichkeit, allenfalls bestehende Unterschiede 51

1721. Vgl. im Einzelnen BSK-Gschwend/Berti, N. 10 zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 9 zu Art. 13 ZPO; ferner zum früheren Recht Müller/Wirth Komm.-Dietrich, N. 68 zu Art. 33 GestG.

1722. DIKE Komm.-Domej, N. 28 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Geschwend/Berti, N. 9 zu Art. 13 ZPO; BK-Güngerich, N. 18 f. zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 6 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 19 zu Art. 13 ZPO; vgl. auch DIKE Komm. Zürcher, N. 28 zu Art. 13 ZPO, der angesichts der Mehrkosten an der Sinnhaftigkeit eines Massnahmegesuchs am Vollstreckungsort zweifelt.

1723. Vgl. DIKE Komm.-Domej, N. 28 zu Vor Art. 9-13a UWG.

1724. DIKE Komm.-Domej, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 12 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 19 zu Art. 13 ZPO.

1725. Vgl. kritisch aufgrund der Mehrkosten DIKE Komm. Zürcher, N. 28 zu Art. 13 ZPO, wobei indes auch «Mehrkosten» Teil einer – wenn auch freilich nicht unproblematischen – prozessualen Strategie sein können.

in der inner- und interkantonalen Rechtsprechung für sich zu nutzen, die Gesuchsgegnerin im Massnahmeverfahren während rechtshängigem Hauptsacheverfahren am Gerichtsstand des Vollstreckungsortes anzugreifen und so eine „zweite Front" zu eröffnen oder aber nach abschlägigem Massnahmeentscheid das Hauptsacheverfahren an einem alternativen (möglicherweise wohlgesinnteren und nicht vorbefassten) Hauptsachegericht einzuleiten.

c. Gerichtsstandsvereinbarungen

52 Angesichts der zwingenden Natur von Art. 13 ZPO ist der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung unzulässig, die sich *einzig* auf die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen bezieht (vgl. Art. 9 Abs. 2 ZPO). Fraglich ist dagegen, inwieweit die Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache auf die Massnahmezuständigkeit nach Art. 13 ZPO durchschlägt.

53 Nach herrschender Auffassung schlägt die Prorogations- und Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache auf die Massnahmezuständigkeit am Ort der Hauptsache (Art. 13 lit. a ZPO) durch, wobei aber auch bei einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache jedenfalls noch eine Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort (Art. 13 lit. b) bestehen bleibt.[1726] Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Art. 13 lit. a ZPO regelt die für die Massnahmezuständigkeit relevanten Hauptsachegerichtsstände nicht selbst, sondern verweist dafür auf die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften. Sofern in der Hauptsache eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig ist, muss sich deren Prorogations- und Derogationswirkung mittelbar auf den Anwendungsbereich von Art. 13 lit. a ZPO durchschlagen. Neben dem (gegebenenfalls auch ausschliesslich) vereinbarten Hauptsachegericht besteht aber die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort fort, da dieser Massnahmegerichtsstand direkt durch Art. 13 lit. b ZPO für zwingend erklärt wird.[1727]

1726 Ausdrücklich PC-Dietschy-Martenet, N. 3 und 10 zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 7 (zweiter Spiegelstrich) zu Art. 13 ZPO; implizit mit Blick auf die Derogationswirkung am Gerichtsstand der Hauptsache BK-Güngerich, N. 15 und 26 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 18 zu Art. 13 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 10 zu Art. 13 ZPO; ohne Bezugnahme auf diese Problematik einer Gerichtsstandsvereinbarung die Wirksamkeit absprechend DIKE Komm.-Zürcher, N. 13 zu Art. 13 ZPO.

2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme besteht, wenn die ZPO die Beurteilung einer Streitigkeit durch eine einzige kantonale Instanz verlangt (Art. 5 Abs. 1 ZPO) oder ein Kanton für handelsrechtliche Streitigkeiten ein Handelsgericht vorsieht (Art. 6 Abs. 1 ZPO). In diesen Fällen ist dieses Gericht zwingend auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache zuständig (Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 ZPO).[1728] Gleiches gilt nach herrschender Auffassung – obwohl gesetzlich bislang nicht vorgesehen – auch im Rahmen einer direkten Klage beim oberen Gericht (Art. 8 ZPO).[1729] 54

In der Lehre wird, wenn die klagende (bzw. gesuchstellende) Partei nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen kann, aus prozessökonomischen Gründen vertreten, dass die Wahl des sachlich zuständigen Massnahmegerichts für das Massnahmeverfahren die Wahlmöglichkeit bezüglich des Gerichts im Hauptsacheverfahren konsumiere.[1730] Diese Ansicht ist m.E. – trotz der unbestrittenen prozessökonomischen Vorteile eines solchen Vorgehens – abzulehnen. Das Massnahmegesuch verfügt mit Blick auf die örtliche Zuständigkeit über keinerlei Fixationswirkung für das Hauptsacheverfahren. Nichts anderes kann aus systematischer Perspektive für die sachliche Zuständigkeit gelten,[1731] zumal ohnehin je nach der konkreten Konstellation am alternativen (örtlichen) Gerichtsstand nicht zwingend ein Handelsgericht bestehen muss. Das Argument der Prozessökonomie vermag auch deshalb nicht durchzuschlagen, weil durch den geltenden Art. 13 ZPO das *forum shopping* gerade erlaubt wird. Diesen Entscheid gilt es *de lege lata* zu akzeptieren. 55

1727. Dazu BGE 138 III 555 E. 2 = Pra 102 (2013) Nr. 18; siehe auch PC-Dietschy-Martenet, N. 3 zu Art. 13 ZPO; BK-Güngerich, N. 26 zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 7 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 18 zu Art. 13 ZPO.

1728. Botschaft ZPO, S. 7260 f.; siehe zur handelsgerichtlichen Zuständigkeit bei einem Bauhandwerkerpfandrecht BGE 137 III 563; ferner auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 19 zu Art. 13 ZPO.

1729. KUKO-Haas/Schlumpf, N. 2 zu Art. 8 ZPO; CR-Haldy, N. 4 zu Art. 8 ZPO; diese Auffassung soll nun im Rahmen der ZPO-Revision in Art. 8 ZPO kodifiziert werden (s. Botschaft Änderung ZPO, S. 2732).

1730. In diesem Sinne DIKE Komm. Zürcher, N. 20 f. zu Art. 13 ZPO.

1731. Vgl. zur örtlichen Zuständigkeit IV.A.1.b und die dortigen Nachweise.

B. Internationale Verhältnisse

1. Zuständigkeit

a. Internationale Zuständigkeit nach IPRG

i. Allgemeines

56 Im Anwendungsbereich des IPRG sind nach Art. 10 IPRG für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen[1732] grundsätzlich die schweizerischen Gerichte oder Behörden zuständig, die in der Hauptsache zuständig sind (lit. a) oder jene am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b); darüber hinaus bestehen in den besonderen Kapiteln des IPRG weitere spezifische Massnahmezuständigkeiten.[1733] Anders als die Vorgängerregelung regelt die an Art. 13 ZPO angelehnte Bestimmung damit nicht mehr nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit.[1734]

57 In Bezug auf die Bestimmung des Gerichtsstands am Ort der Hauptsache sind die jeweils einschlägigen Vorschriften des IPRG zu berücksichtigen. Für den Vollstreckungsort kann dagegen grundsätzlich auf die Ausführungen zu Art. 13 ZPO verwiesen werden.[1735]

ii. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme

58 Art. 10 IPRG eröffnet der gesuchstellenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Gerichtsstand am Ort der Hauptsache und jenem am Vollstreckungsort. Obwohl Art. 10 IPRG – wie auch Art. 13 ZPO – bezüglich des Wahlrechts keine Differenzierung zwischen vorsorglichen Massnahmen vor und während der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens vornimmt, ist der Umfang des Wahlrechts bei hängigem ausländischem oder schweizerischem Hauptsacheverfahren in den Einzelheiten umstritten.

1732. Eingehend zum Begriff der vorsorglichen Massnahme nach Art. 10 IPRG Phurtag, Rz. 261 ff.

1733. Zu den vorrangigen Bestimmungen des IPRG eingehend CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 7 zu Art. 10 IPRG; BSK-Droese, N. 13 f. zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 6 ff. zu Art. 10 IPRG.

1734. BSK-Droese, N. 11 zu Art. 10 IPRG; Schulthess Komm.-Huber, N. 36 zu Art. 261. ZPO; a.M. oder veraltet dagegen BSK-Gschwend/Berti, N. 15 zu Art. 13 ZPO; BSK-Sprecher, N. 14 zu Vor Art. 261-269 ZPO.

1735. Vgl. zudem eingehend und spezifisch mit Blick auf das IPRG BSK-Droese, N. 16 zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 24 ff. zu Art. 10 IPRG; Phurtag, Rz. 288 ff.

Das Bundesgericht hat unter Willkürkognition sowohl die Auffassung 59
geschützt, dass das schweizerische Gericht jedenfalls subsidiär gestützt auf den Gerichtsstand am Ort der Hauptsache zuständig sein könne, wenn das bereits angerufene ausländische Gericht keine vorsorgliche Massnahmen angeordnet habe,[1736] als auch jene, wonach die unbestrittene internationale Hauptsachezuständigkeit des ausländischen Gerichts die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf den Gerichtsstand am Ort der Hauptsache ausschliesse.[1737] Auch in der Lehre sind die Ansichten geteilt.[1738] Die besseren Gründe sprechen wohl dafür, eine Massnahmezuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf einen potentiellen schweizerischen Hauptsachegerichtsstand bei hängigem ausländischen Hauptsacheverfahren zu verneinen. Man mag zwar einwenden, dass es trotz Aussetzung in der Hauptsache (Art. 9 IPRG) nicht garantiert sei, dass im bereits rechtshängigen ausländischen Hauptsacheverfahren ein in der Schweiz anerkennbarer (Massnahme-)Entscheid ergehen kann und das schweizerische Recht insoweit eine Restverantwortung für den effektiven Schutz der subjektiven Rechte der betroffenen Parteien trage. Allerdings genügt es m.E. hierfür, der gesuchstellenden Partei die alternative Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort zur Verfügung zu stellen. Auch bei in der Schweiz hängigem Hauptsacheverfahren kann die gesuchstellende Partei wohl (wie bei Art. 13 ZPO) kein anderes potentielles schweizerisches Hauptsachegericht wählen.[1739]

Anders als nach Art. 13 ZPO steht nach der bundesgerichtlichen 60
Rechtsprechung sodann der Massnahmegerichtsstand am schweizerischen Vollstreckungsort bei bereits hängigem ausländischem Hauptsacheverfahren nicht voraussetzungslos zur Verfügung. Nach der aus dem internationalen Scheidungsrecht herrührenden Rechtsprechung zu Art. 10 aIPRG bedarf es

1736. BGer 5A_296/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.2.

1737. BGer 5A_942/2018 vom 17. Juni 2019 E. 5.3.2.

1738. Für ein unbeschränktes Wahlrecht bei rechtshängigem Hauptsacheverfahren in der Schweiz oder im Ausland mangels Rechtshängigkeitssperre des Hauptsacheverfahrens für das Massnahmeverfahren Phurtag, Rz. 286; sowie ZK-Müller-Chen, N. 22 zu Art. 10 IPRG, der indes anmerkt, dass es Sinn mache, wenn das schweizerische Gericht dem zuerst angerufenen ausländischen Hauptsachegericht den Vortritt lasse; a.A. BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG; vgl. unter früherem Recht Kofmel Ehrenzeller, S. 68, m.w.H.

1739. A.M. ZK-Müller-Chen, N. 22 zu Art. 10 IPRG; Phurtag, Rz. 286, die auch bei einem hängigen Hauptsacheverfahren in der Schweiz von einem Wahlrecht bezüglich potentieller Hauptsachegerichte ausgehen; wie hier dagegen BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG.

für eine Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort bei hängigem ausländischem Hauptsacheverfahren einer gesteigerten Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit für den Erlass inländischer Massnahmen. Gemäss Bundesgericht ist dies namentlich bei den folgenden Fallgruppen zu bejahen: (i) wenn das vom ausländischen Gericht anzuwendende Recht keine Art. 276 ZPO vergleichbare Regelung kennt; (ii) wenn Massnahmeentscheide des ausländischen Scheidungsgerichts am schweizerischen Wohnsitz der Parteien nicht vollstreckt werden können; (iii) wenn Massnahmen zur Sicherung künftiger Vollstreckung in Vermögensobjekte in der Schweiz angeordnet werden sollen; (iv) wenn Gefahr in Verzug ist, oder (v) wenn man nicht damit rechnen kann, dass das ausländische Gericht innert angemessener Frist entscheidet.[1740] Diese Rechtsprechung zog das Bundesgericht zunächst in einer erbrechtlichen Streitigkeit zu Art. 10 aIPRG heran[1741] und bestätigte sie alsdann auch unter Geltung von Art. 10 IPRG.[1742]

61 Ob diese gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung in allen Facetten zu überzeugen vermag, erscheint fraglich. Man mag auf den ersten Blick argumentieren, dass es aufgrund des Respekts gegenüber dem bereits angerufenen ausländischen Hauptsachegericht und des Ideals des internationalen Entscheidungseinklanges nicht angebracht sei, eine voraussetzungslose Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort zu bejahen. Dieses Argument ist indes nur bedingt überzeugend, wenn man sich vor Augen hält, dass die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit ausländischer Massnahmeentscheide unter dem IPRG in vielen Fällen nicht höchstrichterlich abgesichert ist.[1743] Für eine voraussetzungslose alternative Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort spricht dagegen gerade in internationalen Verhältnissen umso mehr, dass vorsorgliche Massnahmen eines Gerichts am Vollstreckungsort regelmässig schneller und reibungsloser vollzogen werden können.[1744] Vor diesem Hintergrund erscheint es jedenfalls angebracht, dass das bundesgerichtliche

1740. Siehe zur älteren Rechtsprechung nur BGE 134 III 326 E. 3.5.1, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

1741. BGer 5C.126/2005 vom 18. August 2005 E. 7.

1742. BGer 5A_942/2018 vom 17. Juni 2019 E. 6.3; BGer 5A_588/2014 vom 12. November 2014 E. 4.4.

1743. Eingehend Phurtag, Rz. 305 ff., insb. Rz. 323, m.w.H. auf den Meinungsstand.

1744. Vgl. CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 8 zu Art. 10 IPRG.

Erfordernis der gesteigerten Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit grosszügig verstanden wird.[1745]

Unklar erscheint schliesslich, ob die einschränkenden Voraussetzungen für die Berufung auf den Vollstreckungsort auch bei bereits in der Schweiz hängigem Hauptsacheverfahren heranzuziehen sind.[1746] M.E. könnte diese Frage – angesichts des doch weit geringeren Interesses der gesuchstellenden Partei an einer Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort bei Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens bei einem schweizerischen statt einem ausländischen Hauptsachegericht – durchaus bejaht werden. Da sich aber Art. 10 IPRG weitgehend an Art. 13 ZPO anlehnt und dort ein entsprechendes *forum shopping* erlaubt ist, sprechen wohl die besseren Gründe dafür, bei in der Schweiz hängigem Hauptsacheverfahren eine alternative Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort zu bejahen, zumal für die einschränkenden Voraussetzungen prinzipiell ohnehin keine explizite gesetzliche Grundlage besteht.[1747] 62

iii. Gerichtsstandsvereinbarungen

Auch unter dem IPRG schlägt nach herrschender Lehre die Prorogations- und die Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache auf die Massnahmezuständigkeit am Ort der Hauptsache (Art. 10 lit. a IPRG) durch, so dass unter diesem Titel nur die vereinbarten Gerichte angerufen werden können.[1748] Weniger klar ist unter dem IPRG dagegen, ob bei einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache eine Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort (Art. 10 lit. b IPRG) bestehen bleibt oder nicht. In dieser Hinsicht sind m.E. zwei Fragenkomplexe zu unterscheiden: Einerseits stellt sich die Frage, ob die Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort – wie unter 63

1745. Ebenso für den Fall, dass die Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Massnahme nicht feststeht, Phurtag, Rz. 294.

1746. Dagegen CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 8 zu Art. 10 IPRG; Phurtag, Rz. 292; wohl auch OFK-Kren Kostkiewicz, N. 8 zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 25 f. zu Art. 10 IPRG.

1747. Vgl. BGE 138 III 555 E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 18, in welchem das Bundesgericht zum fast identischen Wortlaut von Art. 13 ZPO ausführt: «*Le texte de l'art. 13 CPC ne prévoit aucune limitation en ce sens que le for du lieu d'exécution ne serait ouvert qu'en cas d'urgence (cf. art. 13 let. b CPC)*».

1748. BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 23 zu Art. 10 IPRG und N. 140 zu Art. 5 IPRG; Phurtag, Rz. 302; Walter/Domej, S. 552; wohl auch BSK-Grolimund/Bachofner, N. 52 zu Art. 5 IPRG; a.A. dagegen offenbar Schulthess Komm.-Huber, N. 38 zu Art. 261 ZPO.

der ZPO – zwingender Natur ist, so dass eine Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache bereits aus diesem Grunde abzulehnen ist. Andererseits ist zu prüfen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache aus Sicht des Parteiwillens im konkreten Einzelfall die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort erfasst.

64 Der Wortlaut von Art. 10 IPRG bestimmt anders als Art. 13 ZPO nicht ausdrücklich, dass die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort zwingender Natur ist. Daraus lässt sich m.E. aber nicht *per se* schliessen, dass diese nicht zwingender Natur ist, da das IPRG einer anderen Regelungstechnik folgt als die ZPO. Nach dem IPRG ist die zwingende Natur eines Gerichtsstands nämlich jeweils anhand der Auslegung der konkreten Norm zu bestimmen.[1749] Freilich bedeutet die zwingende Natur von Art. 13 lit. b ZPO für Binnenfälle nicht automatisch, dass auch der Gerichtsstand am schweizerischen Vollstreckungsort nach IPRG zwingender Natur ist.[1750] Gleichwohl darf man wohl ins Feld führen, dass Art. 10 IPRG weitgehend an Art. 13 ZPO angelehnt wurde.[1751] Es erscheint zudem nicht gänzlich wertungskongruent, wenn man in innerstaatlichen Verhältnissen die zwingende Natur u.a. damit begründet, dass eine Massnahme am Vollstreckungsort rascher angeordnet und vollzogen werden kann, dies aber in internationalen Verhältnissen verneint, obgleich hier jedenfalls unter dem IPRG erhebliche Unsicherheiten mit Blick auf die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Massnahmeentscheiden bestehen.[1752] In diesem Sinne spricht m.E. wohl auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz eher für eine zwingende Natur der Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort.[1753]

65 In der Lehre dreht sich die Diskussion dagegen nicht um die Frage der zwingenden Natur der Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort,

1749. BSK-Grolimund/Bachofner, N. 18 zu Art. 5 IPRG; OFK-Kren Kostkiewicz, N. 6 zu Art. 5 IPRG.

1750. Vgl. CR-Bucher, N. 9 zu Art. 5 IPRG.

1751. Vgl. auch ZK-Müller-Chen, N. 9 zu Art. 10 IPRG (Art. 13 ZPO «entspricht» Art. 10 IPRG).

1752. Eingehend Phurtag, Rz. 305 ff., insb. Rz. 323, m.w.H. auf den Meinungsstand.

1753. Ausdrücklich ablehnend HGer ZH HE140084 vom 17. Februar 2015 E. 4.8.2 = ZR 115/2016 Nr. 2, indes betr. die Unzuständigkeit des Massnahmegerichts am Vollstreckungsort im Falle eines ausschliesslich prorogierten, ausserkantonalen Gerichts, so dass sich keine Probleme bzgl. Anerkennung und Vollstreckung ergeben.

sondern um jene des Parteiwillens. Diese Frage stellt sich freilich nur dann, wenn man nicht von der zwingenden Natur der Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort ausgeht. Nach einem gewichtigen Teil der Lehre dürften die Parteien bei Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache nicht sämtliche Eventualitäten des vorsorglichen Rechtsschutzes bedenken, so dass eine Derogation des Gerichtsstands am Vollstreckungsort im Zweifel nicht dem Parteiwillen entspreche und sich ihre Annahme insoweit nur rechtfertige, wenn in der Vereinbarung explizit auf den vorsorglichen Rechtsschutz Bezug genommen werde.[1754] Die Rechtsprechung erscheint dagegen tendenziell grosszügiger, in dem sie grundsätzlich davon ausgeht, dass die in der Gerichtsstandsvereinbarung enthaltene Derogation sich auch auf den vorsorglichen Rechtsschutz beziehe.[1755] Nicht mehr vom Parteiwillen gedeckt sei aber die Situation, in der durch die ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung ein effektiver Rechtsschutz überhaupt vereitelt werde. In diesem Sinne müsse es trotz Gerichtsstandsvereinbarung möglich bleiben, wenigstens dann vor einem anderen als dem ausschliesslich prorogierten Gericht um vorsorglichen Rechtsschutz nachzusuchen, wenn dieses andere Gericht allein in der Lage sei, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen.[1756]

b. Internationale Zuständigkeit nach LugÜ

i. Allgemeines

Das LugÜ ist anwendbar, wenn der zu sichernde Hauptsacheanspruch als Zivil- und Handelssache zu qualifizieren ist und keinem Ausschluss unterliegt. 66

1754. Phurtag, Rz. 301; weitergehend BSK-Grolimund/Bachofner, N. 52 zu Art. 5 IPRG, die eine explizite Bezugnahme auch für die Derogation der Massnahmezuständigkeit am Gerichtsstand der Hauptsache verlangen; ohne Begründung die Derogation des Vollstreckungsorts verneinend BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG.

1755. Siehe zum aLugÜ BGE 125 III 451 E. 3a, der zur Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in Bezug auf die Massnahmezuständigkeiten nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht erging; ferner HGer ZH HE140084 vom 17. Februar 2015 E. 4.8.4 = ZR 115/2016 Nr. 2, wonach aufgrund der Verwendung des Wortes «*exclusive*» und der anwaltlichen Vertretung davon auszugehen sei, dass die Parteien, wenn sie den vorsorglichen Rechtsschutz nicht unter die Gerichtsstandsvereinbarung stellen wollten, eine andere Formulierung verwendet hätten; vgl. auch Markus/Conrad, S. 238 f.

[1757] Ferner muss die Gesuchsgegnerin – vorbehältlich einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 23 LugÜ) oder einer ausschliesslichen Zuständigkeit (Art. 22 LugÜ) – ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat haben (Art. 1, Art. 2 und Art. 4 Abs. 1 LugÜ).[1758] In seinem Anwendungsbereich geht das LugÜ dem IPRG vor (s. Art. 1 Abs. 2 IPRG).

67 Für die Anordnung «seiner» (nationalen) vorsorglichen Massnahmen ist unter dem LugÜ primär das nach Art. 2 und Art. 5 ff. LugÜ bestimmte Hauptsachegericht zuständig.[1759] Dies ist zwar nicht ausdrücklich im LugÜ geregelt, ergibt sich jedoch aus dem international weitgehend anerkannten und vom EuGH bestätigten Grundsatz, dass das in der Hauptsache zuständige Gericht auch vorsorgliche Massnahmen anordnen können muss.[1760] Daneben gibt es unter einschränkenden Voraussetzungen auch eine Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht.

ii. Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht

68 Neben dem Hauptsachegericht können die im Recht eines Vertragsstaates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, bei den Gerichten dieses Staates nach Art. 31 LugÜ auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache ein anderer Vertragsstaat zuständig ist. Art. 31 LugÜ ist damit ein Einfallstor für exorbitante (nationale) Massnahmegerichtsstände, weshalb sich die Praxis bemüht, dessen Anwendungsbereich einzuschränken. Diese Einschränkung

---

1756. Siehe zum aLugÜ BGE 125 III 451 E. 3a, der zur Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in Bezug auf die Massnahmezuständigkeiten nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht erging; aus der Lehre daran anschliessend ZK-Müller-Chen, N. 23 zu Art. 10 IPRG; ohne Stellungnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verweisend auch CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 9 zu Art. 10 IPRG.

1757. Art. 31 LugÜ kann aber auch anwendbar sein, wenn die Parteien für die Hauptsache eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, s. dazu EuGH C-391/95 vom 17. November 1998 = ECLI:EU:C:1998:543.

1758. SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 4 f. zu Art. 31 LugÜ.

1759. Für den Inhalt der einzelnen Zuständigkeitsvorschriften ist auf deren Kommentierungen zu verweisen.

1760. Aus der Rechtsprechung EuGH C-391/95 vom 17. November 1998 N. 19 = ECLI:EU:C:1998:543; EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 40 (beide zum EuGVÜ); aus der schweizerischen Lehre etwa Phurtag, Rz. 387; BSK-Favalli/Augsburger, N. 112 zu Art. 31 LugÜ, je m.w.H.

erfolgt im Wesentlichen über den autonomen Begriff der *einstweiligen Massnahme* und das zusätzliche Erfordernis einer *realen Verknüpfung*.

Nach dem EuGH gelten als einstweilige Massnahmen i.S.v. Art. 31 LugÜ nur Massnahmen, die eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage verhindern sollen, um Rechte zu sichern, deren Anerkennung im Übrigen bei dem in der Hauptsache zuständigen Gericht beantragt wird.[1761] Zudem verlangt der EuGH angesichts der Möglichkeit, mittels exorbitanter Massnahmegerichtsstände die im LugÜ vorgesehenen Hauptsachegerichte zu umgehen, dass zwischen dem Gegenstand der beantragten Massnahme und der gebietsbezogenen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts eine reale Verknüpfung bestehen muss.[1762] Noch einschränkender ist der EuGH gar bei Leistungsmassnahmen, die eine vorläufige Vollstreckung des Hauptsacheanspruchs bewirken. Für solche Leistungsmassnahmen besteht eine Zuständigkeit über Art. 31 LugÜ nur dann, wenn die gesuchstellende Partei aufgrund einer Sicherheitsleistung gewährleistet, dass die Gesuchsgegnerin bei Obsiegen in der Hauptsache den bereits bezahlten Betrag zurückerhält und die Massnahme nur Vermögensgegenstände betrifft, die sich im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Massnahmegerichts befinden bzw. befinden müssten.[1763] 69

iii. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme

Nach überwiegender Ansicht kann die gesuchstellende Partei vor Rechtshängigkeit der Hauptsache grundsätzlich unter allen gemäss LugÜ virtuell zuständigen Hauptsachegerichten wählen.[1764] Dabei kann sich das Wahlrecht aber nur auf solche Hauptsachegerichte beziehen, die die gesuchstellende Partei bei einer Klageeinreichung selbst anrufen könnte.[1765] 70

Nicht gänzlich geklärt erscheint dagegen, ob das Wahlrecht für das Massnahmeverfahren mit Bezug auf die virtuellen Hauptsachegerichte auch 71

1761. EuGH C-261/90 vom 26. März 1992 N. 34 = ECLI:EU:C:1992:149; dem folgt auch das schweizerische Bundesgericht, s. BGE 125 III 451 E. 3b (zum aLugÜ); vgl. dazu auch Markus/Conrad, S. 244.

1762. EuGH C-391/95 vom 17. November 1998 N. 40 = EuGHE 1998 I 7122; siehe zu diesem Erfordernis eingehend BSK-Favalli/Augsburger, N. 153 ff. zu Art. 31 LugÜ; Markus/Conrad, S. 246 ff.

1763. EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 42 = ECLI:EU:C:1999:202999; dem folgt auch das schweizerische Bundesgericht, s. BGE 125 III 451 E. 3b (zum aLugÜ); vgl. dazu auch Markus/Conrad, S. 246.

1764. Statt vieler nur Phurtag, Rz. 398; ferner BSK-Favalli/Augsburger, N. 118 zu Art. 31 LugÜ.

nach Rechtshängigkeit der Hauptsache in einem anderen Vertragsstaat fortbesteht. Ein Teil der Lehre gesteht der gesuchstellenden Partei auch in diesem Fall ein unbeschränktes Wahlrecht unter den virtuellen Hauptsachegerichten zu.[1766] Begründet wird dies damit, dass dem Übereinkommen nichts anderes entnommen werden könne und die gegenteilige Ansicht die Effektivität des vorsorglichen Rechtsschutzes in Europa stark beschränke.[1767] Andere Lehrmeinungen verneinen dagegen ein unbeschränktes Wahlrecht und gestehen anderen virtuellen Hauptsachegerichten die Massnahmezuständigkeit nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht zu.[1768] M.E. ist tendenziell eher der letzteren Auffassung beizutreten. Da die nationalen Rechte regelmässig eine Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort oder ähnlichen Orten vorsehen,[1769] ist ein effektiver vorsorglicher Rechtsschutz über Art. 31 LugÜ und das nationale Recht gewährleistet. Für eine darüberhinausgehende uneingeschränkte Massnahmezuständigkeit an einem nur noch theoretisch zuständigen Hauptsachegericht besteht daher kein Bedarf.[1770]

iv. Gerichtsstandsvereinbarungen

72 Unter den Voraussetzungen von Art. 23 LugÜ können auch unter dem LugÜ Gerichtsstandsvereinbarungen abgeschlossen werden, die sich auf die Massnahmezuständigkeit auswirken. Nicht gänzlich geklärt ist dabei der Umfang der Derogationswirkung einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung für die Massnahmezuständigkeit am Ort der Hauptsache und für jene nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht.

73 Nach überwiegender Ansicht derogiert eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache jedenfalls die Massnahmezuständigkeit an anderen virtuellen Hauptsachegerichten.[1771]

1765. Vgl. insbesondere mit Bezug auf Art. 2 LugÜ Phurtag, Rz. 387.

1766. Eingehend Phurtag, Rz. 401; ferner Walter/Domej, S. 565; Geimer/Schütze, N. 3 zu Art. 35 EuGVVO.

1767. Eingehend Phurtag, Rz. 401; ferner Geimer/Schütze, N. 3 zu Art. 35 EuGVVO.

1768. BSK-Favalli/Augsburger, N. 122 zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 19 zu Art. 31 LugÜ.

1769. Vgl. für CH: Art. 10 lit. b IPRG (Vollstreckungsort); DE: § 23 i.V.m. § 937 Abs. 1 dZPO (Ort des Vermögens).

1770. Ebenso die Einschätzung bei BSK-Favalli/Augsburger, N. 122 zu Art. 31 LugÜ.

Dieser Ansicht ist m.E. beizupflichten. Andere Hauptsachegerichte sind in dieser Konstellation in der Hauptsache nicht mehr zuständig, so dass die auf die Hauptsachezuständigkeit gestützte Massnahmezuständigkeit virtueller Hauptsachegerichte auch unter dem LugÜ entfallen muss. Ob auch die Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht derogiert werden kann, ist dagegen schwieriger zu beurteilen. Umstritten ist bereits, ob diese Frage nach der *lex fori* oder autonom nach dem LugÜ zu beurteilen ist. Nach dem Bundesgericht und der wohl überwiegenden schweizerischen Lehre richtet sich diese Frage nach der *lex fori*, d.h. in der Schweiz nach dem IPRG. Dabei gelte, dass eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache grundsätzlich auch die Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht derogiere, soweit dieses Gericht nicht allein in der Lage sei, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen.[1772] M.E. werden Voraussetzungen und Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung dagegen eigenständig und abschliessend durch das LugÜ geregelt, so dass für diese Frage trotz des pauschalen Verweises in Art. 31 LugÜ ein Rückgriff auf das nationale Recht nicht statthaft ist.[1773] Massgebend für die Beurteilung der Derogationswirkung muss nach dem LugÜ daher grundsätzlich der Parteiwille sein, wobei m.E. bei fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf die Massnahmezuständigkeit im Regelfall eher davon auszugehen sein wird, dass die Parteien diese nicht derogieren wollten.[1774]

1771. BSK-Favalli/Augsburger, N. 135 zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 25 zu Art. 31 LugÜ; wohl auch CR-Bucher, N. 31 zu Art. 31 LugÜ; siehe auch BGE 125 III 451 E. 3b (zum aLugÜ); ferner Geimer/Schütze, N. 192 zu Art. 25 EuGVVO; BeckOK-Kelle, N. 11 zu Art. 35 EuGVVO; a.A. dagegen Phurtag, Rz. 571; ferner MüKo-Gottwald, N. 16 zu Art. 35 EuGVVO.

1772. Für eine nationale Beurteilung BGE 125 III 451 E. 3a (zum aLugÜ); daran anschliessend BSK-Favalli/Augsburger, N. 122 zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 26 zu Art. 31 LugÜ; Markus/Conrad, S. 244; a.A. dagegen Phurtag, Rz. 572 f.; ferner Geimer/Schütze, N. 20 zu Art. 35 EuGVVO.

1773. Phurtag, Rz. 572 f.; ferner Geimer/Schütze, N. 20 zu Art. 35 EuGVVO.

1774. Ebenso Phurtag, Rz. 574; ferner BeckOK-Kelle, N. 11 zu Art. 35 EuGVVO; im Regelfall dagegen von einer vom Parteiwillen gedeckten Derogation ausgehend Geimer/Schütze, N. 20 zu Art. 35 EuGVVO.

2. Anwendbares Recht

74 Die Frage nach dem auf vorsorgliche Massnahmen anwendbaren Recht ist, jedenfalls wenn das IPRG die Frage nicht selbst regelt (s. z.B. Art. 62 Abs. 2 IPRG), sehr umstritten.

75 In der Lehre zeichnet sich eine Tendenz ab, die Frage des Verfügungsanspruchs der in der Hauptsache anwendbaren *lex causae* zu unterstellen, die übrigen prozessualen Voraussetzungen und Aspekte aber nach der *lex fori* zu beurteilen.[1775] In diese Richtung geht auch ein Entscheid des Bundesgerichts zum Arrest, wonach die Frage der Fälligkeit der Arrestforderung nicht einfach nach schweizerischem Recht, sondern nach dem anwendbaren ausländischen Recht zu beurteilen sei.[1776] Dies erscheint m.E. sachgerecht. Vorsorgliche Massnahmen sind nicht Selbstzweck, sondern dienen der Verwirklichung des materiellen Rechts in der Hauptsache. Ist aber in der Hauptsache ausländisches Recht anwendbar, so kann es für die Beurteilung des Verfügungsanspruchs im Massnahmeverfahren grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob dieser nach der in der Hauptsache allenfalls nicht anwendbaren *lex fori* gegeben wäre oder nicht. Aus demselben Grund sollte für die Bestimmung der *lex causae* bei im Ausland hängigem Hauptsacheverfahren – soweit das schweizerische Gericht gehalten ist, dessen Zuständigkeit zu respektieren – nicht auf das schweizerische IPRG, sondern auf das IPR des ausländischen Gerichtsstaates abgestellt werden.

76 Eine andere Frage ist dagegen, wie der Inhalt des ausländischen Rechts festzustellen ist. Grundsätzlich ist dies auch im Massnahmeverfahren nach Art. 16 IPRG zu beurteilen. Nach Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts *von Amtes wegen* festzustellen, wobei die Mitwirkung der Parteien verlangt werden kann. Bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten kann den Parteien gar der Nachweis des ausländischen Rechts übertragen werden. Bei Nichtfeststellbarkeit des ausländischen Rechts ist nach Art. 16 Abs. 2 IPRG das schweizerische Recht als Ersatzrecht anzuwenden. Dabei ist indes zu beachten, dass die Anforderungen an die amtswegige Feststellung des ausländischen Rechts gemäss Bundesgericht mit

1775. Phurtag, Rz. 280 ff.; ferner CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 11 ff. zu Art. 10 IPRG; Schulthess Komm.-Huber N. 46 f. zu Art. 261 ZPO; BSK-Sprecher, N. 20 zu Vor Art. 261-269 ZPO; Walter/Domej, S. 560; eingehend zur Thematik und mit weiteren Nachweisen auch Kren Kostkiewicz, S. 296 ff.

1776. BGer 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 4.1.

zunehmender Dringlichkeit des Massnahmeverfahrens abnehmen, so dass es im Arrestverfahren (und wohl auch in anderen superprovisorischen Massnahmeverfahren) jedenfalls nicht willkürlich sei, direkt schweizerisches Ersatzrecht anzuwenden.[1777] In diesem Sinne ist die gesuchstellende Partei, die an der Anwendung ausländischen Rechts interessiert ist, gut beraten, den Nachweis des ausländischen Rechts soweit möglich von sich aus zu erbringen.[1778]

3. Anerkennung und Vollstreckung

a. Anerkennung und Vollstreckung nach IPRG

77 Die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 25 ff. IPRG ist in der Lehre, soweit nicht speziell in besonderen Normen des IPRG geregelt (s. z.B. Art. 96 Abs. 3 IPRG), umstritten und vom Bundesgericht – soweit ersichtlich – immer noch nicht höchstrichterlich geklärt.[1779] Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes in allen seinen Verästelungen sprengt den Rahmen dieser Kommentierung, so dass an dieser Stelle darauf verzichtet wird.[1780] Die Diskussion dreht sich dabei vor allem darum, ob vorsorgliche Massnahmeentscheide die Voraussetzung der formellen Rechtskraft bzw. der Endgültigkeit nach Art. 25 lit. b IPRG erfüllen können. M.E. ist dies tendenziell eher zu bejahen, da auch Massnahmeentscheide formell rechtskräftig, d.h. nicht mehr durch ordentliche Rechtsmittel anfechtbar sein können. Massnahmeentscheide können daher durchaus die erste Alternative von Art. 25 lit. b IPRG erfüllen, weshalb ihre Anerkennungs- und

1777. BGer 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 4.1; bestätigt in BGer 5A_60/2013 vom 27. Mai 2013 E. 3.2.1.2; siehe jüngst auch BGer 5A_248/2020 vom 30. Juni 2021 E. 3.3 ff.; vgl. zur provisorischen Rechtsöffnung auch BGE 140 III 456 E. 2.3 f. = Pra 104 (2015) Nr. 36; s.a. Phurtag, Rz. 282.

1778. Vgl. BGE 145 III 213 E. 6.1.2 = Pra 108 (2019) Nr. 124, wonach im Rechtsöffnungsverfahren aufgrund der Dringlichkeit keine amtswegige Prüfung stattfinde und es der betreibenden Partei auch ohne gerichtliche Aufforderung obliege, das ausländische Recht nachzuweisen; ZK-Girsberger/Furrer, N. 75 zu Art. 16 IPRG; vgl. in einem gegenteiligen Kontext zu Art. 257 ZPO auch Droese, S. 256 f.

1779. Eingehend Phurtag, Rz. 305 ff., insb. Rz. 323, m.w.H. auf den Meinungsstand; ferner Markus/Conrad, S. 239; BSK-Sprecher, N. 25 zu Vor Art. 261-269 ZPO; Walter/Domej, S. 421.

1780. Eingehend Phurtag, Rz. 314, bei dem sich in Rz. 315 ff. eine umfassende Darlegung des Meinungsstands in Lehre und Rechtsprechung findet; siehe ebenso mit zahlreichen Hinweisen auf die ältere Lehre Kren Kostkiewicz, S. 302 ff.

Vollstreckungsfähigkeit auch unter dem IPRG m.E. nicht grundsätzlich verneint werden kann.[1781]

b. Anerkennung und Vollstreckung nach LugÜ

78 Extraterritoriale Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes eines Vertragsstaates im sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ sind grundsätzlich Entscheidungen i.S.v. Art. 32 LugÜ. Als solche können sie unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 33 ff. LugÜ in allen anderen Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt bzw. für vollstreckbar erklärt werden. Neben den allgemeinen Voraussetzungen gilt es bei Massnahmeentscheiden indes gewisse Besonderheiten zu beachten.[1782]

79 Nach dem EuGH setzt die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit eines Massnahmeentscheids voraus, dass der Gesuchsgegnerin im Ursprungsstaat das rechtliche Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren gewährt wurde.[1783] Dabei genügt es, wenn sich die Gesuchsgegnerin vor deren Anerkennung und Vollstreckung im Ursprungsstaat theoretisch habe vernehmen lassen bzw. die Anordnung theoretisch habe anfechten können.[1784] Konsequenzen hat diese Rechtsprechung vor allem für die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit von sogenannten *ex-parte*-Entscheiden bzw. superprovisorischen Massnahmen. Nach schweizerischem Recht findet nach einem superprovisorischen Massnahmeverfahren von Amtes wegen ein provisorisches Massnahmeverfahren zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs der Gesuchsgegnerin und zur Überprüfung des superprovisorischen Massnahmeentscheids statt (vgl. Art. 263 Abs. 2 ZPO). Fraglich könnte vor diesem Hintergrund sein, ob der (schweizerische) superprovisorische Massnahmeentscheid bereits nach Gewährung des rechtlichen Gehörs, aber vor Abschluss des Bestätigungsverfahrens in den anderen Vertragsstaaten

1781. Ebenso Walter/Domej, S. 422; ablehnend dagegen Phurtag, Rz. 338 *in fine*.

1782. Eingehend zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung unter Berücksichtigung der spezifischen Anforderungen bei vorsorglichen Massnahmen Phurtag, Rz. 585 ff.

1783. EuGH Rs. 125/79 vom 21. Mai 1980 = ECLI:EU:C:1980:130 (zum EuGVÜ).

1784. EuGH C-474/93 vom 13. Juli 1995 N. 14 f. = ECLI:EU:C:1995:243; EuGH C-39/02 vom 14. Oktober 2004 N. 50 f. = ECLI:EU:C:2004:615 (beide zum EuGVÜ); vgl. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 129 III 626 E. 5.2.3; BGer 4P.331/2005 vom 1. März 2006 E. 7.4; BGer 4A_80/2007 vom 31. August 2007 E. 4.1 (alle zum aLugÜ); zur Anwendbarkeit dieser Praxis auf das LugÜ Phurtag, Rz. 642 f., sowie zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rz. 646 ff., m.w.H.

nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet nicht nur das Recht, dass die Gesuchsgegnerin sich äussern kann, sondern – jedenfalls in gewisser Weise – auch die Pflicht des Gerichts, auf diese Äusserungen bei seinem Entscheid einzugehen.[1785] M.E. sprechen daher die besseren Gründe dafür, die gestellte Frage zu verneinen, womit superprovisorische Massnahmeentscheide des schweizerischen Rechts in den anderen Vertragsstaaten nicht nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden können.[1786] Freilich kann aber der die superprovisorische Massnahme bestätigende Massnahmeentscheid nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden. Ausländische superprovisorische Massnahmeentscheide können dagegen in der Schweiz nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden, soweit die Rechtsmittelfrist oder eine Frist zur Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens bereits ungenutzt abgelaufen ist.[1787]

Besonderheiten bestehen sodann bei Massnahmeentscheiden, die gestützt auf 80
eine Zuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht ergehen. Nach dem EuGH ist bei solchen Entscheiden über eine *Leistungsmassnahme* im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung zu prüfen, ob diese nach den Kriterien des EuGH eine einstweilige Massnahme i.S.v. Art. 31 LugÜ darstellt, d.h. die Leistungsmassnahme nur gegen eine Sicherheitsleistung angeordnet wurde und nur Vermögensgegenstände betrifft, die sich im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Massnahmegerichts befinden bzw. befinden müssten.[1788] Der EuGH hält dabei sinngemäss dafür, dass es sich bei dieser Prüfung nicht um eine verpönte Überprüfung der Zuständigkeit des Ursprungsgerichts handle.[1789] Ob diese dogmatische Einordnung zutreffend ist, erscheint mindestens diskussionswürdig,[1790] wird doch jedenfalls *de facto* dadurch die Zuständigkeit des Ursprungsgerichts überprüft. Nicht gänzlich geklärt erscheint sodann, inwieweit das für die

1785 Vgl. aus schweizerischer Perspektive etwa BSK-Karlen/Hänni, N. 29 zu Art. 29 BV, m.w.H.

1786 Ebenso und mit eingehenderer Begründung Phurtag, Rz. 651; denkbar ist aber unter Umständen eine Anerkennung und Vollstreckung nach nationalem Recht, vgl. dazu Domej, S. 545 f., m.w.H.

1787 Vgl. auch Phurtag, Rz. 649; denkbar ist beispielsweise, dass das ausländische Recht vorsieht, dass die Gesuchsgegnerin Widerspruch erheben muss, damit ihr das rechtliche Gehör gewährt wird (vgl. z.B. § 397 Ö-EO).

1788 EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 53 f. = ECLI:EU:C:1999:202 (zum EuGVÜ).

1789 EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 49 = ECLI:EU:C:1999:202 (zum EuGVÜ).

1790 Eingehend (und ablehnend) Phurtag, Rz. 658 ff.

Zuständigkeit nach Art. 31 LugÜ erforderliche Element der *realen Verknüpfung* im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung nachzuprüfen ist. In Bezug auf Leistungsmassnahmen dürfte sich die Frage aufgrund der begrifflichen Eingrenzung der einstweiligen Massnahmen auf Vermögensgegenstände im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Ursprungsgerichts ohnehin weitgehend erübrigen.[1791] Vom vergleichbaren Schutzgedanken her, dass durch die *reale Verknüpfung* ebenso eine Umgehung der Zuständigkeitsvorschriften in der Hauptsache verhindert werden sollte, erscheint es m.E. durchaus naheliegend, auch bei den übrigen Massnahmearten im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung die reale Verknüpfung zu überprüfen.[1792] Nach dem Gesagten dürfte daher regelmässig kaum Raum für eine Anerkennung und Vollstreckung extraterritorialer Massnahmen gestützt auf Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht bestehen.[1793] In der EuGVVO wurde die Anerkennung und Vollstreckung von nach Art. 35 EuGVVO in Verbindung mit dem nationalen Recht ergangenen Massnahmeentscheiden daher gar ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Art. 2 lit. a UAbs. 2 EuGVVO).[1794]

C. Massnahmegesuch

81 Das Massnahmeverfahren wird durch Gesuch eingeleitet, welches grundsätzlich in den Formen nach Art. 130 ZPO zu stellen ist, in einfachen oder dringenden Fällen aber auch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden kann (s. Art. 252 ZPO). Im Übrigen gelten grundsätzlich die allgemeinen Anforderungen nach Art. 221 ZPO (i.V.m. Art. 219 ZPO).[1795]

82 In der Lehre wird diskutiert, inwieweit eine Spezifizierung der beantragten vorsorglichen Massnahme erforderlich sei. Teilweise wird vertreten, dass angesichts des weiten gerichtlichen Ermessens bei der Inhaltsgestaltung ein allgemein gefasstes Rechtsbegehren, aus dem das Rechtsschutzziel hervorgehe, genüge und das Gericht nicht an ein bestimmtes Rechtsbegehren

1791. Vgl. auch ähnlich Phurtag, Rz. 656; ferner BGE 129 III 626 E. 5.3.3 *e contrario* (zum aLugÜ).

1792. Dies befürwortend Phurtag, Rz. 656; Walter/Domej, S. 571; wohl auch BGE 129 III 626 E. 5.3.3 *e contrario* (zum aLugÜ); a.A. dagegen BSK-Favalli/Augsburger, N. 227 ff. zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 36 Fn. 134 zu Art. 31 LugÜ.

1793. SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 36.

1794. Vgl. dazu auch Domej, S. 543 f.

1795. HGer ZH HE 120284 vom 18. Juli 2012 E. 1.2 = ZR 111/2012 Nr. 57; BSK-Sprecher, N. 7 zu Art. 261 ZPO.

gebunden sei.[1796] Dagegen wird eingewendet, dass dies der Bedeutung des Rechtsbegehrens (insb. auch mit Blick auf die Verteidigungsmöglichkeiten der Gesuchsgegnerin) bzw. der Dispositionsmaxime widerspreche, die richterliche Unabhängigkeit ernsthaft gefährde und die gesuchstellende Partei sonst kausal für eine Massnahme haften müsse, die sie so u.U. gar nicht gewollt habe.[1797] Grundsätzlich ist vom Erfordernis eines bestimmten Massnahmebegehrens auszugehen. Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums des Gerichts ist es m.E. aber zulässig, dass das Gericht eine andere (besser geeignete) oder aber eine mildere Massnahme als die beantragte anordnet.[1798] Dies mindestens solange als die Massnahme für die Gesuchsgegnerin in der Sache nicht «einschneidender» ist. Die Dispositionsmaxime gilt in diesem Sinne nur eingeschränkt.

D. Festsetzung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens und deren Verlegung

In Bezug auf die Prozesskosten und deren Verlegung gelten im Grundsatz die allgemeinen Bestimmungen nach Art. 95 ff. ZPO, wobei nach Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO die Gesuchsgegnerin keine Sicherheit für ihre Parteientschädigung verlangen kann. Nach Art. 104 Abs. 3 ZPO kann über die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Dabei gilt es zwischen dem Massnahmeverfahren vor und jenem während eines Hauptsacheverfahrens zu differenzieren. 83

Nach allgemeiner Ansicht werden die Kosten des Massnahmeverfahrens während eines Hauptsacheverfahrens bei Gutheissung des Massnahmegesuchs i.d.R. erst zusammen mit dem Endentscheid in der Hauptsache (und gemäss dessen Ausgang) festgesetzt und verteilt. Bei Abweisung des Massnahmegesuchs während hängigem Hauptsacheverfahren trifft die gesuchstellende Partei die Kostenpflicht für das Massnahmeverfahren dagegen auch dann, wenn sie in der Hauptsache 84

1796 BK-Güngerich, N. 51 f. zu Art. 262 ZPO; zustimmend im Einzelfall BSK-Sprecher, N. 8 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Meng, S. 86 f.; relativierend auch Hasenböhler, Verfügung, S. 30; Vogel, S. 98 f.

1797 Eingehend Schai, Rz. 139 ff.; vgl. ferner Alder, S. 64 f.; Schenker, S. 34 und 98; Zürcher, S. 120.

1798 Ebenso BK-Güngerich, N. 51 zu Art. 262 ZPO; vgl. zum früheren Recht auch Vogel, S. 98 f.

obsiegen sollte.[1799] Das Gericht kann dies entweder im Massnahmeentscheid oder aber im Hauptsacheentscheid berücksichtigen.

85 Während nach allgemeiner Ansicht die gesuchstellende Partei bei Abweisung des Massnahmegesuchs vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens die Prozesskosten nach Art. 106 Abs. 1 ZPO endgültig tragen muss, ist die Rechtslage bei Gutheissung desselben äusserst umstritten.[1800] Die überwiegende Ansicht hält m.E. zu Recht dafür, dass die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens diesfalls einstweilen der obsiegenden gesuchstellenden Partei auferlegt werden, wobei die Verpflichtung zur Leistung einer Parteientschädigung nur für den Fall der unterbliebenen Prosekution angeordnet wird.[1801] Dies entspricht jedenfalls sinngemäss auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur vorsorglichen Beweisführung.[1802] Gleichwohl muss m.E. für Fälle, in denen die Gesuchsgegnerin während laufender Prosekutionsfrist den Verfügungsanspruch in prozessrechtlich relevanter Weise anerkennt, eine Abänderung der Kostenverlegung zu Gunsten der gesuchstellenden Partei im Massnahmeverfahren über Art. 268 Abs. 1 ZPO vorbehalten bleiben.[1803]

E. Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide

1. Rechtsmittel nach ZPO

a. Berufung (Art. 308 ff. ZPO)

86 Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen steht grundsätzlich die *Berufung* offen, soweit es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt oder bei einer vermögensrechtlichen Streitigkeit der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren CHF 10‘000 übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO) und keine Ausnahme nach Art. 309 ZPO vorliegt. Der Wortlaut der ZPO ist insoweit nicht gänzlich präzise, da als Anfechtungsobjekt der Berufung nur

1799 Statt vieler nur BK-Sterchi, N. 10 zu Art. 104 ZPO.

1800 Statt vieler nur BK-Sterchi, N. 10 zu Art. 104 ZPO; eingehend Honegger-Müntener, S. 185 ff.

1801 KUKO-Schmid/Jent-Sørensen, N. 5 zu Art. 104 ZPO; a.A. BK-Sterchi, N. 12 f. zu Art. 104 ZPO; eingehend mit zahlreichen weiteren Nachweisen Honegger-Müntener, S. 188 f. und 191 ff.

1802 Vgl. dazu BGE 140 III 30; siehe auch Honegger-Müntener, S. 195 f.

1803 Siehe bereits Honegger-Müntener, S. 197.

erstinstanzliche Massnahmeentscheide eines unteren kantonalen Gerichts in Frage kommen können. Erstinstanzliche Massnahmeentscheide der einzigen kantonalen Instanz (vgl. Art. 5 Abs. 2 ZPO, Art. 6 Abs. 5 ZPO) sind dagegen nur nach BGG anfechtbar.[1804]

Ob es sich bei erstinstanzlichen Massnahmeentscheiden um eine eigenständige Entscheidkategorie handelt, ist in der Lehre umstritten.[1805] Die Frage ist m.E. vorwiegend theoretischer Natur, ohne dass damit praktische Konsequenzen verbunden wären. Selbst jene Meinungen, die Entscheide über vorsorgliche Massnahmen als eigene Entscheidart betrachten, halten nämlich dafür, dass nicht jeder im Massnahmeverfahren ergangene Entscheid als „Entscheid über vorsorgliche Massnahmen" i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO (bzw. auch Art. 319 lit. a ZPO) gelten könne. So seien Anordnungen des Massnahmegerichts, die im Hauptsacheverfahren nicht als End- oder Zwischenentscheid zu qualifizieren wären (z.B. eine Editionsverfügung), ebenfalls prozessleitende Verfügungen, die auch im Massnahmeverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO der Beschwerde unterlägen. Ebenso seien Entscheide des Massnahmegerichts, die im Rahmen des Massnahmeverfahrens ergingen und im Hauptsacheverfahren als Zwischenentscheide qualifiziert werden könnten (z.B. betreffend die Zuständigkeit), ohnehin der Regelung nach Art. 237 Abs. 2 ZPO unterstellt.[1806] Insoweit beschränkt sich die Bedeutung der expliziten Nennung der Entscheide über vorsorgliche Massnahmen auf den gutheissenden bzw. den abweisenden Massnahmeentscheid bzw. den Nichteintretensentscheid im Massnahmeverfahren. Ob dies die Annahme einer eigenständigen Entscheidart rechtfertigt, erscheint zweifelhaft, zumal nach dem Rechtsmittelsystem der ZPO ohnehin nicht entscheidend wäre, ob man den Massnahmeentscheid nun als End-, Teil- oder auch als Zwischenentscheid ansehen möchte, da er den gleichen Anfechtungsregelungen untersteht.[1807]

87

1804 BK-Sterchi, N. 22 zu Art. 308 ZPO; vgl. auch Art. 75 Abs. 2 lit. a und lit. b BGG.

1805 Für eine eigenständige Entscheidkategorie BK-Killias, N. 22 zu Art. 237 ZPO; Leuenberger, Endentscheid, S. 99; Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 33 zu Art. 308 ZPO; Schulthess Komm. Staehelin, N. 8 zu Art. 236 ZPO; Steiner, Rz. 77; a.A. dagegen Seiler, Rz. 298; wohl auch BK-Sterchi, N. 20 zu Art. 308 ZPO; vgl. ferner zur Qualifikation als Teilentscheide ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 27 zu Art. 308 ZPO; sowie als Zwischenentscheide (materiellen Inhalts) BSK-Spühler, N. 7 zu Art. 308 ZPO.

1806 Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 34 zu Art. 308 ZPO; Steiner, Rz. 71 f.; gleicher Meinung aber die gegenteilige Lehrmeinung vertretend auch Seiler, Rz. 298.

1807 Ähnlich wie hier ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 27 zu Art. 308 ZPO.

88 Strittig ist sodann, ob gegen superprovisorisch ergangene Massnahmeentscheide eine Berufung zulässig ist. Nach wohl überwiegender Auffassung können superprovisorische Massnahmen wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses sowohl bei Anordnung als auch bei Verweigerung der Massnahme nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden.[1808] Dieser Rechtsmittelausschluss ist m.E. mit einem gewichtigen Teil der Lehre jedenfalls bei Verweigerung der superprovisorischen Massnahme abzulehnen.[1809] Die superprovisorische Massnahme erfordert nach Art. 265 Abs. 1 ZPO «besondere Dringlichkeit», die vorliegt, wenn es glaubhaft erscheint, dass ein schlagartiges Eingreifen (ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin) erforderlich ist, um unzumutbare Nachteile abzuwenden.[1810] Verneint nun das Massnahmegericht eine solche besondere Dringlichkeit und steht der gesuchstellenden Partei dagegen kein Rechtsmittel offen, nimmt die Rechtsordnung bei einer ungerechtfertigten Verneinung der besonderen Dringlichkeit in Kauf, dass im «normalen Massnahmeverfahren» überhaupt kein effektiver Rechtsschutz mehr möglich ist. Immerhin lässt selbst das Bundesgericht in gewissen besonders sensitiven Materien diesfalls eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht im Sinne einer Ausnahme zu.[1811]

89 Nicht gänzlich geklärt scheint auch, wie sich der Streitwert bzw. die vermögensrechtliche Natur des Massnahmeentscheids bestimmt. Die wohl überwiegende Auffassung geht dahin, dass dafür der Streitwert bzw. die Natur der vorsorglichen Massnahme an sich massgebend sei.[1812] Andere stellen

1808 BGE 137 III 417 E. 1.3; BGE 139 III 86 E. 1.1.1 = Pra 103 (2014) Nr. 69; KGer LU 3C 19 4 vom 20. Februar 2019 E. 1.1 = LGVE 2019 II Nr. 3; KGer LU 3B 11 59 vom 5. November 2011 E. 2.3 = CAN 2012 Nr. 53; KGer SZ ZK2 2012 52 vom 1. Oktober 2012 E. 3 = EGV SZ 2012, A 3.4; OGer TG ZR.2013.38 vom 31. Juli 2013 = RBOG 2013, 189; aus der Lehre BK-Sterchi, N. 21 zu Art. 261 ZPO; Schulthess Komm.-Huber, N. 20 ff. zu Art. 265 ZPO; BSK-Spühler, N. 7 zu Art. 308 ZPO.

1809 Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 34 zu Art. 308 ZPO; siehe zum Ganzen eingehend und mit weiteren Nachweisen Sogo, S. 1 ff., insb. S. 7f.

1810 DIKE Komm.-Zürcher, N. 5 zu Art. 265 ZPO.

1811 Vgl. dazu BGE 140 III 289 E. 1.1; BGer 5A_473/2010 vom 23. Juli 2010 E. 1.1; BGer 5A_508/2012 vom 28. August 2012 E. 3.1.

1812 KGer BL 410 11 320 vom 31. Januar 2012 E. 1; KGer FR 101 2015 185 vom 27. Oktober 2015 E. 1a; HGer BE ZK 15 615 vom 8. März 2016 E. III.23 (indes nur «vorliegend»); OGer BE ZK 14 389 vom 27. Januar 2015 E. II.2.1; Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 41 zu Art. 308 ZPO; DIKE Komm.-Blickenstorfer, N. 32 zu Art. 308 ZPO; Fachhandbuch-Moret, Rz. 29.13; BSK-Spühler, N. 8 zu Art. 308 ZPO, der indes unentschlossen scheint und gerade in der folgenden N. 9 ausdrücklich die gegenteilige Ansicht vertritt.

dagegen – wie bei Teil- und Zwischenentscheiden – auf die Hauptsache ab.[1813] Das Bundesgericht folgt für das BGG grundsätzlich der letzteren Ansicht. Soweit es die fragliche vorsorgliche Massnahme als selbstständig eröffneten Zwischenentscheid (im Sinne des BGG) qualifiziert, stellt es auf den Streitwert bzw. die Natur der Hauptsache ab, soweit die Hauptsache freilich überhaupt noch streitig ist.[1814] Nur wenn es den Massnahmeentscheid ausnahmsweise als Endentscheid qualifiziert, scheint es generell auf den Streitwert der Massnahme abzustellen.[1815] Direkt zur Rechtslage nach Art. 308 Abs. 2 ZPO hat sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – dagegen noch nicht geäussert. M.E. ist aus Gründen der Kongruenz des Rechtsmittelsystems für die ZPO von denselben Grundsätzen auszugehen, wie für das bundesgerichtliche Verfahren. Demnach ist auf den Streitwert bzw. die Natur der Hauptsache abzustellen, soweit die Massnahme (noch) der Sicherung eines Hauptsacheanspruchs dient. Dies gilt grundsätzlich sowohl, wenn die Massnahme während eines Hauptsacheverfahrens erging, als auch dann, wenn die vorsorgliche Massnahme vor Rechtshängigkeit der Hauptsache erlassen wurde.[1816]

Für das Berufungsverfahren gelten ansonsten die allgemeinen Vorschriften nach Art. 310 ff. ZPO, wobei gewisse Besonderheiten bestehen. Da Massnahmeentscheide im summarischen Verfahren ergehen (Art. 248 lit. d ZPO), beträgt die Berufungsfrist nur 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO), wofür keine Gerichtsferien gelten (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).[1817] Eine Anschlussberufung ist unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Schliesslich hat die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Diese kann aber ausnahmsweise gewährt werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Gemäss Bundesgericht darf der 90

1813. OGer ZH LF190007 vom 18. März 2019 E. II.1, mit Hinweisen auf den Meinungsstand; OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. II.1.2 f., mit eingehender Begründung; einschränkend dagegen OGer ZH PC190027 vom 3. Oktober 2019 E. II.1.2; OFK-Gehri, N. 6 zu Art. 308 ZPO; DIKE Komm.-Diggelmann, N. 8 zu Art. 91 ZPO; wohl auch BK-Sterchi, N. 25 zu Art. 308 ZPO; BSK-Spühler, N. 9 zu Art. 308 ZPO, der indes unentschlossen scheint und gerade in der vorhergehenden N. 9 die gegenteilige Ansicht vertritt.

1814. BGer 5A_396/2012 vom 5. September 2012 E. 1.2; BGer 5A_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 2.1 f.; BGer 5A_923/2017 vom 4. Juni 2018 E. 1.1.

1815. Siehe etwa BGer 5A_447/2012 vom 27. August 2012 E. 1.2.

1816. Insoweit wie hier OGer ZH LF190007 vom 18. März 2019 E. II.1.

1817. Eingehend zur Frage der Geltung der Gerichtsferien BGE 139 III 78 E. 4.

Vollstreckungsaufschub nicht verweigert werden, wenn es um eine Leistungsmassnahme geht, die endgültige Wirkung haben kann, es sei denn, die Berufung erscheine von vornherein offensichtlich unbegründet bzw. offensichtlich unzulässig.[1818]

b. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO)

91 Gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann *Beschwerde* geführt werden (Art. 319 lit. a ZPO). Freilich gilt auch hier, dass nur Massnahmeentscheide einer unteren kantonalen Instanz angefochten werden können.[1819] Für das Beschwerdeverfahren gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften nach Art. 319 ff. ZPO, wobei die Beschwerdefrist nur 10 Tage beträgt, und keine Gerichtsferien gelten (s. Art. 321 Abs. 2 ZPO; Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

c. Revision (Art. 328 ff. ZPO)

92 Ob vorsorgliche Massnahmeentscheide dem «Notrechtsmittel» der Revision überhaupt unterliegen, erscheint noch nicht gänzlich geklärt. Während einige Autoren dies generell ablehnen, weil eine vorsorgliche Massnahme nicht materiell rechtskräftig werde,[1820] nimmt eine andere – m.E. zutreffende – Ansicht eine Differenzierung vor. Massgebend ist danach, inwieweit eine vorsorgliche Massnahme im Falle der Anordnung abgeändert oder aufgehoben bzw. im Falle der Verweigerung neu verlangt werden kann.[1821] Dies hat zwar zur Folge, dass Massnahmeentscheide i.d.R. nicht revisionsfähig sind.[1822] Wird beispielsweise ein Massnahmegesuch abgewiesen, so steht es der gesuchstellenden Partei grundsätzlich offen, ein neues Gesuch mit bislang nicht berücksichtigten Tatsachen und Beweismitteln zu untermauern.[1823] Angesichts der bundesgerichtlichen Praxis, dass nach Art. 268 ZPO bei veränderten Umständen oder sich nachträglich als ungerechtfertigt

1818 Siehe dazu BGE 138 III 378 E. 6 = Pra 102 (2013) Nr. 6.

1819 Vgl. dazu und zur grundsätzlichen Nichtanfechtbarkeit von superprovisorischen Massnahmeentscheiden die Ausführungen hiervor zur Berufung.

1820 In diesem Sinne generalisierend etwa DIKE Komm.-Schwander, N. 14 zu Art. 328 ZPO; OFK-Gehri, N. 1 zu Art. 328 ZPO; BK-Sterchi, N. 9 zu Art. 328 ZPO.

1821 KGer SG FS.2019.9 vom 23. September 2019 E. 1b; Schulthess Komm.-Freiburghaus/Afheldt, N. 8 zu Art. 328 ZPO; BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO.

1822 OGer ZH LH130001 vom 16. Dezember 2013 E. 3.2 = ZR 113/2014 Nr. 16; Schulthess Komm.-Freiburghaus/Afheldt, N. 8 zu Art. 328 ZPO; BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO.

1823 BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO; vgl. zur Arresteinsprache auch BGE 138 III 382 E. 3.

erweisenden vorsorglichen Massnahmen keine rückwirkende Abänderung oder rückwirkende Aufhebung möglich ist,[1824] sind aber durchaus Fälle denkbar, bei denen die Folgen eines Massnahmeentscheids nicht vollständig korrigiert werden können. Vor allem ist dies dann der Fall, wenn die Gesuchsgegnerin aufgrund einer Leistungsmassnahme bereits Leistungen, insb. vorsorgliche Unterhaltszahlungen, erbringen musste, die sie aber rückwirkend weder nach Art. 268 ZPO noch mittels einer Schadenersatzklage nach Art. 264 Abs. 2 ZPO[1825] oder einer materiellen Abänderungsklage zurückverlangen kann. Für diese Fälle erscheint es aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, die Revision eines Massnahmeentscheids zuzulassen.[1826] Im Übrigen gelten für das Revisionsverfahren die allgemeinen Vorschriften nach Art. 328 ff. ZPO, wobei zu beachten ist, dass anders als nach Art. 268 ZPO nur unechte Noven überhaupt einen Revisionsgrund bilden können (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO).

2. Rechtsmittel nach BGG

Der Berufungs- oder Beschwerdeentscheid der letzten kantonalen Instanz bzw. der vorsorgliche Massnahmeentscheid einer einzigen kantonalen Instanz kann grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften mit Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) bzw. mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) angefochten werden. In beiden Fällen kann aber i.d.R.[1827] nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (s. Art. 98 BGG; vgl. auch Art. 116 BGG). 93

Für die Beschwerde an das Bundesgericht ist insbesondere zu beachten, dass Massnahmeentscheide i.d.R.[1828] als selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide gelten und daher mit beiden Beschwerdearten nur angefochten werden können, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur[1829] bewirken können oder wenn die Gutheissung 94

1824 BGE 145 III 36 E. 2.4; BGE 142 III E. 5.3; BGE 141 III 376 E. 3.3.4.

1825 Vgl. dazu bereits unter kantonalem Prozessrecht BGE 127 III 83 = Pra 91 (2002) Nr. 7.

1826 KGer SG FS.2019.9 vom 23. September 2019 E. 1b; OGer ZH LH130001 vom 16. Dezember 2013 E. 3.2 = ZR 113/2014 Nr. 16; Schulthess Komm.-Freiburghaus/Afheldt, N. 8 zu Art. 328 ZPO; BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO; vgl. auch Zogg, 64, der sich indes dafür ausspricht, dass auch eine rückwirkende Abänderung im (materiellen) Abänderungsprozess möglich sein soll.

1827 Die Beschränkung nach Art. 98 BGG besteht nur dann nicht, wenn der Massnahmeentscheid ausnahmsweise definitive Wirkung entfaltet, s. BGE 138 III 728 E. 2.4 = Pra 102 (2013) Nr. 35.

der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und[1830] Kosten ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG). Andernfalls kann der Rechtsmittelentscheid bzw. der Massnahmeentscheid nur im Rahmen der Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden, soweit sich dieser noch auf den Inhalt des Endentscheids auswirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG), was kaum je zutreffen dürfte.[1831]

Der Verfasser dankt Prof. Dr. iur. Tanja Domej, RAin Carmen Honegger, MLaw, LLM (London), Natascha Honegger, MLaw, RA Christian Stähle, MLaw, sowie Julius Schumann, Mag. iur., für die kritische Durchsicht sowie die zahlreichen und wertvollen Anregungen während der Entstehung dieser Kommentierung.

Lehre und Rechtsprechung sind bis Juli 2022 berücksichtigt.

MATERIALIEN

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

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2697 ff. (zit. Botschaft Änderung ZPO).

1828 Das Bundesgericht qualifiziert jedenfalls gewisse Massnahmeentscheide als Endentscheide, so z.B. den Arrestentscheid (s. BGE 133 III 589 E. 1); den Eheschutzentscheid (s. BGE 133 III 393 E. 4); sowie vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens (s. BGE 134 III 426 E. 2.2 = Pra 98 (2009) Nr. 6); im Übrigen gelten selbstständig eröffnete Massnahmeentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung stehen, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, als Zwischenentscheide und zwar unabhängig davon, ob die Massnahme erlassen oder verweigert wurde (s. nur BGer 4A_230/2017 vom 4. September 2017 E. 1.1). Daraus folgt, dass man sich bei einem abweisenden Massnahmeentscheid vor Rechtshängigkeit der Hauptsache prinzipiell fragen muss, ob das Gericht bei Gutheissung hätte Frist zur Prosekution ansetzen müssen.

1829 Statt vieler nur BGE 137 III 324 E. 1.1; BGer 4A_386/2021 vom 31. August 2021 E. 1.1.

1830 Entgegen dem deutschen und dem italienischen Wortlaut («oder») muss gemäss Bundesgericht ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten gespart werden können, wie dies im französischen Wortlaut («longue et coûteuse») zum Ausdruck kommt (s. dazu nur BGer 4A_605/2021 vom 5. Mai 2022 E. 1.1, m.w.H.).

1831. Ebenso die Einschätzung bei Schulthess Komm.-Huber, N. 31 zu Art. 261 ZPO.

LITERATURVERZEICHNIS

Alder Daniel, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss., Bern 1993 = Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Nr. 33.

Arens Peter, Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen, in: Ficker Hans Claudius/König Detlef/Kreuzer Karl F./Leser Hans G./Frhr. Marschall von Bieberstein Wolfgang/Schlechtriem Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 75 ff.

Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2010 (zit. SHK-BearbeiterIn).

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht: mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Auflage, Bern 2018.

Berti Stephen V., Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 116/1997, S. 171 ff.

Berger-Steiner Isabelle, Das Beweismass im Privatrecht: Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss., Bern 2007 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 745.

Bohnet François, Procédure civile, 3. Auflage, Basel 2021.

Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire romande Code de procédure civile, 2. Auflage, Basel 2019 (zit. CR-BearbeiterIn).

Briner Alfred, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Immaterialgüterrecht: Ein Überblick über die neuere Entwicklung, SJZ 1982, S. 157 ff.

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm.-BearbeiterIn).

Brunner Eugen, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989, S. 6 ff.

Bucher Andreas (Hrsg.), Commentaire romand: Loi sur le droit international privé (LDIP) – Convention de Lugano (CL), Basel 2011 (zit. CR-BearbeiterIn).

Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC-BearbeiterIn).

Chiesa Spartaco, Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989, S. 27 ff.

Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), SHK – Stämpflis Handkommentar zum LugÜ, 3. Auflage, Bern 2021 (zit. SHK-BearbeiterIn).

David Lucas/Frick Markus R./Kunz Oliver M./Studer Matthias U./Zimmerli Daniel, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: Teilband 2, 3. Auflage, Basel 2011.

Domej Tanja, Die Neufassung der EuGVVO: Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, RabelsZ 78 (2014), S. 509 ff.

Droese Lorenz, Unklarheiten um den klaren Fall gemäss Art. 257 ZPO, ZBJV 155/2019, S. 229 ff.

Ernst René, Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Diss., Zürich 1992 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 100.

Frenkel Daniela, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug: unter besonderer Berücksichtigung der Arrestrevision 2011, Diss., Zürich 2012 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 170.

Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht: IPRG, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK-BearbeiterIn).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung: Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.

Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2015 (zit. OFK-BearbeiterIn).

Geimer Reinhold/Schütze Rolf A., Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar, 4. Auflage, München 2020.

Gessler Dieter, Vorsorgliche Massnahmen bei strittigen Kaufverträgen, in: Schluep Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 291 ff.

Giacomini Sergio, Merksätze zum zivilprozessualen Massnahmeverfahren, ZZZ 2005, S. 475 ff.

Gloor Alain, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1982 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 59.

Graner Paul, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Diss., Bern 1932.

Grob Alexander, Vorsorgliche Massnahmen bei Persönlichkeitsverletzungen: unter besonderer Berücksichtigung der materiellen Voraussetzungen (Art. 28c ZGB), Diss., Basel 1989.

Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, 4. Auflage, Basel 2021 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.

Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht: Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2020 (zit. Fachhandbuch-BearbeiterIn).

Haldy Jacques, Procédure civile suisse, Basel 2014.

Hasenböhler Franz, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1 ff. (zit. Hasenböhler, Verfügung).

Hasenböhler Franz, Summarisches Verfahren, insbesondere Rechtsschutz in klaren Fällen und vorsorgliche Massnahmen, Anwaltsrevue 2014, S. 259 ff. (zit. Hasenböhler, Massnahmen).

Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BK-BearbeiterIn).

Heizmann Reto/Loacker Leander D. (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. DIKE Komm.-BearbeiterIn).

Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Hofstetter Karl A., Der einstweilige Rechtsschutz im Luzerner Zivilprozess, ZBJV 1983, S. 393 ff.

Honegger-Müntener Patrick, Verlegung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens, ZZZ 2022, S. 185 ff.

Huber-Zimmermann, Die einstweiligen Verfügungen nach solothurnischem Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1983.

Huth Max Werner, Die vorsorglichen Verfügungen nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Diss., Basel 1974.

Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (zit. SHK-BearbeiterIn).

Kofmel Ehrenzeller Sabine, Der Vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis: Grundlagen, Habil., Tübingen 2005 = Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Nr. 39.

Köhler Helmut/Bornkamm Joachim/Feddersen Jörn/Alexander Christian (Hrsg.), Beck'sche KurzKommentare Band 13a: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Auflage, München 2022 (zit. Beck-KUKO-BearbeiterIn).

Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), IPRG/LugÜ Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019 (zit. OFK-BearbeiterIn).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen IPRG: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, S. 289 ff.

Kunz Oliver M./Hoffmann-Nowotny Urs H./Stauber Demian (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde: Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013 (zit. ZPO-Rechtsmittel-BearbeiterIn).

Leuenberger Christoph, Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO: Wie weit geht die Auslegung in Übereinstimmung mit dem BGG, SZZP 2015, S. 89 ff. (zit. Leuenberger, Endentscheid).

Leuenberger Christoph, Glaubhaftmachen, in: Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 108 ff. (zit. Leuenberger, Glaubhaftmachen).

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016.

Leupold Michael, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 2000, S. 265 ff.

Lutz Martin J., Die vorsorgliche Massnahme, in: Institut für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES) in Zürich (Hrsg.), Kernprobleme des Patentrechts: Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Patentgesetzes, Bern 1988, S. 321 ff.

Markus Alexander R./Conrad Zina, Einstweiliger Rechtsschutz – international, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65 Geburtstag, Zürich 2018, S. 235 ff.

Meier Isaak, Einstweiliger Rechtsschutz im Aktienrecht, in: Meier Isaak/Riemer Hans Michael/Weimar Peter (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 67 ff. (zit. Meier, FS Walder).

Meier Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Habil., Zürich 1983 (zit. Meier, Rechtsschutz).

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. Meier, ZPR).

Meier Isaak/Giudici Camilla/Hamburger Carlo/Müller Nicola/Scheiwiller Sarah/Schindler Riccarda, Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung, in: Pekcanitez Hakan (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Izmir 2015, S. 239 ff.

Meng Franz Joseph, Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, Diss., Basel 1971.

Müller Jürg, Zur einstweiligen Verfügung im Immaterialgüterrecht, ZBJV 1983, S. 30 ff.

Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG – Band I: Art. 1-108, 3. Auflage, Zürich 2018 (zit. ZK-BearbeiterIn).

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Auflage, Basel 2021 (zit. KUKO-BearbeiterIn).

Oetiker Christian/Weibel Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum LugÜ, 2. Auflage, Basel 2016.

Orlando Danilo A., Beweislast und Glaubhaftmachung im vorsorglichen Rechtsschutz: Gedanken zu einem Entscheid des Bundesgerichtes, SJZ 90/1994, S. 89 ff.

Pedrazzini Mario M., Vorsorgliche Massnahmen im Immaterialgüterrecht: Eine Ergänzung, SJZ 1983, S. 160 f.

Phurtag Sejee, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und des englischen Rechts, Diss., Bern 2019 = CIVPRO – Institut für Internationales Verfahrensrecht Nr. 3.

Rauscher Thomas/Krüger Wolfgang (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 2 §§355-945b ZPO, 6. Auflage, München 2020 (zit. MüKo-BearbeiterIn).

Rauscher Thomas/Krüger Wolfgang (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 3 §§946-1120 ZPO, 6. Auflage, München 2022 (zit. MüKo-BearbeiterIn).

Rüetschi David, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 416 ff.

Schai Damian, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht: Unter besonderer Berücksichtigung superprovisorischer Anordnungen des aargauischen Handelsgerichts, Diss. Zürich 2009 = Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Nr. 52.

Schenker Urs, Die Vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss., Zürich 1985 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 60.

Schlosser Ralph, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, sic! 2005, S. 339 ff.

Schweizer Mark, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2014/2015, S. 1 ff. (zit. Schweizer, Glaubhaftmachung).

Schweizer Mark, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009, S. 325 ff. (zit. Schweizer, Verwirkung).

Seiler Benedikt, Die Berufung nach ZPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Stach Patrick A., Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. Gallischem Zivilprozessrecht, Diss., St. Gallen 1991.

Staehelin Daniel/Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2019.

Stamm Walter, Das Institut der vorsorglichen Massnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1943.

Stauber Demian, Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei superprovisorischen Massnahmen und seine Auswirkungen auf die besondere Dringlichkeit, sic! 2010, S. 602 ff.

Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2018 = Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band 31.

Streuli-Youssef Magda, Zur Dringlichkeit bei vorsorglichen Massnahmen, in: Donatsch Andreas/Fingerhuth Thomas/Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder-Richli Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 301 ff.

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. Schulthess Komm.-BearbeiterIn).

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-BearbeiterIn).

Vogel Oscar, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 89 ff.

Vorwerk Volkert/Wolf Christian (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, 44. Auflage, München 2022 (zit. BeckOK-BearbeiterIn).

Walter Gerhard/Domej Tanja, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012.

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR I, 7. Auflage, Basel 2020 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Willi Christoph, Glaubhaftmachung und Glaubhaftmachungslast, sic! 2011, S. 215 ff.

Ziegler Walter, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss., Zürich 1944.

Zogg Samuel, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 2018, S. 47 ff.

Zürcher Johann Jakob, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich: Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss., Zürich 1998 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 10.

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 353 - 399 ZPO

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly, Vorbemerkung zu Art. 353 - 399 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Schneuwly, Vorb. zu Art. 353 – 399 ZPO N. XXX.

GLIEDERUNG

I. Schiedsgerichtsbarkeit als alternative Streitbelegungsmethode 423
A. Gängige Argumente für die Schiedsgerichtsbarkeit 424
B. Historische Entwicklung 425
II. Begrifflichkeiten 426
A. Definitionen 426
1. Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit 427
2. Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit 429
B. Abgrenzungen 430
1. Internationale und Binnenschiedsgerichtsbarkeit 430
2. Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber Schlichtung und Mediation 431
3. Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber Schiedsgutachten 432
III. Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in der ZPO 433
A. Schiedsfähigkeit 434
1. Grundsatz der Schiedsfähigkeit 434
2. Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht 434
3. Schiedsgerichtsbarkeit in Baustreitigkeiten 436
4. Schiedsgerichtsbarkeit in Mietsachen 437
5. Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen 437
B. Schiedsvereinbarung 438
C. Bestellung des Schiedsgerichts 439
D. Schiedsverfahren im Überblick 440
1. Verfahrensgrundsätze 440
2. Zuständigkeit 441
3. Schiedsordnungen im Besonderen 441
a. Swiss Rules 2021 442
b. ICC Rules of Arbitration 442
c. UNCITRAL Arbitration Rules 442
4. Beendigung des Schiedsverfahrens 443
5. Rechtsmittel 444
a. Schiedsbeschwerde 444
b. Revision 444
6. Rechtskraft und Vollstreckung 445
Literaturverzeichnis 445
Materialienverzeichnis 455

I. SCHIEDSGERICHTSBARKEIT ALS ALTERNATIVE STREITBELEGUNGSMETHODE

Die Schiedsgerichtsbarkeit wird systematisch unter den Begriff *Alternative Dispute Resolution (ADR)*[1832] subsumiert,[1833] was jedoch von einem Teil der Lehre hinterfragt wird.[1834] Im Gegensatz zu einem staatlichen Gericht lässt sich die Schiedsgerichtsbarkeit nicht schlüssig klassifizieren, weil sie zwei sich widerstrebende Eigenschaften voraussetzt. So schliessen die Streitparteien ihre Schiedsvereinbarungen einerseits auf freiwilliger Basis ab, wobei sie sich andererseits explizit verpflichten, am Schiedsverfahren teilzunehmen. Gerade diese Kombination von freiwilliger und verpflichtender Initiative birgt den Vorteil, dass Schiedsverfahren agil auf eine gütliche Lösung ausgerichtet werden können.[1835] 1

Die h.L. sieht die Schiedsgerichtsbarkeit als **hybrides Rechtsinstitut** *sui generis*, weil sie die zwei gegensätzlichen Elemente vereint. M.a.W. wird sie als verfahrensrechtliches Institut mit vertragsrechtlichen Elementen charakterisiert.[1836] In der Schiedsgerichtbarkeit beordern die Streitparteien typischerweise eine **Drittperson,** die in ihrer Funktion als Schiedsrichterin bzw. Schiedsrichter nicht nur das Schiedsverfahren leitet (wie das bei Mediations- bzw. ADR-Verfahren der Fall ist), sondern die darüber hinaus auch die Entscheidungsgewalt über die gesamte Streitsache verbindlich ausübt.[1837] Bei Handelsstreitigkeiten zeigt sich eine deutliche Trendbewegung, die weg von staatlicher hin zu privater Rechtsprechung führt, denn die 2

1832 Fischer/Schneuwly, S. 4 ff.; Huber, S. 77 ff.; ADR-Verfahren werden u.a. als Prozesse verstanden, welche weder klar einem Gerichtsverfahren noch der Schiedsgerichtsbarkeit zugeordnet werden können. Vgl. Roebuck (2007): «(...) there has developed an increasing consensus in dispute resolution usage that ADR comprises the whole body of procedures not properly classifiable either as litigation or as arbitration.»

1833 Schüttel, S. 15; in diesem Sinne findet sich die Schiedsgerichtsbarkeit auch unter den «alternatives au procès» bei Bohnet, S. 204.

1834 Blake/Browne/Sime, Rz. 1.12; Brooker, S. 1 ff.; Engel, S. 2; Jones/Pexton, S. 171; Schüttel, S. 15.

1835 Girsberger/Peter, Rz. 21.

1836 Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 3; BSK-Gränicher, Art. 178 IPRG N. 4; BSK-Pfiffner/Hochstrasser, Art. 176 IPRG N. 12; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 6.

1837 Carnerio/Novais/Andrade/Zelenikow/Neves, S. 211 ff.; Pfändler, S. 55.

globalisierten Konzerne ziehen meistens ein Schiedsverfahren vor, um ihre Wirtschaftskonflikte im privaten Rahmen zu schlichten.[1838]

A. Gängige Argumente für die Schiedsgerichtsbarkeit

3 Die Schiedsgerichtsbarkeit zeichnet sich vor allem durch professionell massgeschneiderte Verfahren aus. Zudem ist die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche aus Binnenschiedsgerichtsbarkeit von der ZPO und aus internationaler Schiedsgerichtsbarkeit fast in allen Ländern der Welt durch das New Yorker Übereinkommen garantiert.[1839] Als weiterer Vorteil gilt die **freie Wahl des Schiedsrichtergremiums**, um die Schiedspersonen mit bestqualifiziertem Fachwissen bestellen zu können.[1840] Wichtig ist zudem die Geheimhaltung bzw. die **Vertraulichkeit** der Verfahrensinhalte (Art. 44 Abs. 1 und 2 Swiss Rules 2021; Art. 8 Appendix I – Statutes of the International Court of Arbitration), weil damit die heikle Geschäftsbeziehung in die Zukunft gerettet und zudem vor Reputationsschaden geschützt werden kann.[1841] Es zeichnet sich neuerdings jedoch eine transparenzfördernde Tendenz durch die Veröffentlichung der Schiedsurteile ab – vorausgesetzt die Parteien stimmen der Veröffentlichung explizit zu (Art. 44 Abs. 3 Swiss Rules 2021; Art. 34 Ab. 5 UAR).[1842]

4 Grundsätzlich wird dem Schiedsverfahren im Vergleich zu staatlichen Gerichtsurteilen **Zeit- und Kosteneffizienz** zugesprochen. Für die Anrufung des Schiedsgerichts ist zwar mit **hohen Pauschalkosten** zu rechnen,[1843] doch diese Aussage ist zu relativieren: Die Prozessführungskosten vor staatlichen Gerichten können zwar im erstinstanzlichen Verfahren wesentlich tiefer ausfallen als im Schiedsverfahren – insb. wenn es sich um Streitwerte bis zu CHF 30'000.- handelt und das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt (Art. 243 ff. ZPO).[1844] Doch bei höherem Streitwert und besonders, wenn

1838 Stürner/Wilhelmi, S. 1.
1839 Wimalasena, S. 279.
1840 CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 353 ZPO N. 5. Nach ihrer Ernennung verlieren Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter ihre sog. Treuepflicht gegenüber ihren Mandantinnen und Mandanten, resp. werden neutral wie staatliche Richterinnen und Richter und entscheiden neutral in der Sache; siehe Gautier, S. 509
1841 Berger/Kellerhals, Rz. 1232; Swiss Rules Commentary-Rohner, Art. 44 Swiss Rules 2021 N. 5.
1842 Swiss Rules Commentary-Rohner, Art. 44 Swiss Rules 2021 N. 23.
1843 CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 353 ZPO N. 5.
1844 Siehe zu den Kosten eines staatlichen Verfahrens Fischer/Schneuwly, S. 80 ff.

davon auszugehen ist, dass der Entscheid vor Rechtsmittelinstanzen gezogen wird, fallen die Verfahrenskosten vor Schiedsgericht gegenüber den Gesamtkosten im staatlichen Gerichtsverfahren effektiv weniger ins Gewicht.[1845] Ausserdem ist zu beachten, dass bedürftigen Parteien im Schiedsverfahren gemäss Art. 380 ZPO keine unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird und deshalb beide Parteien auch bei bedrängten finanziellen Verhältnissen verpflichtet sind, die Kosten für das Schiedsverfahren vorzuschiessen resp. zu übernehmen.[1846]

Schliesslich **entlasten** die Schiedsgerichte auch **die staatlichen Gerichte**.[1847] Als Gegenleistung werden effiziente internationale Abkommen, wie bspw. das New Yorker Übereinkommen, ratifiziert, was wiederum die Schiedsgerichtsbarkeit bestärken kann.[1848] 5

B. Historische Entwicklung

Wann und wo die Schiedsgerichtsbarkeit ihren Anfang genommen hat, lässt sich nicht mit Gewissheit eruieren,[1849] gerade weil die Schlichtung vielmehr als universelle Urform der Streitbeilegung gilt.[1850] Bereits in der Antike wurden Handelsstreitigkeiten durch Streitschlichtung beigelegt. Diese ersten Formen der Schiedsgerichtsbarkeit haben sich im Mittelalter mit dem aufkommenden Handel über die Meere und über die Kolonialepoche hin bis in die Neuzeit stets weiterentwickelt. Mit der Globalisierung sind auch Wirtschaftsverbände und Handelskammern mitgewachsen, die den Zugang für überregionalen bzw. internationalen Handel förderten, nicht zuletzt in dem sie für effiziente Schiedsordnungen sorgten.[1851] Sie spezialisierten ihre Dienstleistungen und bieten heute ihren Mitgliedern massgeschneiderte zu Schieds- und Schlichtungsverfahren an.[1852] 6

Auch **in der Schweiz** hat die Schiedsgerichtsbarkeit und insb. die Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit eine lange Tradition, welche sich bis ins Mittelalter 7

1845 Siehe zu den Schiedskosten Fischer/Schneuwly, S. 86 f.; zu den Kosten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit siehe Bühler/Stacher, 2567 ff.
1846 Giudici, S. 48.
1847 Smahi, S. 880; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 2.
1848 Smahi, S. 881.
1849 Born, S. 7 ff.; Emerson, S. 155; Kellor, S. 4; Wolaver, S. 132.
1850 Kellor, S. 3.
1851 BSK-Hochstrasser/Brulet, Einl. 12. Kap. IPRG N. 19.
1852 BSK-Hochstrasser/Brulet, Einl. 12. Kap. IPRG N. 19.

zurückverfolgen lässt.[1853] Der Kanton Genf kannte eine Kodifizierung des Schiedsrechts bereits seit 1819. In der Folge nahmen auch verschiedene Deutschschweizer Kantone Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit in ihre Zivilprozessordnungen auf.[1854] Mit dem Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) schlossen sich dann alle Kantone einer einheitlichen Binnenschiedsgerichtsbarkeit an. Schliesslich wurde dieses Konkordat durch das am 1. Januar 2011 in Kraft gesetzte ZPO abgelöst resp. ersetzt.[1855] Auch ist zu bemerken, dass die Handelskammern der Kantone Basel, Bern, Genf, Neuenburg, Tessin, Waadt und Zürich bereits 2004 zusätzlich eine gemeinsame Schiedsordnung – die Swiss Rules of International Arbitration– ausgearbeitet hatten.[1856] Die revidierte Version der Swiss Rules trat am 1. Juni 2021 in Kraft (nachfolgend: Swiss Rules 2021).

II. BEGRIFFLICHKEITEN

A. Definitionen

8 Ein Schiedsgericht kann als ein «Spruchkörper, der durch die Parteien anstelle der normalerweise zuständigen staatlichen Gerichte zur verbindlichen Streitentscheidung eingesetzt wurde»[1857], definiert werden. Schiedsgerichte sind also von privaten oder öffentlichen Instanzen konzipierte **Privatgerichte** für Zivilstreitigkeiten und können von den Streitparteien aufgrund einer im privaten Rahmen vereinbarten Absichtserklärung angerufen werden.[1858] Konkret werden jeweils eine Schiedsperson oder ein Gremium von mehreren Schiedspersonen beauftragt, eine Streitigkeit zwischen den privaten Parteien zu schlichten und durch ein verbindlich gesprochenes und vollstreckbares Urteil beizulegen[1859].

1853 Chrobak, S. 7; Girsberger/Peter, Rz. 829; Huber, S. 77 ff., mit einem Überblick; Hofbauer, S. 3.

1854 Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 9.

1855 Botschaft ZPO, S. 7391; CR-Bucher, Intro. aux art. 176–194 LDIP N. 9 ff.; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 3; CHK-Furrer/Girsberger/Ambauen, Vor Art. 176 IPRG N. 14; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 2; BSK-Hochstrasser/Brulet, Einl. 12. Kap. IPRG N. 162.

1856 KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N 28 f.

1857 BGer vom 7.9.2006 4P.114/2006 E. 4.1; BGE 125 I 389, E. 4a; siehe auch KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 3 , siehe auch Stacher, Rz. 11 f.

1858 KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 3.

1859 Girsberger/Peter, Rz. 828; Stacher, Rz. 2 f.

Die Schiedsgerichtsbarkeit entbehrt einer eigentlichen **im Gesetz festgeschriebenen Definition**. Sie wird vielmehr von den Bestimmungen über das Verfahren und die Schiedsfähigkeit gleichsam vorausgesetzt (Art. 353 ff. ZPO und Art. 176 ff. IPRG). «Die Schiedsgerichtsbarkeit ist in erster Linie eine Vertragsschöpfung, deren Ziel darin besteht, einen neutralen Rahmen für die Beilegung einer Streitigkeit in Übereinstimmung mit dem Willen der Parteien darzustellen.»[1860] 9

1. Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit

Die Schweiz spielt eine tragende Rolle in der Institutionalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Gegründet durch die Industrie- und Handelskammern von Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano, Luzern (Zentralschweiz), Neuenburg und Zürich, bietet das Swiss Arbitration Centre ehemals Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), internationale und Binnenschiedsgerichtsbarkeit an.[1861] Aber auch andere bedeutende **Schiedsinstitutionen** haben ihren **Sitz in der Schweiz**, z.B. das Arbitration and Mediation Center der World Intellectual Property Organization (WIPO) mit Sitz in Genf, der Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne, die World Trade Organisation (WTO) in Genf, die United Nations Compensation Commission (UNCC) ebenfalls in Genf und das Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts (CRT) in Zürich. Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit sind die letztgenannten Schiedsinstitutionen von geringer Relevanz, da sie eher auf internationale Sachverhalte spezialisiert sind. 10

Für internationale Sachverhalte ist die Wahl der Schiedsinstitution von grosser Bedeutung. Es werden gerne **renommierte Schiedsinstitutionen** wie das International Court of Arbitration der International Chamber of Commerce (ICC) mit Sitz in Paris, der London Court of International Arbitration (LCIA) mit Sitz in London oder die China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) mit Sitz in Peking herangezogen. Zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist jedoch zu bedenken, dass der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz sein muss (Art. 353 Abs. 1 ZPO). Der Sitz der Schiedsinstitution ist aber nicht mit dem Sitz des Schiedsgerichts gleichzusetzen, da letzterer von den Parteien i.d.R. frei gewählt werden kann 11

1860 Wildhaber/Johnson Wilcke, S. 161.
1861 Swiss Rules Commentary-Spoorenberg/Franchini, Art. 1 Swiss Rules 2021 N. 4.

(Art. 355 Abs. 1 ZPO; siehe auch Art. 17 Swiss Rules 2021; Art. 18 ICC Rules of Arbitration; Art. 18 UAR).[1862] Somit sind für Binnenschiedsverfahren grundsätzlich auch im Ausland ansässige Schiedsinstitutionen anrufbar.

12 Institutionelle Schiedsgerichte bieten **professionelle Dienstleistung an** und **übernehmen auch bestimmte Aufgaben in der Administration der Verfahren**.[1863] Oft übernehmen die Schiedsinstitutionen im Rahmen der administrativen Dienstleistungen auch die Kontrolle über die genehmigten Budgetvorgaben und verrechnen die laufenden Kosten anhand standardisierter Tarife. Die Streitparteien nehmen diese administrative Unterstützung bereits in der Vorbereitungsphase des Verfahrens in Anspruch. Gerade bei der Bestellung des Schiedsgerichts kann diese sehr nützlich sein, [1864] bspw. um eine beiderseits gut akzeptierbare Wahl der Schiedsperson zu garantieren.

13 Als gewichtige **Vorteile** der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit sind kundenorientierte Administrierung resp. konstruktive Begleitung des Schiedsverfahrens zu nennen.[1865] Auch für den Fall, dass das Verfahren ins Stocken geraten sollte, weil sich die Streitparteien in heiklen Belangen nicht einigen können, ist es angezeigt, auf professionelle Unterstützung zurückzugreifen.[1866] So können die Streitparteien in ihrer eigenen Konsensfindung, je nach Bedarf auch nur punktuell, begleitet werden. Konkret gilt es den Streit zielführend zu schlichten und mit einer möglichst gütlichen Lösung dafür zu sorgen, dass ein Weiterzug an öffentliche Gerichte hinfällig wird.

14 Institutionelle Schiedsgerichte arbeiten ausserdem die **Verfahrensregeln** aus, welche in der Praxis von grosser Bedeutung sind, da sie den Verlauf der Verfahren zielführend steuern resp. absichern können.[1867] Die Parteien, die sich für die Anrufung einer bestehenden Schiedsgerichtsinstitution entscheiden, unterwerfen sich i.d.R. auch der entsprechenden Schiedsordnung bzw. deren Verfahrensregeln.

1862 Swiss Rules Commentary-Jermini/Castiglioni, Art. 17 Swiss Rules 2021 N. 2.

1863 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 23.

1864 Born, S. 191 ff.; ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 3; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 26; Stacher, Rz. 37 f.

1865 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 31; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 26.

1866 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 31.

1867 Stacher, Rz. 41 f.

2. Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit

Die Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit ist de facto die am meisten praktizierte resp. geläufigste Form der Streitschlichtung.[1868] Die Ad-hoc-Schiedsgerichte werden im Rahmen einer Schiedsvereinbarung angerufen und besonders für solche Streitsachen, die **keine Administrierung** durch eine Schiedsinstitution benötigen.[1869] In diesem Fall ernennen die Streitparteien vorerst die gewünschte Schiedsperson bzw. das gewünschte Schiedsgremium, der sie die Streitschlichtung anvertrauen wollen. Nach Abschluss des Verfahrens wird das Schiedsgericht wieder aufgelöst.[1870] Ein Ad-hoc-Schiedsgericht verwaltet sich selbst und bedarf keiner institutionellen Administrierung, was im Einzelfall Zeit und Kosten sparen kann.[1871] Ob ein institutionelles oder ein Ad-hoc-Schiedsverfahren kostengünstiger zu stehen kommt, lässt sich jedoch nicht schlüssig beantworten, weil die Kosten vorrangig vom Verfahrenslauf an sich und nicht von der administrativen Dienstleistung verursacht werden.[1872] 15

Ad-hoc-Schiedsverfahren werden als besonders flexibel angepriesen, denn das Verfahren lässt sich **vorteilhaft** an seinen situativen Verlauf anpassen.[1873] Es kann schon im Voraus oder erst, wenn eine Streitigkeit ansteht, von den Parteien oder vom Schiedsgericht proaktiv auf eine einvernehmliche Streitbeilegung hingesteuert werden.[1874] Auch ist das Ad-hoc-Verfahren vorteilhaft, weil es umfassendere Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung bietet.[1875] Dies ist der Fall, weil es nicht durch Dritte administriert wird – wie im institutionellen Verfahren – sondern durch die bereits involvierten Personen und der Kreis an informierten Personen – die bspw. ein Industriegeheimnis wahren müssen – begrenzt ist. 16

1868 Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 39; Queen Mary 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf.

1869 BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, N. 11 ff. Vor Art. 353–399 ZPO; KuKo-Dasser, N. 25 f. Vor Art. 353–399 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 3 zu Art. 353 ZPO.

1870 Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 39; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 14.

1871 Oetiker, S. 896; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 26.

1872 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 27.

1873 Berger/Kellerhals, Rz. 23; Born, S. 191 ff.; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 26.

1874 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 27; Oetiker, S. 895.

1875 Born, S. 191 ff.; ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 27; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 26.

17 **Nachteilig** kann sich die Flexibilität auswirken, besonders wenn die Schiedsklausel zu wenig klar formuliert wurde.[1876] Denn Ad-hoc-Schiedsgerichte konstituieren sich selbständig und laufen – ohne strukturierende Hilfe einer Schiedsinstitution – eher Gefahr, das Verfahren zu verzögern. Auch hängt die Effizienz dieses unmittelbaren Verfahrens direkt vom konstruktiven Mitwirken resp. von der Kompromissfähigkeit der Streitparteien ab. Zudem besteht das Risiko, dass allenfalls staatliche Gerichte am Sitz des Schiedsgerichts für die notwendige Unterstützung angerufen werden, was manche Vorteile wie Kosteneffizienz und Vertraulichkeit zunichte machen kann.[1877] Schliesslich nehmen Schiedsgerichte im Ad-hoc-Verfahren ihre administrativen Aufgaben völlig selbständig – d.h. ohne auf institutionelle Dienstleistungen zurückzugreifen – wahr und sind dadurch vergleichsweise mehrbelastet.[1878]

B. Abgrenzungen

1. Internationale und Binnenschiedsgerichtsbarkeit

18 Die schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit ist in der Rechtsordnung **dualistisch** ausgestaltet: Erstens sind die Regeln zur Binnenschiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil der ZPO (Art. 353–397 ZPO) und zweitens diejenigen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unter Kapitel 12 des IPRG (Art. 176–194 IPRG) stipuliert.[1879] Die nationale Schiedsgerichtbarkeit nach ZPO kann nur angewendet werden, wenn alle Streitparteien beim Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben und sich der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz befindet (Art. 353 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 176 Abs. 1 IPRG).[1880] Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nach IPRG kommt zur Anwendung, wenn eine der Parteien den Sitz oder Wohnsitz ausserhalb der Schweiz hat

1876 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 28; Oetiker, S. 896.

1877 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 28.

1878 ZK-Oetiker, Art. 176 IPRG N. 28.

1879 Botschaft ZPO, S. 7391; Berger/Kellerhals, Rz. 70 f.; KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 19; Jermini/Bernardoni, S. 21; OFK-Planinic/Erk, Art. 353 ZPO N. 2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 353 ZPO N. 2.

1880 BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Art. 353 ZPO N. 2; Jermini/Bernardoni, S. 24; OFK-Planinic/Erk, Art. 353 ZPO N. 6. Somit kann Art. 1 Abs. 5 Swiss Rules 2021, wonach der Sitz des Schiedsverfahrens im In- und Ausland frei gewählt werden kann, nicht Anwendung finden.

(Art. 176 Abs. 1 IPRG).[1881] Allerdings steht es den Streitparteien frei, den Art. 176 ff. IPRG ebenfalls für Binnenfälle anzuwenden, vorausgesetzt dass sie dies so vereinbart haben.[1882]

2. Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber Schlichtung und Mediation

Sowohl die Schlichtung als auch die Mediation werden von ihrer Ausgestaltung her unter die ADR-Verfahren subsumiert. Beide Methoden zielen darauf, die Parteien in ihrem Streitbeilegungsprozess weitmöglichst konstruktiv zu unterstützen, damit sie ihren Streit selber gütlich beilegen können und nicht etwa darauf, den Rechtsstreit an ihrer Stelle zu schlichten.[1883] Auch bieten diese ADR-Verfahren im Vergleich zum Schiedsgericht grössere Gestaltungsfreiheit, die es der Mediations- bzw. Schlichtungsperson erlaubt, mit den Streitparteien situativ agile Lösungsansätze zu finden. Ist ein Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren erfolgreich gelaufen, so wird die Einigung vertraglich festgeschrieben. Dieser Vertrag kann dann in einen Erledigungsentscheid münden, welcher schliesslich urteilsähnliche Konsequenzen hat.[1884] Dahingegen wird ein Schiedsverfahren jeweils mit einem Urteil beendet. Sollte ein Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren ergebnislos enden, können die Streitparteien weiterführende Schiedsmethoden in Betracht ziehen.[1885] So gilt der verbindliche Charakter als qualifiziertes Merkmal, der die Schiedsgerichtsbarkeit von Mediations- und Schlichtungsverfahren unterscheidet,[1886] während Schiedsgerichte – wie staatliche Gerichte – den Parteien eine solche aufzwingen. Anders gewendet, machen die Mediations- bzw. Schiedspersonen den Streitparteien einen Lösungsvorschlag, während Schiedsgerichte – wie staatliche Gerichte – ein verbindliches Urteil fällen.[1887] 19

1881 CHK-Furrer/Girsberger/Ambauen, Vor Art. 176 IPRG N. 13; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 2; Stacher, Rz. 15 ff.

1882 KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 20; BSK-Mabillard/Briner, Art. 177 IPRG N. 1a; Stacher, Rz. 31.

1883 Kellor, S. 5; Stacher, Rz. 13.

1884 Fischer/Schneuwly, S. 213 ff.

1885 Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 6.

1886 PC-Göksu, Intro. art. 353-399 CPC N. 9; CR-Schweizer, art. 353 CPC N. 6.

1887 Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 7.

3. Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber Schiedsgutachten

20 Das Schiedsgutachten ist eine eigenständige prozessuale Instanz. Laut Art. 189 ZPO können die Streitparteien förmlich vereinbaren, ein Schiedsgutachten zu streitigen Sach- und eng damit zusammenhängenden Rechtsfragen bei einer oder mehreren fachkundigen Drittpersonen einzuholen, die weder in die Streitschlichtung involviert noch gefragt sind, den strittigen Fall beizulegen.[1888] Diese unabhängigen Schiedsgutachterinnen bzw. -gutachter sind vielmehr beauftragt, **rechtserhebliche Tatsachen** abzuklären bzw. einzelne Elemente eines Rechtsstreits verbindlich zu entscheiden.[1889] Demgegenüber erledigen Schiedsgerichte die Streitigkeiten autoritativ, was die Beantwortung von Sach- und Rechtsfragen sowie den Entscheid über den Anspruch (inkl. Adjucation) einschliesst,[1890] während Schiedsgutachten in erster Linie zur Ermittlung des rechtsrelevanten Sachverhalts zuhanden der Parteien und unter Umständen eines (Schieds-)Gerichtes eingeholt werden.[1891]

21 Im Unterschied zum autoritativen Schiedsgericht können die Konfliktparteien die Einforderung eines Schiedsgutachtens vereinbaren, insofern die angerufene Instanz über dieses **weitreichende Prüfungsrecht** verfügt.[1892] Auch gilt es zu unterscheiden, ob eine beigezogene Fachperson beauftragt ist, allein einzelne Entscheidungselemente des Rechtsstreites zu begutachten oder ob sie diesen verbindlich – d.h. anstelle des zuständigen Gerichtes – beurteilen soll.[1893] In der Praxis delegieren die Streitparteien ihre technischen

---

1888 BK-Berger, Art. 189 ZPO N.10 ff.; Buschmann, S. 41; BSK-Dolge, Art. 189 ZPO N. 58; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 10: «Expert determination or ‹expert-arbitration› (expertise-arbitrage; Schiedsgutachten; arbitraggio) is a contractual mechanism by which the parties appoint a neutral third person not to settle a dispute, but to provide an opinion on matters of fact or – more rarely in practice – of law. It is primarily used in connection with M&A disputes where corporate shares or assets need to be valued and in transactions involving technical issues, mainly defects of work and quality of goods.»; Stacher, Rz. 13; Zufferey/Perritaz/Schumacher, S. 13.

1889 BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 15; Girsberger/Voser, Rz. 51; Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 85 ff.; Niedermaier, S. 17; BK-Pfisterer, Art. 353 ZPO N. 13.

1890 BSK-Dolge, Art. 189 ZPO N. 59.

1891 Berger/Kellerhals, Rz. 154; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 15; PC-Göksu, Intro art. 353-399 CPC N. 6; Stacher, Rz. 13.

1892 Horn, S. 51, mit dem ergänzenden Hinweis, dass die Parteien ein Schiedsgericht nur dann vereinbaren, wenn sie eine inhaltliche Prüfung durch das staatliche Gericht vermeiden wollen; Niedermaier, S. 20.

1893 Niedermaier, S. 20, m.w.H.

Fachfragen vorab an spezifisch qualifizierte Schiedsgutachterinnen bzw. Schiedsgutachter, während dem sie für die eigentliche Konfliktbeilegung dann ein Schiedsgericht anrufen.[1894] Das Schiedsgutachten ist im Gegensatz zum Schiedsurteil nicht direkt vollstreckungsfähig, sondern muss mittels eines Gerichtsentscheides vollstreckt werden.[1895]

Obwohl das Schiedsgutachten in der Schweiz nur punktuell angefragt wird, bietet es eine **vorteilhafte** alternative Methode, um gewisse Tatsachen in einem laufenden oder noch anstehenden Prozess bereits zum Vorneherein ausser Streit zu stellen:[1896] Konkret hilft sie Streitelemente präventiv zu entschärfen bzw. zu eliminieren, indem spezifische rechtsrelevante Sachlagen effizient und emotionslos vorabgeklärt werden.[1897] Allenfalls kann dadurch ein aussichtloser Prozess verhindert oder ad acta gelegt werden. 22

III. DIE BINNENSCHIEDSGERICHTSBARKEIT IN DER ZPO

Der 3. Teil der ZPO hat eine **eigenständige Natur** und – auch wenn durchaus Konzepte des klassischen Zivilprozessrechts übernommen werden – sollte dieser grundsätzlich wie ein **selbständiges Gesetz** angewendet werden.[1898] Die Regelungen für staatliche Gerichte können für das Lückenfüllen bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit nicht herangezogen werden.[1899] Weil sich das vormalige Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) für Binnengerichte eignet hatte, diente es auch als Basis für den 3. Teil der ZPO und damit können die bewährte Lehre sowie die gestandenen Vorteile in der Praxis weiterhin fortbestehen.[1900] 23

1894 Neidhart, S. 306.

1895 BSK-Dolge, Art. 189 ZPO N. 38; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 1; Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 114; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 N. 2; d. h. Entscheide von Schiedsgutachtern.

1896 Neidhart, S. 305.

1897 Neidhart, S. 305.

1898 Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 21; KuKo-Dasser, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 2 und 21; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 3 und 5; PC-Göksu, N. 14 Intro art. 353-399 CPC; BK-Pfisterer, Art. 353 ZPO N. 5; OFK-Planinic/Erk, Art. 353 ZPO N. 1; Dike Kommentar-Stacher, Art. 353 ZPO N. 9b.

1899 Botschaft ZPO, S. 7392; KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 21; PC-Göksu, Intro art. 353-399 CPC N 14.

A. Schiedsfähigkeit

1. Grundsatz der Schiedsfähigkeit

24 Schiedsgerichte können nicht alle beliebigen Streitigkeiten schlichten, denn es gelten laut Art. 354 ZPO nur Streitgegenstände als **schiedsfähig**, über die die Streitparteien frei verfügen können.[1901] Nebst der klassischen Handelsschiedsgerichtsbarkeit und den verbandsinternen Streitschlichtungsgerichten (Sportschiedsgerichtsbarkeit) können auch in bestimmten Grenzen Arbeits-, Bau- oder Erbstreitigkeiten von einem Schiedsgericht beurteilt werden. Von praktischer Bedeutung ist insb. die institutionalisierte Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht (für Streitigkeiten des Individual- oder des Kollektivarbeitsrechts), welche auf Schiedsklauseln in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) basieren.[1902]

2. Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht

25 Aus dem arbeitsrechtlichen **Verzichtsverbot** gemäss Art. 341 Abs. 1 OR geht hervor, dass über Ansprüche aus Art. 361 sowie 362 OR nicht frei verfügt werden kann. So darf im laufenden Arbeitsverhältnis und bis zu einem Monat nach dessen Beendigung nicht auf Forderungen verzichtet werden, die sich aus **zwingenden Bestimmungen** des Arbeitsvertragsrechts ergeben.[1903] Auch hält das Bundesgericht arbeitsrechtliche Streitigkeiten im Binnenverhältnis (mit nur wenigen Ausnahmen) für nicht schiedsfähig.[1904] Diese ablehnende Haltung zielt hauptsächlich darauf, die Rechte der Arbeitnehmenden in der Schweiz besser zu schützen.[1905] **Schiedsklauseln in Arbeitsverträgen** können zwar nicht a priori ausgeschlossen jedoch

---

1900 Botschaft ZPO, S. 7392; Berger/Kellerhals, Rz. 73; CR-Bucher, Intro. aux art. 176–194 LDIP N. 9 ff.; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 4; BK-Pfisterer, Art. 353 ZPO N. 2 ff.

1901 Art. 354 ZPO stipuliert: «Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können.». Bohnet, S. 205; Bohnet/Constantina, S. 138 ff.; Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Rz. 1748; Casey (individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten), S. 266; Johnson, S. 1201.

1902 KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 32; Vischer/Müller, S. 507 ff.

1903 BGE 144 III 235 E.2.3.2; PC-Göksu, art. 354 CPC N. 14; CR-Schweizer, art. 354 CPC N. 4; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 354 ZPO N. 7.

1904 BGE 144 III 235; BGE 136 III 467; Casey (fehlende Schiedsfähigkeit), S. 399.

1905 Casey (individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten), S. 266; Johnson, S. 1193; Rigozzi/Kaufmann-Kohler, S. 5.

angefochten bzw. in ihrem Anwendungsbereich begrenzt werden, wenn die Streitsache dem zivilrechtlichen Sozialprozess unterliegt.[1906]

Anders sieht es bei Streitigkeiten über Sozialpläne aus, wo eine Schiedsgerichtspflicht herrscht. Können sich die Parteien bei einer **Massenentlassung** nicht auf einen **Sozialplan** einigen, so muss gemäss Art. 335j OR ein Schiedsgericht bestellt werden, welches durch verbindlichen Schiedsspruch einen Sozialplan aufstellt. Obwohl dieses Schiedsgericht nicht der klassischen Schiedsgerichtsbarkeit zuzuordnen ist, handelt es sich trotzdem um einen Streitschlichtungsmechanismus, weil eine neutrale Drittperson beigezogen wird, die den Streit zwischen den Arbeitsparteien verbindlich lösen soll.[1907] Dieses Schiedsgutachtergremium ist ausschliesslich vertragsgestaltend tätig und arbeitet in Konsultation mit den Sozialpartnerinnen bzw. Sozialpartnern einen verbindlichen Vertrag resp. einen konkreten Sozialplan aus.[1908] Es hat jedoch keine Befugnis, einen Schiedsspruch über streitige Rechtsansprüche mit Rechtskraftwirkung und unmittelbarer Vollstreckbarkeit zu erlassen.[1909] 26

Schliesslich sind die eidgenössische Einigungsstelle (EES)[1910] und die kantonalen Einigungsstellen für Streitigkeiten aus Gesamtarbeits- und Normalarbeitsverträgen[1911] zu nennen. Die EES ist eine **öffentlich-rechtliche Schlichtungsstelle**, welche aus einem vom Bundesrat vorgeschlagenen sog. Obmann und aus zwei von den Spitzenverbänden vorgeschlagenen Beisitzerinnen resp. Beisitzern besteht, die die Arbeitnehmerseite und die Arbeitgeberseite vertreten. Bei Scheitern der Vermittlung steht die Einleitung eines Schiedsverfahrens an.[1912] Allerdings führt die EES ein Schiedsverfahren nur im ausdrücklichen gegenseitigen Einverständnis der Sozialpartner aus. Denn sie erlässt am Schluss einen **Schiedsspruch mit verbindlicher Wirkung**, der wie ein **gerichtliches** 27

1906 Heinzmann/Maradan, S. 109.

1907 Aubert, S. 115: «(...) la procédure ne présente pas les traits d'un arbitrage classique, mais apparaît comme la phase ultime de la négociation collective, sous la présidence d'un tiers neutre.»

1908 Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 4c; Wenger/Aufrichtig, S. 728.

1909 Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 4c.

1910 Art. 5 Abs. 1 BG über die Eidgenössische Einigungsstelle (EES) vom 2.9.1949 (SR 821.42).

1911 Art. 30 ff. BG betreffend in die Arbeit in den Fabriken (FG) (SR 821.4).

1912 Giudici, S. 49 f.

Urteil vollstreckbar ist (Art. 5 EES i.V.m. Art. 387 ZPO).[1913] Die EES ist zudem auch präventiv tätig, um potentielle Konflikte möglichst abzuschwächen bzw. abzuwenden.[1914] Im Fazit kann die EES entweder in ihrer Schlichtungsrolle auf eine einvernehmliche Lösung abzielen oder aber in ihrer Schiedsfunktion – mit explizitem Zugeständnis der Streitparteien – ein verbindliches Urteil aussprechen.

3. Schiedsgerichtsbarkeit in Baustreitigkeiten

28 Schiedsgerichtsbarkeit gilt im Baugewerbe für Immobilienstreitigkeiten als etabliert.[1915] Die **SIA-Norm 150:2018** wurde als neue Schiedsordnung mit effizienzfördernden Vorgaben für das Verfahren vor einem Schiedsgericht lanciert. Mit lösungsorientierten Erleichterungen, wie strafferer Fristregelung, der Wahl zwischen freiwilliger und obligatorische Vergleichsverhandlung und vereinfachten Parteieingaben wird effizient auf eine einvernehmliche Streitbeilegung fokussiert.

29 Diese SIA-Norm ist zwar auf Schiedsverfahren im schweizerischen Baugewerbe ausgerichtet, kommt aber auch bei internationalen Baustreitigkeiten und anderweitigen Streitigkeiten zur Anwendung.[1916] Als Beweismittel sind nebst den von der Gerichtsinstanz angeordneten Expertisen neu auch solche zugelassen, die die Parteien selbst bei spezifisch qualifizierten Fachleuten einholen, vorausgesetzt dass deren Berichte die eigene Einschätzung wiedergeben (Art. 24 Abs. 4 SIA 150:2018). Auch kommt ein vereinfachtes Verfahren zum Tragen, wenn der Streitwert unter CHF 250'000 liegt oder wenn es die Parteien so vereinbaren.[1917] Im vereinfachten Verfahren fällt ein Einzelschiedsgericht bereits nach nur einem schriftlichen Austausch bzw. einer mündlichen Verhandlung oder wenn es die Parteien so vereinbart haben, auch aufgrund von urkundlichem Beweismaterial, innerhalb von sechs Monaten eine Entscheidung.[1918]

1913. Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Vorb. zum Art. 353 ZPO N. 6.
1914. Giudici, S. 49 f.
1915. Ausführlich dazu: Burkhalter/Grell, *passim*.
1916. KuKo-Dasser, Vor Art. 353–399 ZPO N. 31; Ehle, S. 895 f.; Göksu (BR), S. 5.
1917. Laut Art. 41 SIA 150:2018 sowie Art. 42 der Swiss Rules 2021 ist ein beschleunigtes bzw. beschleunigtes Verfahren möglich. Siehe hierzu Ehle, S. 897.
1918. Ehle, S. 897.

4. Schiedsgerichtsbarkeit in Mietsachen

Wie das Bundesgericht entschieden hat, sind Ansprüche aus Mietsachen im Zusammenhang mit der Miete von **Geschäftsräumen** oder auch mit **orts- bzw. quartierüblichem Mietzins**, uneingeschränkt schiedsfähig.[1919] 30

Demgegenüber sind Stetigkeiten in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von **Wohnräumen grundsätzlich nicht schiedsfähig**, ausgenommen die örtlich zuständige bzw. staatliche Schlichtungshörde für Mietstreitigkeiten wird als Schiedsgericht berufen (Art. 361 Abs. 4 i.V.m. Art. 200 ZPO).[1920] Kommt es zu einer Schlichtungsverhandlung, so wird eine paritätische Kommission versuchen, die Streitparteien zu versöhnen, um einen Gang vor Gericht zu verhindern. 31

5. Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen

Eine anstehende Erbteilung bzw. künftige Vermächtnisübertragung birgt oft ein potentielles Konfliktrisiko für die Erbengemeinschaft.[1921] Folglich stellt sich die Frage, ob Erbschaftsklagen auch vor Schiedsgericht eingereicht werden können. Als schiedsfähig gelten insb. die **Erbteilungsklage** (Art. 604 ZGB), die **Auskunftsklage** (Art. 607 und 610 ZGB) und die **Auslegung des Testaments**.[1922] Künzle sieht die Schiedsfähigkeit zudem für die Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB), die Herabsetzungsklage und auch für die Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) als gegeben. 32

Schiedsgerichte sind für Erbangelegenheiten zuständig, wenn eine Erblasserin bzw. ein Erblasser noch zu Lebzeiten einen Erbvertrag abgeschlossen hat oder wenn die Erben nach dem Tod einen Vertrag vorlegen.[1923] Eine Erbschaftsteilung kann sich zeitlich hinziehen und gerade bei Nachlässen aus einem Familienunternehmen, ist es für den wirtschaftlichen Fortbestand existentiell sichernd, die Generationenablösung bereits frühzeitig geregelt zu haben. Die Erblasserin bzw. der Erblasser kann diesbezüglich schon zu 33

1919.Bachofner, S. 137; Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Rz. 1748; Bohnet, S. 206; Rohrer, Rz. 26; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 354 ZPO N. 6; Walser, S. 285; BGE 141 III 201 E.3.2.1; BGer 4A_92/2015 vom 18.5.2015 E.3.2.1; BGer 4A_428/2009 vom 26.10.2009 E. 3.

1920Bachofner, S. 137; OFK-Planinic/Erk, Art. 361 ZPO N. 10.

1921.Chrobak, S. 1.

1922Künzle (Unternehmen im Nachlass), S. 52.

1923Künzle (Schiedsfähigkeit), S. 72; Walser, S. 285.

Lebzeiten vorsorgen und eine Schiedsperson im Erbvertrag einsetzen, welche bei einer Erbteilungsklage den Streit schlichen würde.[1924]

B. Schiedsvereinbarung

34 Schiedsvereinbarungen (Art. 358 ZPO) sind entweder Schiedsverträge oder Schiedsklauseln.[1925] So vereinbaren die Parteien per **Schiedsklausel** im Voraus, dass sie bei einer allfälligen Rechtsstreitigkeit ein Schiedsgericht anrufen wollen.[1926] Wollen sie hingegen eine aktuell bestehende Streitigkeit einem Schiedsgericht vorlegen, dann wird dies in einem **Schiedsvertrag** festgeschrieben. Es muss klar stipuliert sein, welches Schiedsgericht zuständig sein soll. Der Verzicht auf das staatliche Gericht muss **explizit** formuliert sein, ansonsten gilt er aufgrund unzulässig selbsteingeschränkter persönlicher Freiheit als anfechtbar (Art. 27 Abs. 2 ZGB).[1927]

35 Die Parteien halten in der Schiedsvereinbarung bzw. Schiedsabrede vertraglich fest, dass sie im Streitfall ein Schiedsgericht anstelle eines staatlichen Gerichtes anrufen wollen.[1928] Eine **Legaldefinition** der Schiedsvereinbarung findet sich weder in der ZPO noch im IPRG. Das Bundesgericht hat die Schiedsvereinbarung als ein Übereinkommen definiert, «mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder künftige Streitigkeiten verbindlich und unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen»[1929]. Ob Schiedsvereinbarungen als Vertrag des Prozessrechts[1930] oder des materiellen

1924 Künzle (Schiedsfähigkeit), S. 72; Picht/Chrobak, S. 206 f.; Sutter-Somm/Gut, 145 ff.

1925 Botschaft ZPO, S. 7393.

1926 Berger/Kellerhals, Rz. 287; Gabriel/Girsberger, S. 819 ff.; Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 402; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 353 ZPO N. 6. Zu Schiedsklauseln in Erbverträgen: Schulthess Kommentar-Courvoisier/Wenger, Art. 354 ZPO N. 12; BSK-Mabillard/Briner, Art. 177 IPRG N. 9b; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 354 ZPO N. 8.

1927 Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 16; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 357 ZPO N. 2.

1928 Präjudizienbuch-Bohnet/Droese, Art. 357 ZPO N. 1; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 16; siehe weiter auch Stacher, Rz. 55 ff.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 357 ZPO N. 1; BGE 141 III 444 E.4.2.1.

1929 BGE 138 III 29 E. 2.2.3; BGE 130 III 66 E. 3.1; BGE 140 III 367 E. 2.2.2. Im NYÜ findet sich eine sehr ähnliche Umschreibung der Schiedsvereinbarung (Art. II Ziff. I NYÜ). Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 401.

1930 Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 29 Rz. 19; Stacher, Rz. 416.

Privatrechts[1931] oder gar um eine Mischform[1932] zu beurteilen sind, ist in der Lehre umstritten.[1933]

Bezieht sich der Rechtsstreit auf die Gültigkeit eines Vertrages mit einer Schiedsklausel, so bleibt diese Klausel unabhängig von der Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit des Vertrages gültig und es kann das Schiedsgericht gemäss diesen Vorgaben angerufen werden.[1934] Anders gewendet, wenn das Schiedsgericht den Vertrag als nichtig beurteilt, so folgt daraus nicht automatisch die Ungültigkeit der Schiedsklausel (Art. 23 Abs. 2 Swiss Rules 2021; Art. 23 Abs. 1 UAR). 36

C. Bestellung des Schiedsgerichts

Laut Art. 361 Abs. 1 ZPO herrscht bei der Bestellung des Schiedsgerichts volle Parteiautonomie, d.h. die Parteien können das Ernennungsverfahren in ihrer Schiedsvereinbarung selbst bestimmen. Darin können sie bspw. festlegen, eine bestimmte Einzelschiedsperson oder mehrere bestimmte Schiedspersonen beauftragen zu wollen.[1935] Besteht keine klare vorgängige **Parteiwahl**, hat jede Partei die gleiche Anzahl Mitglieder zu ernennen (Art. 361 Abs. 2 ZPO; Art. 11 Abs. 1 Swiss Rules 2021; Art. 9 Abs. 1 UAR).[1936] Die gewählten Schiedspersonen haben dann einstimmig eine weitere Person auszuwählen, die den Vorsitz resp. das Präsidium ausüben soll (Art. 361 Abs. 2 ZPO; Art. 9 Abs. 1 UAR).[1937] Laut Art. 368 Abs. 1 ZPO darf keine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Mitglieder ausüben.[1938] Das 37

1931 Berger/Kellerhals, Rz. 284.

1932 BSK ZPO-Girsberger, Art. 357 ZPO N. 6; BSK IPRG-Wenger/Müller, Art. 178 IPRG N. 4; Stacher, Rz. 72.

1933 Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 405; Gabriel/Girsberger, S. 819 ff.

1934 Art. 23 Abs. 2 Swiss Rules 2021: «Das Schiedsgericht ist befugt, über das Bestehen oder die Gültigkeit des Vertrages zu entscheiden, der die Schiedsvereinbarung enthält. Eine Entscheidung des Schiedsgerichts, dass der Vertrag nichtig ist, zieht nicht automatisch die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung nach sich.» Dasselbe gilt bei Art. 23 Abs. 1 UAR.

1935 BK-Boog/Stark-Traber, Art. 361 ZPO N. 8; Planinic/Erk, Art. 361 ZPO N. 4a; Dike Kommentar-Schwander/Stacher, Art. 361 ZPO N. 3.

1936 Swiss Rules Commentary-Bühler/Fellmann, Art. 11 Swiss Rules 2021 N. 9 ff.; Planinic/Erk, Art. 361 ZPO N. 5; Dike Kommentar-Schwander/Stacher, Art. 361 ZPO N. 9; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 23.

1937 Swiss Rules Commentary-Bühler/Fellmann, Art. 11 Swiss Rules 2021 N. 17; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 23; Born, S. 1669 ff.

1938 Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 809; ZK-Grundmann, Art. 361 ZPO N. 2.

Schiedsgericht ist erst mit der Amtsannahme sämtlicher Mitglieder einsatzfähig. Sollte es die eine oder andere Partei versäumen, ihre Mitglieder für das Schiedsgericht rechtzeitig zu bestellen, so wird eine Drittperson bzw. das staatliche Gericht als *juge d'appui* beauftragt, diese an deren Stelle zu ernennen (Art. 362 ZPO).[1939]

D. Schiedsverfahren im Überblick

1. Verfahrensgrundsätze

38 Schiedsgerichte können anstelle von öffentlichen bzw. staatlichen Gerichtsinstanzen rechtskräftige bzw. vollstreckbare Schiedsentscheide fällen, vorausgesetzt dass sie den rechtsstaatlichen Anforderungen genügen bzw. jederzeit und unter allen Umständen **faire Verhandlungen sicherstellen**.[1940] So müssen die Schiedsgerichte laut Art. 373 Abs. 4 ZPO: «die Gleichbehandlung der Parteien und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleisten und ein kontradiktorisches Verfahren durchführen.» Diese Verfahrensgrundsätze für Schiedsverfahren sind in Art. 373 Abs. 4 ZPO sowie in Art. 182 Abs. 3 IPRG deckungsgleich formuliert und entsprechen den allgemeinen Verfahrensgarantien unter Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, d.h. den explizit stipulierten Ansprüchen «auf gleiche und gerechte Behandlung» sowie «auf rechtliches Gehör», ausgenommen das Anrecht «auf Beurteilung innert angemessener Frist».[1941]

39 Schiedsgerichte müssen die Verfahrensgrundsätze hinlänglich gewährleisten und so grundsätzlich eine **unabhängige und unparteiische Rechtsprechung** garantieren (Art. 12 Swiss Rules 2021; Art. 11 UAR; Art. 11 ICC Rules of Arbitration).[1942] Wurden diese Verfahrensgarantien resp. die Grundsätze der Gleichbehandlung der Parteien oder des rechtlichen Gehörs verletzt, so begründet dies eine Beschwerde laut Art. 393 lit. d ZPO und kann entsprechend gerügt werden.[1943]

1939 BK-Boog/Stark-Traber, Art. 361 ZPO N. 33; Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 809; ZK-Grundmann, Art. 361 ZPO N. 2.

1940 Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 60 Rz. 48; KuKo-Dasser, Art. 373 ZPO N. 10; BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher, Vor Art. 353–399 ZPO N. 37; Swiss Rules Commentary-Jermini/Castiglioni, Art. 16 Swiss Rules 2021 N. 2 ff.; Planinic/Erk, Art. 373 ZPO N. 8.

1941 BGE 134 III 186, E. 6.1; BGE 116 II 373 E. 7b; BGer vom 20.4.2015 4A_97/2015, E. 3.1.2.

1942 BGE 142 III 521, E. 3.1.1; BGE 136 III 605, E. 3.2.1.

2. Zuständigkeit

Ein Schiedsgericht ist kompetent, über eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien dies in einer Schiedsvereinbarung festgeschrieben haben und die Sache schiedsfähig ist. Wird die **Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestritten**, so ist laut Art. 359 Abs. 1 ZPO dieses berechtigt, in **eigener Kompetenz** darüber zu entscheiden (sog. Kompetenz-Kompetenz; vgl. auch Art. 23 Abs. 1 Swiss Rules 2021).[1944] Hingegen ist das **staatliche Gericht** und nicht das Schiedsgericht zuständig, die **rechtskonforme Konstitution** der Schiedsgerichte sicherzustellen.[1945] Bspw. obliegt es laut Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO allein der öffentlichen Gerichtsinstanz, über einen Antrag der Parteien zu entscheiden, der darauf zielt, eine angezweifelte Schiedsperson abzulehnen, abzuberufen oder zu ersetzen.[1946] 40

3. Schiedsordnungen im Besonderen

Die Streitparteien können in ihrer Schiedsvereinbarung selbst bestimmen, welche Verfahrensform sie vereinbaren wollen.[1947] Laut Art. 373 Abs. 1 ZPO **steht es ihnen frei**, ihre Streitigkeit selber in einem *tailor made*-Verfahren zu regeln oder bevorzugterweise eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung (Schiedsordnung) ihrer Wahl – z.B. die Swiss Rules 2021, die UNCITRAL Arbitration Rules (UAR) oder die ICC Rules of Arbitration – zu bestimmen. Als dritte Möglichkeit, kann ein staatliches Verfahrensrecht bezeichnet werden (Art. 373 Abs. 1 lit. c ZPO).[1948] Haben es die Streitparteien versäumt, die Verfahrensform festzulegen, dann ist das Schiedsgericht zuständig, diese Verfahrensregeln (*Procedural Rules*) zu verfügen.[1949] 41

Entscheiden sich die Parteien bei einem Rechtsstreit eine Schiedsinstitution anzurufen, wird i.d.R. gleich auch die Schiedsordnung dieser Institution angenommen.[1950] Bei Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit wird mehrheitlich die 42

1943 Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 60 Rz. 48.

1944 Swiss Rules Commentary-Molina/Pfistere, Art. 23 Swiss Rules 2021 N. 5.

1945 KuKo-Dasser, Art. 359 ZPO N. 2.

1946 Raeschke-Kessler, S. 5.

1947 Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 816; BSK-Habegger, Art. 373 ZPO N. 1 ff.; Schulthess Kommentar-Müller, Art. 373 ZPO N. 3; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 373 ZPO N. 1.

1948 CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 373 ZPO N. 4.

1949 BSK-Habegger, Art. 373 ZPO N. 18; Schulthess Kommentar-Müller, Art. 373 ZPO N. 6; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 37; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 373 ZPO N. 8.

1950 Göksu (Schiedsgerichtsbarkeit), Rz. 816.

Schiedsordnung der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) gewählt, doch es kann auch auf die Schiedsordnung einer Schiedsinstitution – wie die ICC Rules of Arbitration oder die Swiss Rules 2021 – verwiesen werden.

a. Swiss Rules 2021

43 Damit die Swiss Rules in einem nationalen oder internationalen Schiedsverfahren zur Anwendung kommen,[1951] muss die zwischen den Parteien getroffene Schiedsvereinbarung explizit auf diese verweisen (Art. 1 Abs. 1 Swiss Rules 2021).[1952] Nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen unter Art. 1–7 Swiss Rules 2021, konkretisieren Art. 8–15 Swiss Rules 2021 das Vorgehen bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts. Das Schiedsverfahren ist in Art. 16–32 Swiss Rules 2021 geregelt und konkretisiert u.a. das Vorgehen und die Fristen beim Schriftenwechsel sowie der mündlichen Verhandlung.

b. ICC Rules of Arbitration

44 Die Schiedsgerichtsordnung des International Court of Arbitration der International Chamber of Commerce (ICC) ist darauf bedacht, ein neutrales Rahmenwerk zur Beilegung von internationalen Rechtsstreitigkeiten zu bieten und dabei ein breites Spektrum von Rechtstraditionen, Kulturen und Berufen abzudecken.[1953] Die Schiedsordnung regelt die Verfahrenseinleitung (Art. 4–6 ICC Rules of Arbtriation), Bestellung des Schiedsgerichts (Art. 11–15 ICC Rules of Arbtriation) und den Streitbeilegungsprozess (Art. 16–30 ICC Rules of Arbtriation) und lässt gleichzeitig den Parteien die Möglichkeit, das Verfahren ihren Bedürfnissen anzupassen.[1954]

c. UNCITRAL Arbitration Rules

45 Die UNCITRAL Arbitration Rules (UAR) bieten eine umfassende Verfahrensordnung für Ad-hoc- aber auch institutionelle Schiedsgerichte. Gemäss Art. 1 Abs. 1 UAR gilt die vollumfängliche Parteiautonomie, sodass die

1951. Rules Commentary-Spoorenberg/Franchini, Art. 1 Swiss Rules 2021 N. 2 ff.
1952 BSK-Hochstrasser/Fuchs, Einl. 12. Kap. IPRG N. 259; Swiss Rules Commentary-Spoorenberg/Franchini, Art. 1 Swiss Rules 2021 N. 8.
1953 Reiner/Petkutei/Kern, S. 22 ff.; Webster/Bühler, Rz. 0-18.
1954 Reiner/Petkutei/Kern, S. 28 ff.

Vorgaben der UAR von den Parteien weitgehend frei abgeändert und den jeweiligen Bedürfnissen angepasst werden können.[1955] Das Verfahren selbst unterscheidet sich nicht besonders von anderen Regelungen. Die UAR hat aber in Sachen Bestellung des Schiedsgerichts besonders effiziente Regeln, die jegliche Verzögerung quasi verunmöglicht. Haben die Parteien die Bestellung nicht gesondert geregelt, übernimmt die sog. *appointing authority* die Bestellung des Schiedsgremiums.[1956] Diese *appointing authority* kann von den Parteien selbst ausgesucht werden (Art. 6 Abs. 1 UAR);[1957] sollten sie sich nicht über die Bestimmung einigen können, wird die sog. *designating authority* – in casu der Generalsekretär des Permanent Court of Arbitration in Den Haag – bezeichnet.[1958]

4. Beendigung des Schiedsverfahrens

Nach Beendigung des Schiedsverfahrens hat das Schiedsgericht seinen **Schiedsspruch** zu fällen, den sie den Parteien eröffnen (Art. 381 ff. ZPO). Bei der Urteilsberatung und Abstimmung haben alle Schiedsgerichtsmitglieder mitzuwirken. Sollte eines der Mitglieder sein Mitwirken verweigern, so können die übrigen trotzdem beraten und entscheiden, insofern nichts anderes vereinbart wurde (Art. 382 Abs. 1 und 2 ZPO).[1959] 46

Der Schiedsspruch kann vorerst mündlich eröffnet und anschliessend **schriftlich begründet** abgegeben werden, vorausgesetzt, dass die Parteien nicht darauf verzichten (Art. 34 Abs. 2 und 3 Swiss Rules 2021; Art. 34 Abs. 2 und 3 UAR).[1960] Eine Rechtsmittelbelehrung ist nicht vorgesehen.[1961] Gelingt es den Parteien, sich frühzeitig zu einigen, in dem die Klage anerkannt bzw. zurückgezogen wird oder die Streitigkeit schon im laufenden Verfahren mit einem Vergleich zu beenden,[1962] so muss das Schiedsgericht dies auf Antrag 47

1955 Patocchi/Niedermeier, S. 978.

1956 Caron/Caplan, S. 149; Paulsson/Petrochilos, S. 44; Patocchi/Niedermaier, S. 972; Widdascheck, S. 23.

1957 Castello, Rz. 17.71; Patocchi/Niedermaier, S. 1002; Widdascheck, S. 24.

1958 Croft/Kee/Waincymer, Rz. 6.6; Widdascheck, S. 25.

1959 Schulthess Kommentar-Arroyo, Art. 382 ZPO N. 14; BSK-Girsberger, Art. 382 ZPO N. 28 ff.; OFK-Planinic/Erk, Art. 382 ZPO N. 3; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 45.

1960 Schulthess Kommentar-Arroyo, Art. 384 ZPO N. 4; Swiss Rules Commentary-Besson/Lauber-Thommesen, Art. 34 Swiss Rules 2021 N. 21 ff.

1961 Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 45.

1962 Schulthess Kommentar-Gränicher, Art. 385 ZPO N. 8 f.; BK-Lazopoulos, Art. 385 ZPO N. 1; OFK-Planinic/Erk, Art. 385 ZPO N. 1 ff.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 385 ZPO N. 4.

beider Parteien in Form eines in Rechtskraft erwachsenden und vollstreckbaren Schiedsspruchs aussprechen (Art. 385 ZPO).[1963]

5. Rechtsmittel

48 Aufgrund ihrer Autonomie sind die Parteien befugt, auch das schiedsgerichtliche Rechtsmittelverfahren selber festzulegen.[1964] Dabei sind «*alle Weiterziehungsmöglichkeiten zu betrachten, welche – nach dem Willen der Parteien – das Schiedsverfahren noch nicht beenden und daher den Rechtsmittelweg ans staatliche Gericht verschliessen (vgl. Art. 391 ZPO)*».[1965]

a. Schiedsbeschwerde

49 Die Lehre kann die zivilrechtliche Beschwerde nicht schlüssig als ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel einordnen,[1966] weil die Beschwerdegründe gegen Schiedssprüche beschränkt sind (Art. 393 ZPO). Denn staatliche Gerichte dürfen grundsätzlich nicht mit einer inhaltlichen Richtigkeitsprüfung in die privatautonome schiedsgerichtliche Rechtsprechung eingreifen,[1967] sondern lediglich die **Voraussetzungen einer ordnungsgemäss funktionierenden Schiedsgerichtsbarkeit überprüfen**. Laut Art. 390 Abs. 1 ZPO können die Parteien alternativ zum Bundesgericht auch das kantonale Gericht (Art. 390 Abs. 2 i.V.m. Art. 356 ZPO) als Rechtsmittelinstanz einsetzen.[1968] Die Beschwerde ist erst nach Ausschöpfung der in der Schiedsvereinbarung vorgesehenen schiedsgerichtlichen Rechtsmittel zulässig (Art. 391 ZPO), d.h. sie hat subsidiäre Wirkung.[1969]

b. Revision

50 Für eine Revision eines Schiedsspruches ist laut Art. 396 Abs. 1 ZPO ein **oberes kantonales Gericht** anzurufen.[1970] Die Revisionsgründe entsprechen

---

1963 BSK-Girsberger, Art. 385 ZPO N. 12; BK-Lazopoulos, Art. 385 ZPO N. 21 f.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 385 ZPO N. 3.

1964 Göksu (ASA Bulletin), S. 612; BSK-Mràz/Peter, Art. 389 ZPO N. 5.

1965 Göksu (ASA Bulletin), S. 608.

1966 BK-Marugg/Keller Jupitz, Art. 389 ZPO N. 11; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 27 Rz. 3; für ein ausserordentliches kassatorisches Mittel: Präjudizienbuch-Bohnet/Droese, Art. 389 ZPO N. 2; BSK-Mràz/Peter, Art. 389 ZPO N. 18.

1967 BK-Marugg/Neukom Chaney, Art. 393 ZPO N. 11.

1968 Präjudizienbuch-Bohnet/Droese, Art. 390 ZPO N. 1; BK-Marugg/Jung-Utzinger, Art. 396 ZPO N. 8; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 389 ZPO N. 1.

denjenigen, die laut Art. 328 ZPO auch für die staatlichen Gerichtsverfahren gelten.[1971] Die Kompetenz der zuständigen Revisionsinstanz beschränkt sich auf die Aufhebung des Schiedsspruchs und die Zurückweisung an das ursprüngliche Schiedsgericht zur Neubeurteilung (Art. 399 ZPO).[1972]

6. Rechtskraft und Vollstreckung

Schiedssprüche erlangen mit ihrer mündlichen Eröffnung resp. mit ihrer Zustellung die Wirkung **eines sofort rechtskräftigen und vollstreckbaren** gerichtlichen Entscheids (Art. 387 ZPO).[1973] Die Vollstreckung der Schiedssprüche wird von den gerichtlichen Behörden gleich wie die eines staatlichen Urteils umgesetzt. Entsprechend sind sie auch zuständig, auf Verlangen die Vollstreckbarkeit der Schiedssprüche zu bescheinigen.[1974] Das Schiedsverfahren gilt als erledigt, insofern der erstinstanzliche Schiedsspruch nicht angefochten wurde und der sog. Vollstreckungstitel damit Rechtskraft entfaltet.[1975] 51

LITERATURVERZEICHNIS

Arroyo Manuel, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

Aubert Gabriel, L'arbitrage en droit du travail, in: Aubert Gabriel/Aubry Girardin Florence/Mahon Pascal/Kocherhans Nathalie (Hrsg.), Journée de droit du travail et de la sécurité sociale 1996, Zürich 1999, S. 107 ff.

Bachofner Eva, Die Mieterausweisung. Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Diss. Basel 2018.

1969. Göksu (ASA Bulletin), S. 608.

1971. Botschaft ZPO, S. 7406; Dike Kommentar-Kramer/Wiget, Art. 396 ZPO N. 4; BK-Marugg/Jung-Utzinger, Art. 396 ZPO N. 2; BSK-Mràz/Peter, Art. 396 ZPO N. 7.

1972. Dike Kommentar-Kramer, Art. 399 ZPO N. 1; BK-Marugg/Jung-Utzinger, Art. 396 ZPO N. 9; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 399 ZPO N. 1.

1973. BK-Stacher, Art. 387 ZPO N. 1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 387 ZPO N. 3.

1974. Schulthess Kommentar-Gränicher, Art. 387 ZPO N. 31; BK-Stacher, Art. 387 ZPO N. 66; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 29 Rz. 69; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 387 ZPO N. 15.

1975. Göksu (ASA Bulletin), S. 618; BK-Stacher, Art. 387 ZPO N. 4.

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.

Berger Bernhard, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd II: Art. 150–353 ZPO und Art. Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK).

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2021.

Berger Bernhard/Kellerhals Franz, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. Aufl., Bern 2021.

Besson Sébastien/Lauber-Thommesen Nina, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Blake Susan/Browne Julie/Sime Stuart, A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution, 4. Aufl., Oxford 2016.

Bohnet François, Procédure civile, 3. Aufl., Basel 2021.

Bohnet François/Constantina Catalina, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Bohnet François (Hrsg.), Les procédures en droit du travail, Neuenburg/Basel 2020, S. 138 ff.

Bohnet François/Droese Lorenz, Präjudizienbuch ZPO Zivilprozessordnung, Bern 2018 (zit. Präjudizienbuch).

Boog Chrsitoph/Stark-Traber Sonja, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Born Gary B., International Commercial Arbitration, 3. Aufl., Den Haag 2021.

Brooker Penny, The Juridification of Alternative Dispute Resolution, Anglo-American Law Review 28/1999, S. 1 ff.

Bucher Andreas, in: Bucher Andreas (Hrsg.), Loi sur le droit international privé (LDIP) – Convention de Lugano, Commentaire Romand, Basel 2011 (zit. CR).

Bühler Micha/Stacher Marco, Costs in International Arbitration, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 2567 ff.

Burkhalter Peter/Grell Boris T., Schiedsgerichtsbarkeit der Schweizer Immobilienwirtschaft, Zürich 2005.

Buschmann Barbara, Tipps für den Umgang mit Baustreitigkeiten. Konfliktprävention und alternative Streitbeilegung, Berlin/Wien/Zürich 2015.

Carneiro Davide/Novais Paulo/Andrade Francisco/Zeleznikow John/Neves José, Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective, in: Artificial Intelligence Review 41 (2014), S. 211 ff.

Caron David D./Caplan Lee M., The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, 2. Aufl., Oxford 2013

Casey Angela, Fehlende Schiedsfähigkeit zwingender arbeitsrechtlicher Ansprüche im Binnenverhältnis – Anmerkungen zu BGE 4A_7/2018 vom 18.4.2018, in: ASA Bulletin 36 (2018), S. 399 ff. (zit. fehlende Schiedsfähigkeit)

dieselbe, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, in: ASA Bulletin 35 (2017), S 266 ff. (zit. individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten)

Chrobak Lennart: Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen. Eine Untersuchung der objektiven Schiedsfähigkeit gemäss ZPO und IPRG unter Einbezug des Stiftungs-, Trust- und Familienrechts, Diss. Zürich.

Courvoisier Maurice/Wenger Werner, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

Croft Clyde/Kee Christopher/Waincymer Jeff, A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules, Cambridge 2013.

Dasser Felix, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo).

Dolge Annette, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Ehle Bernd, SIA 150:2018 – Modern Swiss arbitration rules for construction disputes, in: ASA Bulletin 36 (2018), S. 896 ff.

Emerson Frank D., History of Arbitration Practice and Law, in: Cleveland State Law Review 19/1970, S. 155 ff.

Engel Martin, Collaborative Law. Mediation ohne Mediator, Tübingen 2010.

Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, Alternative Dispute Resolution: Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren, Zürich/St. Gallen 2021.

Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Ambauen Irma, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. Zürich 2016 (zit. CHK).

Gabriel Simon/Girsberger Daniel, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), Festschrift P. Tercier, Zürich 2008, S. 819 ff.

Gautier Pierre-Yves, Pour convaincre l'arbitre, in: ASA Bulletin 32 (2014), S. 508 ff.

Girsberger Daniel, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Girsberger Daniel/Habegger Philipp/Mràz Michael/Peter Flavio/Weber-Stecher Urs, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Girsberger Daniel/Peter James T., Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/Basel/Genf 2019.

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 4. Aufl., Zürich 2021.

Giudici Camilla, Der Sozialplan in einer vergleichenden europäischen Perspektive. Unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands und Italiens, Diss. Bern 2019.

Göksu Tarkan, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel, Petit commentaire CPC (Code de procédure civile), Basel 2020 (zit. PC).

derselbe, Die neue SIA-Schiedsordnung (SIA 150:2018), BR 2018, S. 5 ff. (zit. BR).

derselbe, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Schiedsgerichtsbarkeit).

derselbe, Schiedsgerichtlicher Instanzenzug – Welches Verfahren bei Rechtsmitteln an ein Obergericht?, ASA Bulletin 34 (2016), S. 606 ff. (zit. ASA Bulletin).

Gränicher Dieter, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

derselbe, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Haas Ulrich/Brosi Jeffrey, Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: ZZPInt 21 (2016), S. 323 ff.

Habegger Philipp, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Heinzmann Michel/Maradan Léonard, Procès civil social et arbitrabilité des litiges en droit du travail, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris?, Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz 10 Jahre Bachelor of Law, Bern 2015, S. 97 ff.

Huber, Lucius, Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Perspektiven und Herausforderungen, in: ZSR NF 121 II, 2002, S. 77 ff.

Hochstrasser Daniel/Brulet Simone, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Hofbauer Simone, History of Arbitration in Switzerland, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 3 ff.

Horn Jakob, Der Emergency Arbitrator und die ZPO, Tübingen 2019.

Jermini Cesare/Bernardoni Nicola, Domestic Arbitration under the Swiss Code of Civil Procedure, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl., The Netherlands 2018, S. 21 ff.

Jermini Cesare/Castiglioni Luca, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Johnson Alexandra C., Arbitration Labor Disputes, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 1191 ff.

Jones Grant/Pexton Peter, ADR and Trusts: An international guide to arbitration and mediation of trust disputes, London 2015.

Kellor, Frances A., American Arbitration: Its History, Functions and Achievements, Washington D.C. 1948.

Kramer Michael, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

Kramer Michael/Wiget Matthias, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

Künzle, Hans Rainer, Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen, Einleitung, in: successio 2020, S. 70 ff. (zit. Schiedsfähigkeit)

derselbe, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsanteilen – Länderbericht Schweiz, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag. Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio und der Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V. an der Universität Luzern vom 21.4.2017, Zürich 2018, S. 47 ff. (zit. Unternehmen im Nachlass).

Lazpoulos Michael, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Mabillard Ramon/Briner Adrian, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Marugg Daniel /Jung-Utzinger Julia, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Marugg Daniel/Keller Jupitz Carolina, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Marugg Daniel/Neukom Chaney Anna, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Mràz Michael/Peter Flavio, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Molina Martin/Pfisterer Stefanie, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Müller Christoph, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

Neidhart Elena, La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage, in: Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (Hrsg.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Zürich 2018, S. 299 ff.

Niedermaier Tilman, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen. Ein deutsch-U.S.-amerikanischer Rechtsvergleich mit Schlaglichtern auf weitere Rechtsordnungen, Tübingen 2013.

Oeticker Christian, in: Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Art. 108a–200, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK).

derselbe, Ad Hoc Arbitration in Switzerland, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 893 ff.

Patocchi Paolo Michele/Niedermaier Tilman, UNCITRAL Arbitration Rules (UncitralO), in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018, S. 963 ff.

Paulsson Jan/Petrochilos Georgios, UNCITRAL Arbitration, The Netherlands 2018.

Patocchi Paolo Michele/Niedermeier Tilmann, UNCITRAL Arbitration Rules (UncitralO), in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl. Köln, S. 963 ff.

Pfändler Andrea Maria, Mediation beim Finanzintermediär – eine Alternative zum Gerichtsprozess? Management der Reputationsrisiken von Banken durch aussergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung, Hamburg 2015.

Pfiffner Daniel C./Hochstrasser Daniel, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Pfisterer Stefanie, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Picht Peter Georg/Chrobak Lennart, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision – Teil I, in: SJZ 114 (2018), S. 205 ff.

Planinic Tanja/Erk Nadja, Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. OFK).

Raeschke-Kessler Hilmar, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichter – ein transnationales Rechtsproblem?, ASA Bulletin 28 (2008), S. 3 ff.

Reiner Andreas/Petkutei Jurgita/Kern Carsten, ICC-Schiedsordnung, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl. Köln, S. 21 ff.

Rigozzi Antonio/Kaufmann-Kohler Gabrielle, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 3. Aufl., Oxford 2015.

Roebuck Derek, The Myth of Modern Mediation, in: Arbitration (1) 73 (2007), S. 105 ff.

Rohner Thomas, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Rohrer Beat, Art. 269a OR, in: SVIT Schweiz (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018.

Schüttel Nadine, Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?, Diss. Freiburg i.Br. 2014.

Schwander Ivo/Stacher Marco, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

Schweizer Philippe, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR).

Smahi Nadia, The Arbitrator's Liability and Immunity Under Swiss Law – Part I, in: ASA Bulletin 34 (2016), S. 876 ff.

Spoorenberger Frank/Franchini Daniela, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Stacher Marco, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

derselbe, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

derselbe, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2021.

Staehelin Adrian/Staehelin Daniel /Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht (PrintPlu§), 3. Aufl., Zürich 2019.

Street Laurence, The language of ADR – its utility in resolving international commercial disputes in the role of the mediator, in: Arbitration 58 (1992), Supp (Annual conference Hong Kong), S. 17 ff.

Stürner Michael/Wilhelmi Rüdiger, Post-M&A-Schiedsverfahren. Recht und Rechtsfindung jenseits des gesetzlichen Rechts, Wiesbaden 2019.

Sutter-Somm Thomas/Gut Nicolas, Schiedsgerichte in Erbsachen. Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2012, S. 138 ff.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2021 Zürich (zit. CHK).

Vischer Frank/Müller Roland, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. Basel 2014.

Walser Manuel, Schiedsfähigkeit, Zürich 2018.

Webster Thomas H./Bühler Michael W., Handbook of ICC Arbitration, 5. Aufl., London 2021.

Wenger Werner/Aufrichtig Janina, Ist das gemäss Art. 335j OR zu bestellende «Schiedsgericht» ein Schiedsgericht?, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 719 ff.

Widdascheck Mirko, Die UNCITRAL Arbitration Rules als semi-institutionelle Schiedsverfahrensregeln, Frankfurt a.M. 2016.

Wildhaber Isabelle S./Johnson Wilcke Alexandra, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2010, S. 160 ff.

Wimalasena Philip, The Publication of Arbitral Awards as a Contribution to Legal Development – A Plea for more Transparency in International Commercial Arbitration, in: ASA Bulletin 37 (2019), S. 279 ff.

Wolaver Earl S., The Historical Background of Commercial Arbitration, in: University of Pennsylvania Law Review and American Law Register 83/1934, S. 132 ff.

Zufferey Jean-Baptiste/Perritaz Pierre/Schumacher Valentin, Das Schiedsgutachten: Erläuterungen, Mustervertrag, Zürich 2013.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 407f ZPO

Eine Kommentierung von Jan Heller

ZITIERVORSCHLAG

Jan Heller, Kommentierung zu Art. 407f ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Heller, Art. 407f ZPO N. XXX.

7. Kapitel: Übergangsbestimmung zur Änderung vom 17. März 2023

Art. 407*f*

Artikel 8 Absatz 2 zweiter Satz, 63 Absatz 1, 118 Absatz 2 zweiter Satz, 141*a*, 141b, 143 Absatz 1bis, 149, 167*a*, 170*a*, 176 Absatz 3, 176*a*, 177, 187 Absatz 1 dritter Satz und 2, 193, 198 Buchstaben b^{bis}, f, h und i, 199 Absatz 3, 206 Absatz 4, 210 Absatz 1 Einleitungssatz und Buchstabe c, 239 Absatz 1, 298 Absatz 1bis, 315 Absätze 2–5, 317 Absatz 1bis, 318 Absatz 2, 325 Absatz 2, 327 Absatz 5 und 336 Absätze 1 und 3 gelten auch für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Änderung vom 17. März 2023 rechtshängig sind.

GLIEDERUNG

I. Einleitung und Aufbau der Kommentierung 462
II. Entstehungsgeschichte 463
III. Grundlagen von Art. 407f nZPO 465
A. Funktionsweise der Aufzählung in Art. 407f nZPO 466
1. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit 467
2. Begriff des «Verfahrens» in Art. 407f nZPO 468
B. Natur der Aufzählung in Art. 407f nZPO 468
C. Beziehung zum Übergangsrecht in Art. 404 ff. ZPO 469
1. Anwendbarkeit von Art. 404 ff. ZPO 469
2. Allgemeines Übergangsrecht 470
a. Weitergeltung des bisherigen Rechts (Art. 404 ZPO) 470
b. Geänderte und mehrere Klagen bzw. Gesuche in einem Verfahren 471
c. Örtliche Zuständigkeit (Art. 404 Abs. 2 ZPO) 472
d. Rechtsmittel (Art. 405 ZPO) 473
D. Exkurs: Reflexwirkung auf das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht 474
IV. Revidiertes Recht innerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 407f nZPO 476
A. Direkte Klage beim oberen Gericht (Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz nZPO) 476
B. Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart (Art. 63 Abs. 1 nZPO) 477
C. Unentgeltliche Rechtspflege bei vorsorglicher Beweisführung (Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz nZPO) 477
D. Digitalisierung im Zivilprozess 478
1. Einsatz elektronischer Mittel (Art. 141a f., Art. 170a, Art. 187 Abs. 1 dritter Satz, Art. 193 und Art. 298 Abs. 1bis nZPO) 478
2. Protokollierung bei Aufzeichnung (Art. 141b Abs. 1 lit. b, Art. 176 Abs. 3, Art. 176a, Art. 187 Abs. 2 und Art. 193 nZPO) 480
E. Einhaltung von Fristen (Art. 143 Abs. 1bis nZPO) 481
F. Verfahren der Wiederherstellung (Art. 149 nZPO) 482
G. Beweisrecht 482
1. Verweigerungsrecht betreffend die Tätigkeit eines unternehmensinternen Rechtsdienstes (Art. 167a nZPO) 482
2. Privatgutachten (Art. 177 nZPO) 484
H. Schlichtungsverfahren 487
1. Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. bbis, f, h und i nZPO) 487
a. Unterhaltsklagen und weitere Kinderbelange (Art. 198 lit. bbis nZPO) 487
b. Streitigkeiten bei Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz (Art. 198 lit. f nZPO) 488
c. Verbundene Klagen bei gerichtlich angesetzter Klagefrist (Art. 198 lit. h nZPO) 490
d. Klagen vor dem Bundespatentgericht (Art. 198 lit. i nZPO) 491

2. Verzicht auf das Schlichtungsverfahren (Art. 199 Abs. 3 nZPO) 491
3. Ordnungsbusse bei Säumnis im Schlichtungsverfahren (Art. 206 Abs. 4 nZPO) 492
4. Entscheidvorschlag (Art. 210 Abs. 1 lit. c nZPO) 493
I. Eröffnung und Begründung von kantonalen Entscheiden (Art. 239 Abs. 1, 318 Abs. 2 und 327 Abs. 5 nZPO) 493
J. Neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 1bis nZPO) 494
K. Aufschiebende Wirkung und Vollstreckbarkeit (Art. 315 Abs. 5, 325 Abs. 2 und Art. 336 Abs. 1 sowie Abs. 3 nZPO) 495
1. Vollstreckung unbegründeter Entscheide 495
2. Berufung gegen einen Gestaltungsentscheid 496
3. Keine Aufschiebende Wirkung im Berufungsverfahren bei der Schuldneranweisung und der Sicherstellung des Unterhalts (Art. 315 Abs. 2 lit. c und d nZPO) 496
4. Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit und Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch die Rechtsmittelinstanz (Art. 315 Abs. 4 und 5 und 325 Abs. 2 nZPO) 497
V. Revidiertes Recht ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 407f nZPO 497
A. Klagen gegen den Bund (Art. 5 Abs. 1 lit. f und Art. 10 Abs. 1 lit. c nZPO) 498
B. Handelsgericht (Art. 6 Abs. 2, 3, 4 und 6 nZPO sowie Art. 5 Abs. 3 lit. c nIPRG) 499
1. Handelsrechtliche Streitigkeit (Art. 6 Abs. 2 nZPO) 499
2. Klägerwahlrecht (Art. 6 Abs. 3 nZPO) 501
3. Internationale Handelsstreitigkeiten (Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO und Art. 5 Abs. 3 lit. c nIPRG) 502
4. Streitgenossenschaft (Art. 6 Abs. 6 nZPO) 503
C. Entdeckung des Ausstandsgrundes (Art. 51 Abs. 3 und 328 Abs. 1 lit. d nZPO) .. 504
D. Unrichtige Rechtsmittelbelehrungen (Art. 52 Abs. 2 nZPO) 504
E. Replikrecht (Art. 53 Abs. 3 nZPO) 506
F. Einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 nZPO) 507
G. Streitverkündungsklage (Art. 81 und Art. 82 Abs. 1 nZPO) 508
H. Fristansetzung zur Bezifferung der unbezifferten Forderungsklage (Art. 85 Abs. 2 nZPO) 510
I. Objektive Klagenhäufung (Art. 90 Abs. 2 nZPO) 511
J. Streitwert und Kostenrecht 512
1. Streitwert bei negativer Feststellungswiderklage (Art. 94 Abs. 3 nZPO) 512
2. Verbandsklage (Art. 94a nZPO) 513
3. Tarife und Anspruch der Vertretung auf Parteientschädigung (Art. 96 nZPO) . 514
4. Kostenvorschuss (Art. 98 nZPO) 515
5. Verteilungsgrundsätze bei mehreren Parteien (Art. 106 Abs. 3 nZPO) 516

6. Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 Abs. 1 und 2 nZPO) 517
7. Gerichtskostenvorschuss und Sicherheit bei Rechtshilfehandlungen (Art. 11b nIPRG) 518
K. Verfahrenssprache (Art. 129 Abs. 2, 251a Abs. 2 und 356 Abs. 3 Satz 2 nZPO sowie Art. 42 Abs. 1bis nBGG) 518
1. Gewöhnliche Zivilverfahren (Art. 129 Abs. 2 lit. a nZPO) 518
2. Internationale handelsrechtliche Streitigkeiten (Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO) ... 519
3. Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 251a Abs. 2 und 356 Abs. 3 Satz 2 nZPO) 520
4. Verfahren vor Bundesgericht (Art. 42 Abs. 1bis nBGG) 521
L. Inhalt der Vorladung (Art. 133 lit. d nZPO) 521
M. Fristenlauf bei A-Post-Plus (Art. 142 Abs. 1bis nZPO) 522
N. Stillstand der Fristen (Art. 145 Abs. 4 nZPO und Art. 56 Abs. 2 nSchKG) 523
O. Schlichtungsverfahren 527
1. Persönliches Erscheinen im Schlichtungsverfahren (Art. 204 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und Abs. 3 lit. a und lit. d nZPO) 527
2. Klagefrist nach Erteilung der Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 4 nZPO) 528
3. Festlegung der Gerichtskosten und Parteientschädigung bei einem Entscheid der Schlichtungsbehörde (Art. 212 Abs. 3 nZPO) 529
P. Widerklage (Art. 224 Abs. 1bis nZPO) 530
Q. Neue Tatsachen und Beweismittel (Art. 229 Abs. 1 bis Abs. 2bis nZPO) 532
R. Inhalt des Entscheids (Art. 238 lit. g nZPO) 534
S. Säumnis im vereinfachten Verfahren 534
1. Säumnis an der Verhandlung bei einer Klage ohne schriftliche Begründung (Art. 245 Abs. 1 Satz 2 und 3 nZPO) 535
2. Säumnis an der Verhandlung bei einer Klage mit schriftlicher Begründung (Art. 245 Abs. 2 Satz 2 nZPO) 536
T. Summarisches Verfahren 536
1. Geltungsbereich (Art. 249, 250, 251, 251a und 305 nZPO) 536
2. Vorsorgliche Massnahmen gegen Medien (Art. 266 lit. a nZPO) 538
3. Rechtsmittel im Summarverfahren 539
a. Berufung (Art. 314 nZPO) 539
b. Beschwerde (Art. 321 Abs. 2 nZPO) 539
U. Familienrechtliche Verfahren 540
1. Vereinfachtes Verfahren beim scheidungsrechtlichen Annexverfahren (Art. 288 Abs. 2 und 291 Abs. 3 nZPO) 540
2. Selbstständige Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange (Art. 295 nZPO) 541
3. Kompetenzattraktion und Parteistellung der Eltern bei der Unterhalts- und Vaterschaftsklage (Art. 304 Abs. 2 Satz 2 und 3 nZPO) 543
V. Anschlussberufung (Art. 313 Abs. 2 lit. b nZPO) 545

W. Revision 545
1. Entdeckung neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO) .. 545
2. Unwirksamkeit der Klageanerkennung, des Klagerückzugs oder des gerichtlichen Vergleichs (Art. 328 Abs. 1 lit. c nZPO) 546
3. Ausstandsgrund (Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO) 546
4. Aufschub der Vollstreckbarkeit im Revisionsverfahren (Art. 331 Abs. 2 nZPO) 546
X. Änderungen des BGG 547
1. Sprache der Rechtsschriften (Art. 42 Abs. 1bis nBGG) 547
2. Vorgabe des BGG zur Eröffnung kantonaler Entscheide (Art. 112 Abs. 2 erster Satz nBGG) 547
3. Revision im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 123 Abs. 2 lit. a nBGG) 547
Y. Schiedsgerichtsbarkeit 547
1. Englisch als Verfahrenssprache im staatlichen Summarverfahren 547
2. Abberufung eines Mitglieds des Schiedsgerichts durch Vereinbarung (Art. 370 Abs. 1 nZPO) 548
3. Rechtshängigkeit (Art. 372 Abs. 2 nZPO) 548
4. Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen des Schiedsgerichts (Art. 374 Abs. 2 nZPO) 549
5. Revision bei der Entdeckung neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 396 Abs. 1 lit. a nZPO) 550
Z. Vollzug (Art. 400 Abs. 2bis und Abs. 3 sowie Art. 401a nZPO) 550
Literaturverzeichnis 551
Materialienverzeichnis 559

I. EINLEITUNG UND AUFBAU DER KOMMENTIERUNG

1 Am **1. Januar 2025** tritt die Revision der ZPO *«Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung»* vom 17. März 2023 in Kraft und bringt zahlreiche Neuerungen mit sich. Im Hinblick auf den Übergang vom bisherigen zum neuen Recht ist die Übergangsbestimmung in Art. 407*f* ZPO von zentraler Bedeutung. Als sog. **intertemporales Recht** widmet sich diese Norm der Abgrenzung zeitlich aufeinanderfolgender zivilprozessualer Bestimmungen.[1976] Der Begriff **Übergangsrecht** wird synonym verwendet.[1977] Das intertemporale Recht bestimmt, ob die alte oder neue zivilprozessuale Bestimmung auf einen bestimmten (prozessualen) Sachverhalt zur Anwendung gelangt (*«Entweder-oder-Recht»*[1978]).[1979]

2 *«Art. x aZPO»* wird verwendet, falls auf eine Bestimmung der ZPO verwiesen wird, die bis am 31. Dezember 2024 in Kraft ist. Das neue Zivilprozessrecht wird mit *«Art. x nZPO»* referenziert (ebenso Änderungen im IPRG, SchKG und BGG). Falls kein *«a»* oder *«n»* vorangestellt wird, ist sowohl das (unveränderte) Recht vor als auch nach dem 1. Januar 2025 gemeint.

3 Die Kommentierung beginnt mit der **Entstehungsgeschichte** von Art. 407*f* ZPO (N. 4 ff.). Im Anschluss werden die **Grundlagen** erläutert (N. 9 ff.). Dabei stellt sich u.a. die Frage, ob die Aufzählung in Art. 407*f* ZPO abschliessend ist (N. 17 f.). Das darauffolgende Kapitel IV widmet jeder **in Art. 407*f* ZPO enthaltenen Normen** einen Abschnitt (N. 33 ff.). Schliesslich setzt sich das Kapitel V übergangsrechtlich mit den **nicht in Art. 407*f* ZPO enthaltenen Normen** auseinander (unten N. 89 ff.). Dazu zählen auch die **geänderten Bestimmungen des IPRG, SchKG und BGG**, sofern diese nicht bereits im vorderen Kapitel im Zusammenhang mit der Änderung einer Bestimmung der ZPO miterörtert wurden. Redaktionelle Änderungen des französischen und italienischen Texts werden nicht behandelt.[1980]

1976. Im Allgemeinen: BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 1.

1977. Vischer Markus, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986 (= ZSP 52), S. 23.

1978. BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 1.

1979. Pichonnaz Pascal/Piotet Denis, Kommentierung zu Art. 1–4 SchlT ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Bénédict Foëx/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Basel 2016, N. 7.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Sowohl der **Vorentwurf** als auch der **Entwurf** enthielten keine übergangsrechtliche Bestimmung.[1981] Weder der **erläuternde Bericht**[1982] noch die **Botschaft**[1983] äusserten sich zum Übergangsrecht.[1984] Die Vertretung des Bundesamts für Justiz erklärte in der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, dass das Übergangsrecht am Ende der ZPO verankert sei. Aus diesem Grund wurde keine separate Übergangsbestimmung in den Entwurf aufgenommen. Zentral ist dabei, dass im Verfahrensrecht der (im Gesetz nicht ausgesprochene) Grundsatz gilt, dass dieses sofort, d.h. mit Inkrafttreten einer Revision zur Anwendung kommt (näher unten N. 11). Im Gesetz befinden sich lediglich die Ausnahmen zu diesem Grundsatz (insbesondere betreffend die Zuständigkeit[1985] und Verfahrenskoordination[1986]). Für diese gelten **Art. 404–407 ZPO**.[1987] 4

Zur Klarstellung wurde von der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats eine Übergangsbestimmung in **Art. 407 ZPO** eingefügt, welche mittels **Auflistung bestimmter geänderter Normen** den gleichen Mechanismus enthält wie der heutige Art. 407*f* nZPO.[1988] Der Ständerat folgte seiner Kommission.[1989] Da der Ständerat nicht die Absicht hatte den bestehenden Art. 407 ZPO zu überschreiben, schuf der Nationalrat daraus den neuen **Art. 407*e* ZPO**.[1990] 5

1980 Für den französischen Text: Art. 70 Abs. 2, 225, 237 Abs. 2, 238 lit. f, 282 Abs. 2, 296 Abs. 1, 300, Gliederungstitel vor Art. 308 und 405 Abs. 1 nZPO. Für den italienischen Text: Art. 198 lit. a^{bis}, 204 Abs. 3 (Einleitungssatz) und 205 Abs. 2 nZPO.

1981 Vgl.: Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32, Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 1.

1982 Siehe: Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2.3.2018, *passim*.

1983 Siehe: Botschaft ZPO-Revision 2020, *passim*.

1984 Vgl.: Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32. Auch: Hurni/Hofmann, S. 213; Tappy, révision du CPC, S. 109; Weber, aktueller Stand, S. 16.

1985 Unten N. 90 f. und N. 92 ff.

1986 Unten N. 113 ff., N. 118 ff. und N. 166 ff.

1987 Zum Ganzen: Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32 und Antrag Nr. 24.

1988 Fahne S1 D, Sommersession 2021 Ständerat, S. 42.

1989 AB 2021 S 693; Fahne S11 D, Sommersession 2021, S. 43.

1990 Kommissionsprotokoll RK-N vom 7./8.4.2022, S. 17 und AB 2022 N 710 f.; Fahne N2 D, Sondersession Mai 2022, S. 77 f.; Fahne N22 D, Sondersession Mai 2022, S. 74 f. Siehe auch: Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32 und der dazugehörige Antrag Nr. 24, worin bereits von Art. 407*e* ZPO gesprochen wird.

6 Aufgrund der Ausgestaltung der Übergangsbestimmung als Katalog von geänderten ZPO-Bestimmungen konnte der definitive Wortlaut von Art. 407*e* ZPO erst festgelegt werden, als klar war, was National- und Ständerat materiell beschlossen hatten.[1991] Aus diesem Grund wurde der Katalog in Art. 407*e* ZPO jeweils vom Sekretariat der Kommission in Zusammenarbeit mit der Verwaltung an die jeweiligen Entscheide angepasst.[1992] Art. 407*e* ZPO wurde in der Folge jeweils an den Stand der parlamentarischen Beratungen angepasst.[1993] Später wurde aus Art. 407*e* ZPO der neue **Art. 407*f* nZPO**. In Art. 407*e* ZPO befindet sich die Übergangsbestimmung betreffend die zivilprozessualen Bestimmungen, die mit dem neuen DSG am 1. September 2023 in Kraft trat.[1994]

7 Die **historische Auslegung** sucht den Sinn einer Norm in ihrer Entstehungsgeschichte. Dabei werden die Materialien, wozu die Botschaft und das amtliche Bulletin des National- und Ständerats zählen, berücksichtigt.[1995] Zentrale Aspekte zu Art. 407*f* nZPO ergeben sich aus den Protokollen der parlamentarischen Kommissionen (siehe unten N. 17 und N. 20). Das Bundesgericht[1996] sowie die Mehrheit der Lehre[1997] berücksichtigt bei der historischen Auslegung u.a. die **Kommissionsprotokolle**. Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. c ParlVV[1998] dienen die Kommissionsprotokolle u.a. der späteren Auslegung von Erlassen. Laut Art. 47 Abs. 1 ParlG[1999] sind die Beratungen in der Kommission vertraulich. In die Kommissionsprotokolle ist für die Rechtsanwendung und für wissenschaftliche Zwecke Einsicht zu gewähren (Art. 7 Abs. 1 ParlVV). Zu beachten ist, dass die Kommissionsprotokolle erst nach einer Abstimmung bei einem allfälligen Referendum Einsicht genommen werden kann (vgl. Art. 7 Abs. 1 ParlVV).

1991 Vgl.: Kommissionsprotokoll RK-N vom 7./8.4.2022, S. 17 f.; Kommissionsprotokoll RK-S vom 30.6/1.7.2022, S. 45.

1992 Vgl.: Kommissionsprotokoll RK-S vom 30.6/1.7.2022, S. 45. Ferner auch: Kommissionsprotokoll RK-S vom 26./27.1.2023, S. 21; Kommissionsprotokoll RK-N vom 2.3.2023, S. 13.

1993 Siehe: AB 2022 S 651 und Fahne S33 D, Herbstsession 2022, S. 57, AB 2022 N 2262 und Fahne N44 D, Wintersession 2022, S. 61, AB 2023 S 244 f.; AB 2023 N 219 und Fahne SN7, Ständerat/Nationalrat Frühjahressession, S. 41; AB 2023 N 528 ff. Dazu auch: Weber, Revision, S. 17.

1994 Vgl.: Tappy, droit transitoire, S. 215.

1995 Hrubesch-Millauer/Bosshardt, § 2 N 92

1996 Siehe bspw. bei der Anwendung der ZPO: BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 627; BGE 138 III 558 E. 3.2 S. 561.

Zur Heranziehung der Kommissionsprotokolle gibt es zu Recht kritische Stimmen, weil diese nicht öffentlich zugänglich sind.[2000] Es wird vertreten, dass bei der historischen Auslegung nicht öffentlich zugängliche Geheimmaterialien nicht zu berücksichtigen seien.[2001] Dadurch ist der Bevölkerung nicht bewusst, wie das Gesetz ausgelegt werden könnte. Deshalb ist es in Zukunft wünschenswert, wenn die übergangsrechtlichen Gedanken bereits in der Botschaft erläutert oder im Parlament die Ausführungen der Kommissionen wiederholt werden. Damit wären diese ohne Weiteres der Allgemeinheit zugänglich. Da die Kommissionsprotokolle in der Praxis berücksichtigt werden, stützt sich auch diese Kommentierung auf die darin enthaltenen Äusserungen. 8

III. GRUNDLAGEN VON ART. 407*F* NZPO

Bevor mit Blick auf einzelne Normen übergangsrechtliche Fragen erörtert werden, erfolgt eine allgemeine Darstellung des in Art. 407*f* nZPO verankerten Mechanismus. Zuerst wird dessen **Funktionsweise** erläutert (N. 9

1997 Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, N. 312; Honsell Heinrich, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, N. 9; Heizmann Reto, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Habil. Zürich 2014, Bern 2015, N. 251 ff.; Koller Jannick, Der Begriff des versicherungsfremden Geschäfts im Versicherungsaufsichtsrecht, Diss. St.Gallen, Zürich 2020, S. 10; Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021, N. 5 dritter Spiegelstrich; Schwander Daniel, Die Auskunftspflicht Dritter – namentlich der Banken – im Arrestverfahren – Ihr Entstehungszeitpunkt sowie der zu ihrer Durchsetzung anzudrohende Straftatbestand, in: Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz W./Vock Dominik/Gehri Myriam A. (Hrsg.), Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 317-349, S. 329.

1998 Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung vom 3.10.2003 (Parlamentsverwaltungsverordnung, SR 171.115).

1999 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13.12.2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10).

2000 Scotoni Fabio Enrico Renzo, Klagen vor dem Sozialversicherungsgericht, Diss. Zürich 2020, N. 31 Fn. 41.

2001 Hrubesch-Millauer/Bosshardt, § 2 N 93. Gemäss Kramer/Arnet sind nur öffentlich zugängliche Materialien zu beachten (ohne ausdrückliche Bezugnahme zu Kommissionsprotokollen; Kramer Ernst A./Arnet Ruth, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024, S. 162).

11 f.). Daraufhin wird die Frage geklärt, ob der in Art. 407*f* nZPO enthaltene Katalog abschliessender Natur ist (N. 17 f.). Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit Art. 407*f* nZPO im Verhältnis zu den **allgemeinen Übergangsbestimmungen in Art. 404 ff. ZPO** (N. 19 ff.). Zahlreiche Normen des **kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts** verweisen auf die ZPO.[2002] Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob es sich um dynamische Verweise handelt, welche jeweils die aktuelle Version der ZPO erfassen. Falls dies zu bejahen ist, spielt Art. 407*f* nZPO in übergangsrechtlicher Hinsicht auch im kantonalen Verwaltungsverfahrensrecht eine Rolle (N. 30 ff.).

10 In diesem Zusammenhang ist irrelevant, ob das alte oder neue Recht zur Anwendung gelangt, falls das neue Recht bloss die unter dem alten Recht entwickelte **bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert** (bspw. N. 68, 81, 93, 100, 105, 112 f., 158, 167 und 180). Ebenfalls unbedeutend sind **redaktionelle Änderungen** ohne inhaltliche Bedeutung (bspw. N. 65, N. 159 und N. 172).[2003] Mangels materieller Änderungen spielt das in zeitlicher Hinsicht anwendbare Recht keine Rolle.[2004]

A. Funktionsweise der Aufzählung in Art. 407*f* nZPO

11 Art. 407*f* nZPO sieht wie andere übergangsrechtliche Normen[2005] der ZPO vor, dass das neue Recht bei **Verfahren**, die **bei Inkrafttreten rechtshängig** sind zur Anwendung gelangt. Dies entspricht dem intertemporalen Grundsatz, wonach Verfahrensrecht sofort, d.h. ab dessen Inkrafttreten zur Anwendung gelangt.[2006] Im Gegensatz zu anderen Revisionen erklärt Art. 407*f* nZPO nicht das gesamte neue Recht für anwendbar, sondern bloss einzelne in einem Katalog aufgeführte Bestimmungen (zur Aufzählung unten N. 33 ff.). Schliesslich enthält Art. 407*f* nZPO auch keine besonderen Regelungen, die nur für den Übergangszeitraum gelten. Art. 407*f* nZPO erklärt diverse Normen des neuen Rechts auf Verfahren für anwendbar, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig sind (siehe unten N. 33 ff.). Von Bedeutung ist zum einen, die

2002 Für Bsp. unten Fn. 75.

2003 Vgl. auch: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2723. Ferner auch: Schoch, S. 9.

2004 Zum Ganzen auch: Tappy, droit transitoire, S. 220.

2005 Siehe Art. 407*b* bis Art. 407*e* ZPO.

2006 BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 3. Zu diesem Grundsatz ausführlich: SHK ZPO-Fischer, Art. 404 N. 3; DIKE ZPO-Schwander, Art. 404 N. 16 ff.; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 4; Sutter-Somm, N. 1666. Ferner bereits: BGE 115 II 97 E. 2c S. 101; Habscheid, N. 42; Schoch, S. 41 ff.

Rechtshängigkeit und zum andern der Begriff des *«Verfahrens»* (unten N. 13 ff. und N. 16).

Für Verfahren, die **nach dem 1. Januar 2025 rechtshängig** werden, gilt das neue Recht.[2007] Diese Verfahren haben keinen Bezug zum Geltungszeitraum des alten Rechts. Irrelevant ist hingegen, welchem Zeitraum das **materielle, den Streitgegenstand bildende Rechtsverhältnis** (d.h. der Lebenssachverhalt), angehört.[2008] 12

1. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit

Die **Einreichung** eines Schlichtungsgesuchs, einer Klage, eines Gesuchs oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens begründet Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Massgebend ist die Übergabe des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Bei mündlichen Erklärungen zu Protokoll ist der Zeitpunkt der Unterzeichnung des Protokolls massgebend (vgl. Art. 202 Abs. 1, 244 Abs. 1 und Art. 252 Abs. 2 ZPO).[2009] Bei einer **neu eingereichten oder weitergeleiteten Eingabe** gilt als massgebender Zeitpunkt das Datum der ersten Einreichung (Art. 63 Abs. 1 ZPO; dazu auch unten N. 35). 13

Die Klage wird nur im Umfang der geltend gemachten Rechtsbegehren rechtshängig.[2010] Falls ein **geänderter oder neuer Anspruch** i.S.v. Art. 227 ZPO gestellt wird, wird dieser erst mit dieser Eingabe bzw. der Protokollerklärung rechtshängig.[2011] Eine **Widerklage** wird selbstständig rechtshängig durch Anmeldung im Schlichtungsverfahren oder bei der Erhebung in der Klageantwort (vgl. Art. 209 Abs. 2 lit. b und Art. 224 Abs. 1 ZPO).[2012] 14

Für die **Schiedsgerichtsbarkeit** gilt Art. 372 ZPO als *lex specialis* zur Bestimmung der Rechtshängigkeit (vgl. unten N. 211 f.).[2013] 15

2007 Vgl. diesbezüglich zu Art. 404 ZPO: Sutter-Somm, N 1165.
2008 Habscheid, N. 41; Schoch, S. 16 f.
2009 KuKo ZPO-Droese, Art. 62 N. 4.
2010 Vgl. BSK ZPO-Infanger, Art. 62 N. 11.
2011 Vgl.: KuKo ZPO-Droese, Art. 62 N. 14; BSK ZPO-Infanger, Art. 62 ZPO N. 11.
2012 KuKo ZPO-Droese, Art. 62 N. 9.
2013 KuKo ZPO-Droese, Art. 62 N. 2.

2. Begriff des *«Verfahrens»* in Art. 407*f* nZPO

16 Der Begriff *«Verfahren»*, der in Art. 407*f* nZPO sowie in weiteren Bestimmungen der ZPO verwendet wird, wird weder in der ZPO noch in Lehre und Rechtsprechung klar definiert. Die ZPO verwendet auch den Begriff *«Prozess»*.[2014] Ein *«Verfahren»* ist gemäss Duden eine Folge von Rechtshandlungen, die der Erledigung einer Rechtssache dient und sich vor Behörden bzw. Gerichten abspielt.[2015] Im Anwendungsbereich der ZPO liegt ein Verfahren vor, falls das **Gericht über ein privates Rechtsverhältnis von mindestens einer privaten (natürlichen oder juristischen) Person entscheidet**. Beim Begriff *«Prozess»* handelt es sich m.E. um ein Synonym für *«Verfahren»*.

B. Natur der Aufzählung in Art. 407*f* nZPO

17 Fraglich ist, ob die Aufzählung in Art. 407*f* nZPO abschliessend ist. Der Wortlaut spricht für eine abschliessende Aufzählung, weil der Zusatz *«insbesondere»* fehlt.[2016] Zudem ist beim Einfügen eines solchen Katalogs grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser sämtliche Normen enthält. Aus der Entstehungsgeschichte wird ersichtlich, dass die Verwaltung und die Kommission bezweckten, die Übergangsbestimmung jeweils entlang der Debatte um die Revision der ZPO vom 17. März 2023 auf dem Laufenden zu halten (siehe oben N. 6).

18 Die Lehre identifizierte bereits früh eine erste Norm, die in Art. 407*f* nZPO fälschlicherweise fehlt.[2017] Art. 133 lit. d nZPO betreffend die Vorladung beim Einsatz elektronischer Mittel wie einer Videokonferenz sollte in Art. 407*f* nZPO enthalten sein, weil Art. 407*f* nZPO die restlichen Bestimmungen zum Einsatz elektronischer Mittel enthält. In solchen Fällen ist der Katalog von Art. 407*f* nZPO telelogisch zu erweitern bzw. ein Redaktionsversehen

2014 Siehe bspw. Art. 16, 65, 68 Abs. 1, 69 Abs. 1, 71, 73, 74, 76 Abs. 2, 77, 78 Abs. 1, 79, 82 Abs. 1, 83 Abs. 1, 85 Abs. 1, 106 Abs. 3, 118 Abs. 1 lit. c, 125, 227 Abs. 2, 271 und 302 Abs. 1 lit. c ZPO

2015 Duden, Eintrag *«Verfahren»*, abrufbar unter: https://www.duden.de/rechtschreibung/Verfahren; zuletzt besucht am 19.12.2024). Willisegger definiert das Verfahren als Rechtsschutzgesuch, das vor einer kantonalen Rechtspflegeinstanz rechtshängig ist (BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 12).

2016 Vgl. auch: BGE 141 III 155 E. 4.4 S. 158 f.

2017 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1187; Tappy, droit transitoire, S. 219 Fn. 21. A.M.: BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 16.

anzunehmen (auch unten N. 38). Soweit ersichtlich fehlt keine andere Bestimmung in Art. 407*f* nZPO (siehe bspw. unten N. 148).

C. Beziehung zum Übergangsrecht in Art. 404 ff. ZPO

Als die eidgenössische ZPO am 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt wurde, enthielten Art. 404–407 ZPO das Übergangsrecht. Gemäss der Überschrift des entsprechenden Kapitels gelten die Bestimmungen bloss beim erstmaligen Inkrafttreten der gesamten ZPO und nicht bei weiteren Teilrevisionen (*«Übergangsbestimmungen vom 19. Dezember 2008»*). In einem ersten Schritt ist zu klären, ob Art. 404 ff. ZPO auch auf die Revision der ZPO vom 17. März 2023 zur Anwendung gelangen (N. 20). Danach werden die allgemeinen Übergangsbestimmungen, die für die vorliegende Kommentierung verwendet werden, kurz erläutert (N. 21 ff.). Für Art. 407 ZPO betreffend das Übergangsrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit wird auf die nachfolgenden Kommentarstellen verwiesen (N. 212 und N. 214). 19

1. Anwendbarkeit von Art. 404 ff. ZPO

In der Lehre ist umstritten, ob Art. 404 ff. ZPO auch bei späteren Teilrevisionen gilt.[2018] Der Zusatz *«vom 19. Dezember 2008»* spricht auf den ersten Blick dafür, dass die Übergangsbestimmungen nach Art. 404 ff. ZPO nur für den Wechsel vom kantonalen Recht zur eidgenössischen ZPO gelten. Dieser Zusatz wurde allerdings erst zusammen mit Art. 407*a* ZPO hinzugefügt.[2019] Zum Zeitpunkt der Einführung der ZPO wirkten die Art. 404 ff. ZPO wie allgemeine Übergangsbestimmungen. Die Verwaltung geht ebenfalls davon aus, dass die Art. 404 ff. ZPO bei späteren Revisionen zu beachten sind (auch oben N. 4).[2020] Der allgemeine Grundsatz, wonach neues Zivilprozessrecht sofort anzuwenden ist, wäre bei zahlreichen Bestimmungen der Revision vom 17. März 2023 unpraktikabel. Aus diesem Grund enthält Art. 407*f* nZPO nur diejenigen Bestimmungen, bei denen dieser Grundsatz anwendbar ist. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die allgemeinen Bestimmungen 20

2018 Bejahend: KuKo ZPO-Domej, Art. 404 N. 1a; Hofmann/Lüscher, S. 424 f. und S. 429; Tappy, révision du CPC, S. 109; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 2. Verneinend: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 9; PC CPC-Heinzmann/Grunho Pereira, Art. 404 N. 13; DIKE ZPO-Schwander, Art. 404 N. 25; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 7. Offengelassen: Schwander, S. 1582 f.

2019 Siehe: PC CPC-Heinzmann/Grunho Pereira, Art. 404 N. 3.

2020 Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32 und Antrag Nr. 24.

nach Art. 404 ff. ZPO nicht anwendbar wären, so wäre Art. 407*f* nZPO eine inhaltsleere Bestimmung. Bereits nach dem allgemeinen Grundsatz wären die revidierten Bestimmungen auf sämtliche hängigen Verfahren sofort anwendbar. Demnach sind Art. 404 ff. ZPO auch bei der Revision vom 17. März 2023 anwendbar, sofern Art. 407*f* nZPO davon nicht abweicht (N. 33 ff.). Bei denjenigen Bestimmungen, die nicht im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten sind, ist auf Art. 404 ff. ZPO, d.h. auf das allgemeine Übergangsrecht, zurückzugreifen (im Einzelnen unten N. 89 ff.).[2021]

2. Allgemeines Übergangsrecht

a. Weitergeltung des bisherigen Rechts (Art. 404 ZPO)

21 Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt bei Verfahren, die bei Inkrafttreten rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht **bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz**.[2022]

22 Als Instanz gilt unbestrittenermassen das **erstinstanzliche Gericht** sowie die **kantonale Rechtsmittelinstanz**.[2023] Umstritten ist dagegen die Qualifikation der **Schlichtungsbehörde** als *«Instanz»*. Gemäss bundesgerichtlicher und Bündner Rechtsprechung[2024] sowie einem Teil des Schrifttums[2025] gilt die Schlichtungsbehörde nicht als eigene Instanz. Das Zürcher Obergericht[2026] und ein anderer Teil der Lehre[2027] erachten die Schlichtungsbehörde als eigene Instanz. Für die letzte Ansicht spricht, dass das neue Verfahrensrecht so früh wie möglich angewendet wird.[2028] Zu beachten ist, dass bei Einführung der ZPO mit den Schwierigkeiten **verschiedener kantonaler Konzepte der Rechtshängigkeit** argumentiert wurde.[2029] Diese Problematik

2021 Vgl.: Hofmann/Lüscher, S. 429. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1165 Fn. 55; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 14. Ferner auch: Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32 und Antrag Nr. 24.

2022 Zur Rechtshängigkeit und dem Begriff des Verfahrens bereits oben N. 13 und N. 16 ff.

2023 Vgl.: Gasser, S. 255 f.

2024 BGE 138 III 792 E. 2.6 S. 794 ff.; KG GR ZK2 12 19 vom 5.6.2012 E. 4.

2025 Frei, S. 33; CR CPC-Tappy, Art. 404 N. 11 f.; BSK ZPO-Willisegger, Art. 404 N. 22.

2026 OGer ZH LF110017 vom 1.3.2011, abgedruckt in ZR 110/2011, S. 191 f. Ferner auch Kreisschreiben Übergangsrecht des OGer BE vom 30.9.2010 (rev. 8.11.2011) Punkte C und D.

2027 KuKo ZPO-Domej, Art. 404 N. 2; Gasser, S. 256; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 9; BK ZPO-Walther, Art. 404 N. 5.

2028 OGer ZH LF110017 vom 1.3.2011, abgedruckt in ZR 110 (2011), S. 191 f.

2029 KG GR ZK2 12 19 vom 5.6.2012 E. 4c.

stellt sich bei der vorliegenden Änderung der ZPO nicht mehr. M.E. ist die Schlichtungsbehörde demnach als eigene Instanz zu betrachten. Damit wird der Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit des neuen Zivilprozessrechts bestmöglich verwirklicht (vgl. oben N. 4 und N. 11). Die nachfolgenden Ausführungen gehen grundsätzlich von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus. Aufgrund der kontroversen Ausgangslage wird vereinzelt auch auf die Konstellation bei der die Schlichtungsbehörde als *«Instanz»* betrachtet wird, eingegangen (unten N. 163).

Das Bundesgericht erachtet ein Verfahren vor einer Instanz als abgeschlossen, falls ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt.[2030] Falls die Rechtmittelinstanz einen Entscheid aufhebt und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückweist,[2031] wird das Verfahren nicht abgeschlossen. Das Verfahren wird in den Stand zurückversetzt, in welchem es sich vor der Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat. Deshalb hat die erste Instanz – nach dem Rückweisungsentscheid – das bisherige Verfahrensrecht weiterhin bzw. erneut anzuwenden (**Grundsatz der Einheit der Instanz**).[2032] Dies gilt auch dann, wenn das Rechtsmittelverfahren neuem Recht unterstand (zum Rechtsmittelverfahren unten N. 28 f.).[2033] 23

b. Geänderte und mehrere Klagen bzw. Gesuche in einem Verfahren

In einem Verfahren wird eine **Klage** oder ein **Gesuch** beurteilt. In diesem Fall ist klar, dass für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts, d.h. des alten oder des neuen Rechts, auf die Rechtshängigkeit dieser Klage bzw. dieses Gesuchs abgestellt wird. Auf denselben Zeitpunkt kann auch bei **subjektiver** und **objektiver Klagenhäufung** abgestellt werden, weil auch in diesem Fall – dank der gleichzeitigen Einreichung in einer Klageschrift – der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit sämtlicher Klagen identisch ist. 24

Fragen stellen sich bei **geänderten und mehreren Klagen in einem Verfahren** deren Zeitpunkt der Rechtshängigkeit unterschiedlich ist (vgl. oben N. 14). Ein Beispiel ist eine Klage, die Ende 2024, und die dazugehörige Widerklage, welche erst anfangs 2025 rechtshängig wurde. Ein weiteres 25

2030 BGer 4A_258/2012 vom 8.4.2013 E. 2.1.
2031 Vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c und Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO.
2032 BGer 4A_258/2012 vom 8.4.2013 E. 2.1; BGer 4A_641/2011 vom 27.1.2012 E. 2.2; BGer 4A_225/2011 vom 15.7.2011 E. 2.2. A.M.: Frei, S. 34.
2033 BGer 4A_641/2011 vom 27.1.2012 E. 2.2.

Beispiel wäre eine mittels Klageänderung nachträglich hinzugefügte, zusätzliche Klage. Mehrere Klagen werden – vorbehältlich einer Trennung i.S.v. Art. 125 lit. b und lit. d ZPO – im selben Verfahren behandelt. Fraglich ist auch der übergangsrechtliche Umgang, falls das Gericht eine bis am 31. Dezember 2024 rechtshängig gewordene Klage mit einer ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig gewordenen Klage eines anderen Verfahren **vereinigt** (vgl. Art. 125 lit. c ZPO).

26 Ungeachtet der Beurteilung im gleichen Verfahren ist **jede Klage materiell eigenständig**.[2034] Dies bedeutet, dass grundsätzlich für jede Klage ein Entscheid ergeht, wie wenn dafür ein separates Verfahren durchgeführt wird.[2035] Dies würde übergangsrechtlich bedeuten, dass bei derjenigen Klage, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurde, das alte Zivilprozessrecht anwendbar wäre, sofern die neurechtliche Bestimmung nicht im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten ist. Dieses Vorgehen ist m.E. unpraktikabel, weil das Gericht innerhalb des selben Verfahrens auf verschiedene Klagen unterschiedliches Verfahrensrecht anwenden müsste. Deshalb ist m.E. für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ausschliesslich auf die **Rechtshängigkeit der ersten Klage** als Ausgangspunkt des Verfahrens abzustellen. Diese Klage leitete auch das Verfahren ein. Zu beachten ist, dass das Gericht durch die Vereinigung der Klagen keinen Einfluss auf das in intertemporaler Hinsicht anwendbare Recht nehmen darf. Dies bedeutet, dass auf eine **Widerklage**, die das Gericht von einer 2024 rechtshängig gewordenen Klage abgetrennt hat, trotz Rechtshängigkeit der Widerklage im Jahr 2025 das alte Verfahrensrecht anzuwenden ist. Bei der **Vereinigung** einer im Jahr 2025 eingereichten selbstständigen Klage darf das Gericht bei dieser Klage nicht das alte Recht anwenden, nur weil die Klage des anderen Verfahrens bereits 2024 eingereicht wurde. In diesem Ausnahmefall muss das Gericht für beide Klagen ein separates Verfahrensrecht anwenden. Falls dies unpraktikabel ist, hat das Gericht von der Vereinigung abzusehen.

c. Örtliche Zuständigkeit (Art. 404 Abs. 2 ZPO)

27 Für die **örtliche Zuständigkeit** sieht Art. 404 Abs. 2 ZPO das **Günstigkeitsprinzip** vor. Demnach bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit bereits ab Inkrafttreten nach dem neuen Recht. Zusätzlich bleibt eine

2034 BK ZPO-Frei, Art. 125 N. 23.
2035 ZK ZPO-Staehelin, Art. 125 N. 5.

Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten (*perpetuatio fori*).[2036] Dank Art. 404 Abs. 2 ZPO wird eine Unzuständigkeit unter altem Recht geheilt.[2037] Bei der **sachlichen Zuständigkeit** ist Art. 404 Abs. 2 ZPO gemäss überwiegender Auffassung nicht anwendbar.[2038] In diesen Fällen gilt Art. 404 Abs. 1 nZPO.[2039] Die Bestimmungen zur örtlichen Zuständigkeit blieben bei der Revision unverändert. Dafür gab es Änderungen bei der sachlichen Zuständigkeit (siehe unten N. 91 und N. 96 f.).

d. Rechtsmittel (Art. 405 ZPO)

28 Für die Zulässigkeit von Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren gilt das Recht, das bei der **Eröffnung des Entscheids** in Kraft ist (Eröffnungsstatut; Art. 405 Abs. 1 ZPO).[2040] Dazu zählen die Berufung, die Beschwerde sowie die Erläuterung und Berichtigung.[2041] Davon erfasst sind alle Entscheide, d.h. insbesondere auch Zwischenentscheide.[2042] Für die **Revision** von Entscheiden, die unter bisherigem Recht eröffnet worden sind, gilt das neue Recht (Art. 405 Abs. 2 ZPO; siehe unten N. 201). Das neue Recht gilt auch für das nach bewilligter Revision weiterzuführende Verfahren (sog. Erneuerungsverfahren).[2043]

29 Fraglich ist, was unter dem **Zeitpunkt der Eröffnung** zu verstehen ist. Grundsätzlich gilt ein Entscheid als eröffnet, wenn er den Parteien mündlich

---

2036 SHK ZPO-Fischer, Art. 404 N. 5; Frei, S. 33 f.

2037 Dazu: BGer 4A_145/2011 vom 20.6.2011 E. 2; KuKo ZPO-Domej, Art. 404 N. 5; BSK ZPO-Willisegger, Art. 404 N. 25. Abweichend, falls bereits vor Inkrafttreten der Änderung eine Unzuständigkeitseinrede erhoben wird: SHK ZPO-Fischer, Art. 404 N. 8.

2038 BGer 4A_504/2011 vom 24.2.2012 E. 2; BSK ZPO-Willisegger, Art. 404 N. 27. A.M.: KuKo ZPO-Domej, Art. 404 N. 7.

2039 Vgl.: BSK ZPO-Willisegger, Art. 404 N. 27.

2040 KuKo ZPO-Domej, Art. 405 N. 1; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 17.

2041 Hofmann/Lüscher, S. 424; OFK ZPO-Urbach, Art. 405 N. 1 und N. 5. Die Erläuterung und Berichtigung zählen zu den Rechtsbehelfen und sind keine Rechtsmittel, weil nur eine Klarstellung angestrebt wird und keine inhaltliche Änderung des Entscheids (Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 26 N. 67). Dennoch wird Art. 405 Abs. 1 ZPO (analog) angewendet (siehe BGE 139 III 379 E. 2.3 S. 382; OGer ZH RB110042 vom 22.6.2012 E. II.2; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 405 N. 9; OFK ZPO-Urbach, Art. 405 N. 5; a.M. KuKo ZPO-Domej, Art. 405 N. 6).

2042 BGE 137 III 424 E. 2.3 S. 427 f.

oder schriftlich mitgeteilt wurde.[2044] Dabei wird auf das schriftliche Dispositiv abgestellt, dass auch ohne Begründung eröffnet werden kann.[2045] Falls ein Entscheid mindestens einer der Parteien schriftlich eröffnet wurde, ist auf die Postaufgabe abzustellen. Ansonsten kann es sein, dass zwei verschiedene Zeitpunkte massgebend sind, weil beide Parteien den Entscheid zu einem anderen Zeitpunkt erhalten.[2046] Falls allerdings feststeht, dass beide Parteien den Entscheid nach Inkrafttreten der Änderung erhalten haben, gilt unabhängig vom Datum der Postaufgabe neues Recht.[2047] Ob ein Urteil während der Gerichtsferien eröffnet wird, ist für die Bestimmung des Rechtsmittels gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO irrelevant. Die Zustellung während den Gerichtsferien ist lediglich für die Berechnung der Rechtsmittelfrist massgebend (vgl. Art. 146 Abs. 1 ZPO).[2048] Demgegenüber stellt Art. 132 Abs. 1 BGG auf den Zeitpunkt ab, an dem der Entscheid ergangen ist (dazu unten N. 80).

D. Exkurs: Reflexwirkung auf das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht

30 Die Gesetze zur kantonalen Verwaltungsrechtspflege verweisen regelmässig auf die Bestimmungen der ZPO (bspw. im Beweisverfahren) (sog. Aussenverweisungen[2049]).[2050] Hierbei stellt sich die Frage, ob statische oder dynamische Verweise vorliegen. Dies ist durch Auslegung der kantonalen Verweisnorm zu ermitteln.[2051] Grundsätzlich ist von dynamischen Verweisen

2043 KuKo ZPO-Domej, Art. 405 N. 4; BSK ZPO-Willisegger, Art. 405 N. 26. Denkbar wäre auch zu argumentieren, dass das Erneuerungsverfahren nach altem Recht durchzuführen ist, weil auch das ursprüngliche Verfahren nach altem Recht durchgeführt wurde (vgl. für auch oben N. 23). Da ein Revisionsgesuch auch noch Jahre später gestellt werden kann, ist es m.E. unpraktikabel im Erneuerungsverfahren immer noch altes Recht anzuwenden.

2044 SHK ZPO-Fischer, Art. 405 N. 2; OFK ZPO-Urbach, Art. 405 N. 1.

2045 Dazu: BGE 137 III 127 E. 2 S. 130; KuKo ZPO-Domej, Art. 405 N. 2; Tappy, droit transitoire, S. 218.

2046 Vgl.: BGE 137 III 127 E. 2 S. 129 f. M.w.H.: KuKo ZPO-Domej, Art. 405 N. 2.

2047 BGer 5A_581/2011 vom 5.3.1012 E. 2 (nicht publiziert in BGE 138 III 232).

2048 BGer 5A_536/2011 vom 12.12.2011 E. 4.3.4.

2049 Thurnherr, S. 178. Dazu im Allgemeinen: BJ Gesetzgebungsleitfaden, N 743.

2050 Allgemein: Thurnherr, Verweisungen, S. 171 ff.; dies., Rezeption, S. 676 ff. Bspw. Art. 10 Abs. 2, 13, 14 Abs. 3, 19 Abs. 2, 26, 44 Abs. 4, 90 Abs. 2, 112 Abs. 2 und 113 Abs. 1 VRPG/BE; §§ 60 und 71 VRG/ZH; § 14 Abs. 1 VRG/ZG; Art. 56, 91 Abs. 3 und 101 VRG/FR; Art. 13, 30 Abs. 1, 74 87, 93, 98ter, 99 Abs. 2 und 107 VRP/SG.

2051 BJ Gesetzgebungsleitfaden, N 743; Thurnherr, Verweisungen, S. 187.

auszugehen, falls das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht auf eine bestimmte Fassung der ZPO verweist.[2052] Für **dynamische Verweise** spricht auch eine einheitliche Handhabung aller Verfahrensgesetze im Kanton.[2053] Falls dynamische Verweise vorliegen, würde sich das kantonale Recht – ohne Mitwirkung des kantonalen Parlaments und gegebenenfalls der kantonalen Bevölkerung bei einem Referendum – ändern.[2054] Dies spricht für **statische Verweise**. M.E. ist aber grundsätzlich von dynamischen Verweisen auszugehen.

Falls **dynamische Verweise** vorliegen, sind die Änderungen der Revision vom 17. März 2023 auch für das kantonale Recht massgebend, sofern dieses im entsprechenden Sachbereich, bspw. im Beweisverfahren, darauf verweist.[2055] Damit könnten bspw. Einvernahmen mit den neuen Vorschriften zum Einsatz elektronischer Mittel durchgeführt werden (siehe unten N. 38 ff.). In diesem Fall stellt sich die übergangsrechtliche Frage, ob Art. 407*f* nZPO ebenfalls anwendbar ist oder das Übergangsrecht der kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze. Grundsätzlich ist m.E. auf das Übergangsrecht der kantonalen Verwaltungsrechtspflegesetze abzustellen, weil der Verweis auf die ZPO das Übergangsrecht einer Revision nicht miterfasst. Denkbar ist allerdings auch, insbesondere beim Fehlen passender kantonaler Vorschriften, Art. 407*f* nZPO als subsidiäres kantonales Recht anzuwenden. Massgebend ist jeweils der kantonale Einzelfall. 31

Die Bestimmungen der ZPO gelten im kantonalen Verwaltungsverfahren als **kantonales Recht**.[2056] Die Anwendung des kantonalen Rechts überprüft das 32

2052 Thurnherr, Verweisungen, S. 187; dies., Rezeption, S. 680. Im Allgemeinen auch: Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024, N 353. Die Vorauflage äusserte sich dazu noch detaillierter (Müller Georg/Uhlmann Felix, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, N 368 insbesondere Fn. 937).

2053 Vgl. im Allgemeinen auch: Thurnherr, Verweisungen, S. 179.

2054 Ausführlich zu den verfassungsmässigen Bedenken gegen dynamische Verweise: Thurnherr, Verweisungen, S. 179 ff. Ferner auch: BGE 133 V 96 E. 4.4.5 S. 102; BGer 1C_171/2012 vom 13.6.2012 E. 2.2.

2055 Bspw. Art. 19 Abs. 2 VRPG/BE; § 60 VRG/ZH; § 14 Abs. 1 VRG/ZG; Art. 56 VRG/FR; Art. 13 VRP/SG.

2056 BGer 1C_171/2012 vom 13.6.2012 E. 2.2; Daum Michel, Kommentierung zu Art. 1 VRPG/BE, in: Herzog Ruth/Daum Michel (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020, N. 5. Siehe auch: BGE 144 I 159 E. 4.2 S. 161 f.

Bundesgericht nur mit **Willkürkognition** (vgl. Art. 95 BGG).[2057] Damit kann das Bundesgericht nur eingeschränkt prüfen, ob kantonale Instanzen im Verwaltungsverfahren zu Recht Art. 407*f* nZPO anwendeten bzw. nicht anwendeten. Ob ein dynamischer oder statischer Verweis vorliegt, prüft das Bundesgericht ebenfalls bloss eingeschränkt, es sei denn im Einzelfall bestünden verfassungsmässige Bedenken gegen die dynamische Verweisung.[2058]

IV. REVIDIERTES RECHT INNERHALB DES ANWENDUNGSBEREICHS VON ART. 407*F* NZPO

33 Dieses Kapitel setzt sich mit den einzelnen in Art. 407*f* nZPO aufgeführten Bestimmungen in übergangsrechtlicher Hinsicht auseinander.[2059]

A. Direkte Klage beim oberen Gericht (Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz nZPO)

34 Gemäss Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz nZPO ist die einzige kantonale Instanz auch für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit zuständig. Es handelt sich dabei um eine Klarstellung, die der herrschenden Auffassung zum geltenden Recht entspricht.[2060] Die einzige kantonale Instanz ist demnach auch zuständig zur Behandlung von Gesuchen um Erlass einer vorsorglichen Massnahme, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden. Dafür ist jedoch – wie im bisherigen Recht – die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich (vgl. Art. 8 Abs. 1 ZPO). Insbesondere bei superprovisorischen Massnahmen fehlt i.d.R. eine entsprechende Zustimmung, weshalb keine Zuständigkeit des oberen Gerichts besteht.[2061]

2057 Vgl.: BGE 144 I 159 E. 4.2 S. 161 f.; BGE 134 III 379 E. 1.2 S. 382 f.; BGer 1C_171/2012 vom 13.6.2012 E. 2.2.

2058 Dazu oben Fn. 78.

2059 Zur Funktionsweise von Art. 407*f* nZPO oben N. 9 ff.

2060 Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 36, Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1161 mit Verweis auf Honegger-Müntener Patrick, Vorb. zu Art. 261-269 ZPO und Kommentierung zu Art. 261 ZPO, in: Droese Lorenz (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung, Version 22.12.2022, abrufbar unter: https://onlinekommentar.ch/ de/kommentare/zpo261, N. 54; ZPO annotée-Moret, Art. 8 N. 5.

B. Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart (Art. 63 Abs. 1 nZPO)

35 Art. 63 Abs. 1 nZPO sieht neu zusätzlich vor, dass bei einer i.S.v. Art. 143 Abs. 1bis nZPO weitergeleiteten Eingabe als Datum der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gilt.[2062] Dies gilt auch bei Eingaben, die vor dem 1. Januar 2025 irrtümlich bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht wurden und schliesslich von diesem Gericht nach dem 1. Januar 2025 in Anwendung von Art. 143 Abs. 1bis nZPO von Amtes wegen weitergeleitet wurden (unten N. 47 ff.).

C. Unentgeltliche Rechtspflege bei vorsorglicher Beweisführung (Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz nZPO)

36 Das Bundesgericht lehnte bis anhin die unentgeltliche Rechtspflege bei vorsorglicher Beweisführung i.S.v. Art. 158 ZPO ab.[2063] Der Gesetzgeber folgte der Kritik der herrschenden Lehre[2064] und hält neu in Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz nZPO fest, dass die unentgeltliche Rechtspflege auch für die vorsorgliche Beweisführung gewährt werden kann.

37 Die unentgeltliche Rechtspflege kann – dank Art. 407*f* nZPO – auch für Verfahren um vorsorgliche Beweisführung gewährt werden, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden. Falls das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung bereits abgeschlossen ist, scheidet ein nachträgliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege aus. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden (Art. 119 Abs. 1 ZPO). Demnach ist es möglich auch für ein **vor dem 1. Januar 2025 eingeleitetes Verfahren** um vorsorgliche Beweisführung ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Allerdings kann gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege nur ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden. Jedoch ist die in Art. 119 Abs. 4 ZPO erwähnte Rückwirkung

---

2061 Dazu: Lampel Helene A./Jent-Sørensen Ingrid, Kommentierung zu Art. 8 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023, N. 5.

2062 Dazu: ZPO annotée-Moret, Art. 63 N. 4; OFK ZPO-Morf, Art. 63 N. 7b.

2063 BGE 141 I 241 E. 3.3.1, S. 245; BGE 140 III 12 E. 3.3 und E. 3.4, S. 12 ff.

2064 M.w.N.: Domej Tanja, Formalismus – haben wir davon zu viel?, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Tagung zu Ehren von Jürgen Brönnimann, Bern 2022, S. 97–125, S. 103.

tatsächlicher und nicht intertemporaler Natur. Dies bedeutet, dass sich die Rückwirkung i.S.v. Art. 119 Abs. 4 ZPO auf die Aufwände in der Vergangenheit bezieht und nicht auf eine geänderte Rechtslage. Entsprechend ist i.S. der *ratio legis* des Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz nZPO auch für bereits entstandene Kosten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, weil der Gesetzgeber nicht vermögenden Personen sofort, d.h. mit Inkrafttreten des neuen Rechts, den Zugang zur vorsorglichen Beweisführung gewähren wollte.[2065]

D. Digitalisierung im Zivilprozess

1. Einsatz elektronischer Mittel (Art. 141*a* f., Art. 170*a*, Art. 187 Abs. 1 dritter Satz, Art. 193 und Art. 298 Abs. 1bis nZPO)

38 Die Revision der ZPO vom 17. März 2023 führt diverse Bestimmungen zum Einsatz elektronischer Mittel zur **Ton- und Bildübertragung für die Durchführung mündlicher Prozesshandlungen** ein. Ausser Art. 133 lit. d nZPO betreffend die Vorladung befinden sich sämtliche dieser Bestimmungen im Katalog von Art. 407*f* nZPO.[2066] Zu Recht geht die Lehre hinsichtlich Art. 133 lit. d nZPO von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers aus, weil die Bestimmungen zum Einsatz elektronischer Mittel ohne die gleichzeitige Möglichkeit einer Vorladung sinnlos wären (bereits oben N. 18).[2067]

39 Die Durchführung mündlicher Prozesshandlungen mittels elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung setzt u.a. voraus, dass **sämtliche Parteien** damit **einverstanden** sind (Art. 141*a* Abs. 1 nZPO *in fine*). Auf die **Übertragung des Bildes** kann mit dem Einverständnis der betroffenen Personen[2068] ausnahmsweise **verzichtet** werden, wenn besondere Dringlichkeit oder andere besondere Umstände des Einzelfalls vorliegen (Art.

2065 Zurückhaltender: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 40.

2066 Es handelt sich um folgende Bestimmungen: Art. 141*a* f., Art. 170*a*, Art. 187 Abs. 1 dritter Satz, Art. 193 und Art. 298 Abs. 1bis nZPO.

2067 Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 41; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1187; Tappy, droit transitoire, S. 219 Fn. 21. Offensichtlich a.M.: BSK ZPO-Brändli, Art. 133 N. 33; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 16.

2068 Gemäss Jenny/Abegg handelt es sich dabei um alle Personen, welche vom Ausgang des Verfahrens unmittelbar betroffen sein können, d.h. Haupt- und Nebenparteien, nicht aber Zeugen und Gutachter (OFK ZPO-Jenny/Abegg, Art. 141*b* N. 7; siehe auch: Hofmann/Lüscher, S. 77; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1183). Schliesslich muss auch das Gericht dem Verzicht auf die Bildübertragung zustimmen (Hofmann/Lüscher, S. 77; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1183).

141*b* Abs. 2 nZPO). Diese Zustimmungen können m.E. bereits vor dem 1. Januar 2025 abgegeben werden. Die entsprechende mündliche Prozesshandlung darf allerdings erst ab dem 1. Januar 2025 durchgeführt werden.[2069] Die **Vorladungen** zu den Prozesshandlungen dürfen m.E. bereits vor dem 1. Januar 2025 erfolgen. Erstens handelt es sich bei der Zustimmung nur um eine Tatbestandsvoraussetzung für die Gültigkeit der Prozesshandlung und nicht um die Prozesshandlung selbst. Da die gesetzlichen Grundlagen seit dem 17. März 2023 vorliegen, wissen die Parteien, welchem Rechtsrahmen sie zustimmen. Falls die Parteien zuerst die gestützt auf Art. 141*b* Abs. 3 ZPO erlassene Verordnung abwarten möchten, können sie die Zustimmung einstweilen verweigern (dazu unten N. 40). Zweitens fördert das Einholen der Zustimmung vor dem 1. Januar 2025 die von Art. 124 Abs. 1 ZPO geforderte zügige Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens.

Der Bundesrat regelt die technischen Voraussetzungen und die Anforderungen an den Datenschutz und die Datensicherheit in der **Verordnung über den Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung (VEMZ)** (vgl. Art. 141*b* Abs. 3 nZPO). Art. 11 VEMZ sieht vor, dass die Verordnung auch für Verfahren gilt, die bei Inkrafttreten der VEMZ rechtshängig sind.[2070] 40

Art. 170*a* nZPO sieht die **Einvernahme von Zeugen** mittels Videokonferenz oder anderen elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung vor. Eine entsprechende Befragung ist bereits in Verfahren zulässig, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden (Art. 407*f* nZPO). Die Vorladung darf bereits vor dem 1. Januar 2025 erfolgen. Das Gesagte gilt auch für die **Parteibefragung**, die **Beweisaussage** und die **mündliche Erstattung eines Gutachtens** oder die **Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens** in der Verhandlung, weil Art. 187 Abs. 1 dritter Satz und Art. 193 nZPO auf Art. 170*a* nZPO verweisen. Die erwähnten Bestimmungen sind ebenfalls in der Aufzählung von Art. 407*f* nZPO enthalten. 41

2069 Siehe auch: Hofmann/Lüscher, S. 429. Diese Autoren äussern sich nicht zum Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungen.

2070 Vgl. auch: Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zur Verordnung über den Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung in Zivilverfahren (VEMZ) vom 16.10.2024, S. 24.

42 Der Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung bei der **Anhörung eines Kindes** in familienrechtlichen Verfahren bleibt sowohl im alten als auch im neuen Recht unzulässig (vgl. Art. 298 Abs. 1bis nZPO).

2. Protokollierung bei Aufzeichnung (Art. 141*b* Abs. 1 lit. b, Art. 176 Abs. 3, Art. 176*a*, Art. 187 Abs. 2 und Art. 193 nZPO)

43 Die Einführung des Einsatzes elektronischer Mittel führte auch zu Regelungen betreffend die **Protokollierung bei Aufzeichnungen** (vgl. Art. 176*a* nZPO). Beim Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung erfolgt bei Zeugeneinvernahmen,[2071] Parteibefragungen,[2072] Beweisaussagen[2073] und persönlichen Anhörungen[2074] eine Aufzeichnung. Bei der freien Erörterung des Streitgegenstands und Vergleichsverhandlungen ist eine Aufzeichnung ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Art. 141*b* Abs. 1 lit. b nZPO).

44 Die bisherige Möglichkeit der Aufzeichnung mittels Tonbandes, Videos oder anderer geeigneter Hilfsmittel – abseits von Videokonferenzen – bleibt weiterhin bestehen (Art. 176 Abs. 2 und Art. 235 Abs. 2 ZPO).[2075] Dabei gilt für die Zeugeneinvernahme ebenfalls Art. 176*a* nZPO. Der Inhalt von Art. 176 Abs. 3 aZPO befindet sich neu in Art. 176*a* lit. b und lit. c nZPO.[2076] Neu sieht Art. 176*a* lit. a nZPO vor, dass das **Protokoll nachträglich, gestützt auf die Aufzeichnung erstellt** wird. Demnach kann auch bei Verfahren, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden, ab dem 1. Januar 2025 das Protokoll in solchen Fällen nachträglich erstellt werden, falls das Gericht die Zeugeneinvernahme aufzeichnet.

45 Für das restliche Verfahren gilt Art. 235 Abs. 2 ZPO, wonach Ausführungen tatsächlicher Natur dem wesentlichen Inhalt nach zu protokollieren sind, soweit sie nicht in den Schriftsätzen der Parteien enthalten sind. Art. 235 Abs. 2 ZPO enthält keinen Verweis auf Art. 176*a* nZPO betreffend die nachträgliche

---

2071 Art. 170a nZPO; dazu oben N. 41.

2072 Art. 191 ZPO.

2073 Art. 192 ZPO.

2074 Der Begriff *«persönliche Anhörungen»* ist unklar (Heinzmann/Trezzini, S. 91; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1185). Gemäss Heinzmann/Trezzini fällt darunter die mündliche Erstattung oder Erläuterung des schriftlichen Gutachtens der sachverständigen Person nach Art. 187 Abs. 1 Satz 2 ZPO (Heinzmann/Trezzini, S. 91).

2075 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1186.

2076 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1185 f.

Protokollierung bei Aufzeichnungen. Dabei handelt es sich um ein gesetzgeberisches Versehen, weshalb Art. 176*a* nZPO auch in diesem Fall gilt.[2077] In übergangsrechtlicher Hinsicht bedeutet dies, dass für Verfahren, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden, für Verfahrenshandlungen wie die Partei- und Schlussvorträge, die nach dem 1. Januar 2025 stattfanden, eine nachträgliche Protokollierung möglich ist, falls das Gericht diese aufgezeichnet hat.

Art. 176*a* nZPO gilt ab dem 1. Januar 2025 auch für die **Protokollierung bei Aufzeichnungen von Zeugen** in Verfahren, die bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden. Für die **mündliche Erstattung** oder die **schriftliche Erläuterung eines Gutachtens** sowie die **Parteibefragung** und **Beweisaussage** gilt Art. 176a nZPO *qua* Verweis (Art. 187 Abs. 2 und Art. 193 nZPO). 46

E. Einhaltung von Fristen (Art. 143 Abs. 1bis nZPO)

In Art. 143 Abs. 1bis nZPO ist vorgesehen, dass Eingaben, die **innert der Frist irrtümlich bei einem unzuständigen schweizerischen Gericht eingereicht** werden als **rechtzeitig** eingereicht gelten. Weiter ordnet die Norm an, dass bei der Zuständigkeit eines anderen Gerichts in der Schweiz, die **Eingabe von Amtes wegen** an dieses **weiterzuleiten** ist. Dies gilt auch bei Eingaben in Verfahren, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden (vgl. Art. 407*f* nZPO).[2078] Die Rechtshängigkeit tritt bereits bei Aufgabe der Klage bzw. des Gesuchs ein (siehe oben N. 13). Folglich sind diese Eingaben ab dem 1. Januar 2025 weiterzuleiten. 47

Das Bundesgericht erwog bereits vor Inkrafttreten von Art. 143 Abs. 1bis nZPO, dass die Rechtsmittelfrist als gewahrt gilt, wenn die **Berufung oder Beschwerde bei der Vorinstanz**[2079] **eingereicht** wurde. Die Vorinstanz hat in diesen Fällen die Rechtsmitteleingabe unverzüglich an die zuständige Rechtsmittelinstanz[2080] weiterzuleiten.[2081] In solchen Fällen ist das 48

2077 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1186. A.M.: OFK ZPO-Engler, Art. 235 N. 8b.
2078 Gruno Perereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 39.
2079 *Iudex a quo*.
2080 *Iudex ad quem*.
2081 Dazu: BGE 140 III 636 E. 2–4, S. 636 ff. zusammengefasst in E. 3.7, S. 643; BGer 5A_231/2018 vom 28.9.2018 E. 4.2. M.w.H.: Balmer Dominik, Transmission d'office et décision d'irrecevabilité, recht 4 (2022), S. 207–212, S. 208 f.

Inkrafttreten von Art. 143 Abs. 1bis nZPO nicht abzuwarten. Die Eingabe ist bereits vorher weiterzuleiten.

49 Falls mehrere andere Gerichte zuständig sind, sollte die klagende Partei vor der Weiterleitung angehört werden.[2082] Diese Anhörung bzw. die Aufforderung dazu darf m.E. zu Gunsten der Prozessökonomie bereits vor dem 1. Januar 2025 erfolgen.

F. Verfahren der Wiederherstellung (Art. 149 nZPO)

50 In Art. 149 nZPO ist ausdrücklich vorgesehen, dass das Gericht über die Wiederherstellung nicht endgültig entscheidet, falls die Verweigerung der Wiederherstellung den **definitiven Rechtsverlust** zur Folge hat. Dies bedeutet, dass ein Rechtsmittel möglich ist. Bereits das Bundesgericht nahm eine entsprechende Einschränkung von Art. 149 aZPO bei definitivem Rechtsverlust vor.[2083] Da der Gesetzgeber den Begriff des definitiven Rechtsverlusts nicht definierte, ist von der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen (definitiver Verlust *«der Klage oder des Angriffsmittels»*).[2084] Aus übergangsrechtlicher Perspektive ist es unerheblich, ob Art. 149 aZPO oder Art. 149 nZPO zur Anwendung gelangt.[2085] Formell betrachtet ist die neue Version dank Art. 407*f* nZPO auch bei Verfahren anwendbar, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden.

G. Beweisrecht

1. Verweigerungsrecht betreffend die Tätigkeit eines unternehmensinternen Rechtsdienstes (Art. 167*a* nZPO)

51 Betreffend die Tätigkeit eines **unternehmensinternen Rechtsdienstes** sieht Art. 167*a* nZPO ein Verweigerungsrecht bei der Beweiserhebung vor. Dieses gelangt dank Art. 407*f* nZPO auf bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig

2082 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1162; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823.

2083 BGE 139 III 478 E. 6.3; BGer 4A_20/2019 vom 29.4.2019 E. 1.1; BGer 4A_260/2016 vom 5.8.2016 E. 1.1; BGer 5A_964/2014 vom 2.4.2015 E. 2.3.

2084 Vgl.: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2748; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1180. Siehe auch: Tanner Martin, Wiederherstellung von Fristen und Terminen gemäss Art. 148 f. ZPO, ZZZ 58 (2022), S. 147–167, S. 165 f.

2085 Vgl. auch: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 42; Tappy, droit transitoire, S. 218 Fn. 19.

gewordene Verfahren zur Anwendung. Dadurch können sich die Prozessaussichten der Parteien merklich ändern.[2086] In übergangsrechtlicher Hinsicht stellen sich diverse heikle Fragen.

Fraglich ist, ob sich eine Partei[2087] und eine dritte Person[2088] **ab dem 1. Januar 2025 nachträglich auf das neue Verweigerungsrecht in Art. 167*a* nZPO berufen** dürfen.[2089] Mit anderen Worten kann eine Partei verlangen, dass **Urkunden und bereits erfolgte Befragungen aus den Akten entfernt werden**?[2090] Dafür spricht, dass für sämtliche Beweise das gleiche Recht anwendbar sein sollte. Dieser Gedanke ergibt sich auch aus Art. 404 Abs. 1 ZPO, wonach das Verfahren vor der befassten Instanz nach demselben Recht abgeschlossen werden soll. 52

Dagegen spricht eine **analoge Anwendung von Art. 448 Abs. 2 StPO**. Diese Bestimmung sieht vor, dass Verfahrenshandlungen, die vor dem Inkrafttreten der StPO angeordnet oder durchgeführt worden sind, ihre Gültigkeit behalten. Dieser Grundsatz ist Ausdruck des Legalitätsprinzips, wonach Beweise nach dem jeweils gültigen Recht zu erheben sind und nicht durch eine Gesetzesänderung nachträglich mangelhaft werden können.[2091] Würde Art. 448 Abs. 2 StPO analog angewendet, wären vor dem 1. Januar 2025 abgenommene Urkunden und getätigte Aussagen gültig, sofern sie unter dem alten Recht zulässig waren.[2092] 53

Demgegenüber ist die analoge Anwendung von Art. 448 Abs. 2 StPO im Zivilprozessrecht nicht praktikabel. Der **Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Waffengleichheit** gebietet es, dass für sämtliche Parteien dasselbe 54

2086 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1192.

2087 Art. 167*a* Abs. 1 nZPO.

2088 Art. 167*a* Abs. 2 nZPO.

2089 Bejahend: BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 20. Verneinend: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 43; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1192.

2090 Frage offengelassen: Tappy, S. 109. In diesem Fall wäre von echter Rückwirkung zu sprechen, weil das neue Gesetz auf die bereits entstandenen Rechtswirkungen Einfluss nimmt (Schoch, S. 28).

2091 Oehen Moritz, Kommentierung zu Art. 448 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 448, N. 3. Der Gedanke von Art. 448 Abs. 2 StPO wendete das Bundesgericht bereits früher in Strafverfahren an (BGer 6B_336/2011 vom 10.1.2012 E. 2; BGer 6B_141/2011 vom 23.8.2011 E. 2.1). Siehe auch: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 43 (ohne Hinweis auf Art. 448 Abs. 2 StPO).

2092 *Tempus regit actum* (siehe: Schoch, S. 49).

Beweisrecht gilt. Ferner führt unterschiedliches Beweisrecht auch dazu, dass eine Partei versucht das Verfahren zu verzögern. Denkbar wäre, dass eine Partei einen Antrag stellt die Hauptverhandlung auf einen Termin nach dem 1. Januar 2025 zu verschieben[2093] und dadurch zu ihren Gunsten die Anwendung von Art. 167*a* nZPO zu erwirken. Deshalb ist **Art. 167*a* nZPO m.E. auf das ganze Verfahren, dass vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurde, anzuwenden**. Dies bedeutet, dass bereits für vorher eingereichte Urkunden und Aussagen das Verweigerungsrecht i.S.v. Art. 167*a* nZPO zu beachten ist. Dies gilt auch im Rechtsmittelverfahren für die im erstinstanzlichen Verfahren abgenommene Beweismittel.

55 Gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO klärt das Gericht die Parteien und Dritte u.a. über ein Verweigerungsrecht auf (Aufklärungspflicht). Ab dem 1. Januar 2025 hat das Gericht demnach Parteien und Dritte auf das Verweigerungsrecht nach Art. 167*a* nZPO **aufmerksam zu machen und ihnen eine Frist anzusetzen innerhalb derer verlangt werden kann, dass für die Urteilsfindung bestimmte Urkunden und Aussagen nicht berücksichtigt werden**. Die Kenntnisnahme der aus dem Recht zu weisenden Urkunden durch das Gericht wird nur in Extremfällen ein Ausstandsgrund darstellen (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO).

56 Falls eine Partei das **vor dem 1. Januar 2025 hängige Verfahren wider Treu und Glauben verzögert** um noch in den Genuss von Art. 167*a* nZPO zu kommen, ist diese Norm ausnahmsweise auch nach dem 1. Januar 2025 nicht anwendbar (vgl. Art. 52 Abs. 1 ZPO). Die Gegenseite trägt für die Verletzung von Treu und Glauben die Beweislast.[2094]

2. Privatgutachten (Art. 177 nZPO)

57 Im neuen Recht gilt das **Privatgutachten als Urkunde** und damit gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO als Beweismittel (Art. 177 nZPO). Damit korrigierte der Gesetzgeber die bundesgerichtliche Rechtsprechung[2095], wonach Privatgutachten keine Beweismittel sind, sondern als blosse Parteibehauptungen gelten.[2096]

2093 Vgl. Art. 135 lit. b ZPO.

2094 Für den Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB: BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58 f.; BGE 133 III 61 E. 4.1 S. 76.

2095 BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437; BGE 140 III 24 E. 3.3.3 S. 29.

2096 Siehe: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1191; Siegenthaler, S. 93.

Da Art. 177 nZPO in Art. 407*f* nZPO enthalten ist, wird zurecht die Ansicht vertreten, dass ein in einem bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängigen Verfahren eingereichtes Privatgutachten ab dem 1. Januar 2025 nicht mehr als blosse Parteibehauptung abgetan werden kann.[2097] Diejenige Partei, die das Privatgutachten einreichte, offeriert dieses neu als Beweismittel. Ab dem 1. Januar 2025 handelt es sich um ein taugliches Beweismittel, welches das Gericht abnehmen muss, sofern nicht andere Gründe dagegen sprechen (vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO). Eine erneute Einreichung nach dem 1. Januar 2025 ist nicht nötig.[2098] Gegebenenfalls empfiehlt es sich das Gericht auf das Privatgutachten hinzuweisen. 58

In übergangsrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob ein Privatgutachten als echtes Novum nach dem Aktenschluss ab dem 1. Januar 2025 eingereicht werden kann.[2099] Bei am 1. Januar 2025 rechtshängigen Verfahren ist Art. 229 aZPO massgebend (unten N. 171). Die Definition von (echten und unechten) Noven änderte nicht (unten N. 169). Betreffend das Einbringen in den Prozess ist Art. 229 aZPO strenger (ausführlich unten N. 169 ff.). Es ist zu unterscheiden zwischen bereits erstellten und noch zu erstellenden Privatgutachten. 59

Echte Noven sind erst nach Aktenschluss entstanden (Art. 229 Abs. 1 lit. a aZPO bzw. Art. 229 Abs. 2 lit. a nZPO). Beim bereits verfassten Privatgutachten würde es sich nicht um ein *«tatsächliches Entstehen»*, sondern dank Art. 177 nZPO um ein *«rechtliches Entstehen»* handeln. Die Definition des echten Novums ist m.E. im übergangsrechtlichen Kontext auf das *«rechtliche Entstehen»* auszudehnen. Dadurch können auch Ungleichbehandlungen zwischen den Parteien vermieden werden. Falls ein Kläger[2100] die Replik unter altem Recht einreichte, wäre Art. 177 aZPO massgebend. Demgegenüber wäre bei der Duplik der Beklagten nach dem 1. 60

2097 Siegenthaler, S. 94; Trezzini Francesco, Ausschnitt aus dem Vortrag «Les nouveautés en matière de preuve» des Journée de procédurce civile vom 21.6.2024 von CPC online (abrufbar unter https://www.linkedin.com/ feed/update/urn:li:activity:7237368932767076352/; zuletzt besucht am 19.12.2024).

2098 Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 44; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 20. Walther verlangt eine erneute Einreichung, weil ansonsten die Parteirechte der Gegenpartei nicht hinreichend gewährleistet werden können (Walther, S. 676). Diese können m.E. dadurch gewährleistet werden, dass der Gegenpartei jederzeit die Möglichkeit zusteht, sich zum Privatgutachten zu äussern.

2099 Frage offengelassen: Tappy, S. 109.

Januar 2025 Art. 177 nZPO anwendbar, weshalb die Duplik ein Privatgutachten als Beweismittel einreichen dürfte. Der Kläger könnte in diesem Fall ebenfalls ein Privatgutachten als echtes Novum nachreichen.

61 Falls das Privatgutachten noch nicht erstellt worden ist, liegt ein **echtes Novum** durch *«tatsächliches Entstehen»* vor. Soweit man es früher hätte erstellen können, handelt es sich um ein **Potestativ-Novum**. Diese werden behandelt wie **unechte Noven**.[2101] Demnach sind Potestativ-Noven nur zulässig, wenn sie **trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden können** (Art. 229 Abs. 1 lit. b aZPO und Art. 229 Abs. 2 lit. b nZPO). Es kann argumentiert werden, dass die Erstellung eines Privatgutachtens unter dem Regime des alten Rechts nicht geboten war, weshalb das verspätete Vorbringen entschuldbar ist. Um die Eventualmaxime möglichst zur Geltung zu bringen, kann von Parteien gegen Ende 2024 erwartet werden, dass sie das Gutachten bereits im Hinblick auf das Inkrafttreten von Art. 177 nZPO am 1. Januar 2025 erstellen und damit nicht bis anfangs 2025 zuwarten.[2102]

62 Im **Berufungsverfahren** ist betreffend die Nachreichung Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten.[2103] Ein Handeln ohne Verzug setzt gemäss Tappy voraus, dass das Privatgutachten des Berufungsbeklagten bereits vor Ablauf der Berufungsantwort einzureichen ist (insbesondere, wenn die Frist für die Berufungsantwort vollständig oder mehrheitlich im Jahr 2025 läuft).[2104] Da es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt, wenn die Noven in der Berufungs- oder Berufungsantwort vorgebracht werden,[2105] gilt dies m.E. auch für das Privatgutachten. Im **Beschwerdeverfahren** kann das Privatgutachten aufgrund des Novenverbots nicht mehr eingebracht werden (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2100 Einer geschlechtergerechten Sprache wird in dieser Kommentierung dadurch nachgelebt, dass das weibliche und männliche Geschlecht jeweils abwechslungsweise verwendet wird. Zugunsten des Leseflusses wird auf eine durchgehende Nennung beider Geschlechter verzichtet.

2101 BGE 146 III 416 E. 5.3 S. 422; Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti qualifizieren das Privatgutachten ebenfalls als unechtes Novum ohne auf den Fall der Potestativnoven einzugehen (Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 44).

2102 Siegenthaler hält es für *«sinnvoll»* ein Privatgutachten bereits im Jahr 2024 einzureichen, wenn zu erwarten ist, dass das Verfahren am 1.1.2025 noch rechtshängig sein wird (Siegenthaler, S. 94). Ob ein späteres Ein- bzw. Nachreichen möglich bleibt, lässt er offen.

2103 Vgl. auch: Tappy, droit transitoire, S. 231.

2104 Tappy, droit transitoire, S. 231 Fn. 44.

2105 BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 418.

Falls eine Partei das **vor dem 1. Januar 2025 hängige Verfahren wider Treu und Glauben verzögert**, um von Art. 177 nZPO zu profitieren, ist diese Norm ausnahmsweise auch nach dem 1. Januar 2025 nicht anwendbar (vgl. Art. 52 Abs. 1 ZPO; vgl. oben N. 56). Die Gegenseite trägt für die Verletzung von Treu und Glauben die Beweislast.[2106] 63

H. Schlichtungsverfahren

Dieser Abschnitt widmet sich den **Normen des Schlichtungsverfahrens, die Art. 407*f* nZPO aufführt**. Art. 204, 209 Abs. 4 und Art. 212 Abs. 3 nZPO gehören nicht dazu, weshalb diese Normen unten in N. 158 ff. kommentiert werden. 64

Anstatt *«Urteilsvorschlag»* wird ab dem 1. Januar 2025 der Begriff *«Entscheidvorschlag»* verwendet.[2107] Dabei handelt es sich um eine terminologische Anpassung, die keine inhaltlichen Auswirkungen hat.[2108] Deshalb stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen**. 65

1. Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. b^{bis}, f, h und i nZPO)

Diverse Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium wurden geändert (Art. 198 lit. b^{bis}, f, h und i nZPO). Diese Ausnahmen sind im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten. 66

a. Unterhaltsklagen und weitere Kinderbelange (Art. 198 lit. b^{bis} nZPO)

Das Schlichtungsverfahren entfällt für alle Klagen über den **Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern** sowie **allen weiteren Kinderbelangen** (Art. 198 lit. b^{bis} nZPO). Nach Art. 198 lit. b^{bis} aZPO entfiel das Schlichtungsverfahren einzig, wenn ein Elternteil vor der Klage die KESB angerufen hat. Deshalb setzt eine Unterhaltsklage, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurde und nach dem 1. Januar 2025 beurteilt wird, **kein** 67

2106 Für den Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB: BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58 f.; BGE 133 III 61 E. 4.1 S. 76.

2107 Dies führt zu Anpassungen in Art. 202 Abs. 4, 203 Abs. 2, 205 Abs. 2, Gliederungstitel vor Art. 210, Art. 210 und Art. 211 ZPO (vgl.: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2723).

2108 Näher: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2723.

vorgängiges Schlichtungsverfahren voraus, auch wenn Art. 198 lit. b^bis aZPO ein Schlichtungsverfahren verlangt hätte.

b. Streitigkeiten bei Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz (Art. 198 lit. f nZPO)

68 Art. 198 lit. f nZPO hält neu fest, dass das Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung entfällt, sofern eine einzige kantonale Instanz i.S.v. Art. 7 ZPO dafür zuständig ist. Damit wird die Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert, wonach eine unterschiedliche Behandlung von Art. 5, 6 und 7 ZPO nicht gerechtfertigt ist. Deshalb erwog das Bundesgericht, dass das Schlichtungsverfahren auch für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen entfällt.[2109] Da sich eine unterschiedliche Behandlung von Art. 5, 6 und 7 ZPO nicht aufdrängt, ist für Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann unerklärlich, weshalb für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen kein freiwilliges Schlichtungsverfahren möglich ist. Diese Autoren gehen erneut von einem gesetzgeberischen Versehen aus.[2110] Es ist davon auszugehen, obwohl diese Autoren dies nicht ausdrücklich festgehalten haben, dass sie auch bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen ein freiwilliges Schlichtungsverfahren für zulässig erachten. Da der Gesetzeswortlaut und die Botschaft[2111] klar sind, kann m.E. nicht davon ausgegangen werden, dass ein freiwilliges Schlichtungsverfahren möglich ist.[2112] Zudem sprach sich das Bundesgericht zum alten Recht überzeugend gegen ein Schlichtungsverfahren aus, weil der Schlichtungsbehörde das besondere Fachwissen fehlt und wegen der Entscheidkompetenz i.S.v. Art. 212 ZPO ein doppelter kantonaler Instanzenzug entsteht.[2113]

69 In Art. 198 lit. f aZPO war vorgesehen, dass das Schlichtungsverfahren bei Klagen an das einzige kantonale Gericht i.S.v. Art. 5 ZPO und das Handelsgericht i.S.v. Art. 6 ZPO entfällt. Diese Ausnahmen wurden im neuen Recht gestrichen, weil bei diesen Klagen ein fakultatives Schlichtungsverfahren eingeführt wurde (vgl. Art. 199 Abs. 3 nZPO; unten N.

2109 BGE 138 III 558 E. 4.5 S. 564.
2110 Dazu: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1194.
2111 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2754.
2112 Ohne näher auf die Thematik einzugehen ebenso: Staehelin/von Mutzenbecher, S. 826 Fn. 115.
2113 BGE 138 III 558 E. 4.5 S. 564.

74 f.).[2114] Die herrschende Lehre zum alten Recht vertrat die Ansicht, dass eine Schlichtungsbehörde bei Vorliegen einer Ausnahme i.S.v. Art. 198 aZPO kein Schlichtungsverfahren durchzuführen hat.[2115] Stattdessen wurde die Ansicht vertreten, dass die Schlichtungsbehörde einen Nichteintretensentscheid fällen soll.[2116] Ab dem 1. Januar 2025 ist das **Schlichtungsverfahren auf jeden Fall durchzuführen, auch wenn das Schlichtungsgesuch noch im Jahr 2024 eingereicht wurde** (vgl. Art. 407*f* nZPO). Dies gilt allerdings nicht, falls die Schlichtungsbehörde bereits im Jahr 2024 einen Nichteintretensentscheid gefasst hat. In diesem Fall ist ein neues Schlichtungsgesuch einzureichen. Falls die ursprüngliche Rechtshängigkeit gewahrt werden soll, ist das neue Schlichtungsgesuch innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid einzureichen (vgl. Art. 63 Abs. 1 ZPO).

Die **Verjährung** wird gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR u.a. durch ein Schlichtungsgesuch unterbrochen. Dabei ist die Rechtshängigkeit massgebend (Art. 64 Abs. 2 ZPO).[2117] Die Handelsgerichte der Kantone Zürich und Bern vertreten die Auffassung, dass keine Rückdatierung der Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 63 Abs. 1 ZPO erfolgt, falls nach dem Ausstellen der Klagebewilligung direkt beim zuständigen Handelsgericht Klage erhoben wird. Erforderlich wäre zuerst ein Nichteintretensentscheid eines unzuständigen ordentlichen Gerichts[2118] oder ein Klagerückzug mangels Zuständigkeit vor diesem Gericht.[2119] Nach neuem Recht ist die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor der Anrufung des Handelsgerichts zulässig (Art. 198 lit. f und Art. 199 Abs. 3 nZPO *e contrario*). Deshalb stellt sich die übergangsrechtliche Frage, ob bei einem vor dem 1. Januar 2025 eingereichten Schlichtungsgesuch die Verjährungsunterbrechung eintritt, falls die Klage anschliessend beim Handelsgericht eingereicht wird. Die Unterbrechung der Verjährung würde eine Abweichung von den zuvor in Fn. 144 zitierten Handelsgerichtsentscheiden darstellen. Die Verjährungsunterbrechung tritt m.E. allerdings 70

2114. Vgl.: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1193.

2115. KuKo ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 198 N 1; BK ZPO-Zingg, Art. 60 N. 28.

2116. KuKo ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 198 N. 1.

2117. Daetwyler/Stalder, S. 109; HGer BE 16 121 vom 14.12.2017 E. 28.

2118. Bspw. des Bezirksgerichts (Kantone Aargau und Zürich), des Kreisgerichts (Kanton St.Gallen) oder des Regionalgerichts (Kanton Bern).

2119. HGer BE 16 121 vom 14.12.2017 E. 31; HGer ZH HG150091 vom 8.6.2015 E. 2.2. Ebenso: Vetter Meinrad, Unterbricht das Schlichtungsgesuch bei Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit die Verjährung?, Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2013 vom 4. März 2014 i.S. X. GmbH c. Y. GmbH, Berufung, Jusletter vom 2. Juni 2014, Rz. 7 ff.

auch unter neuem Recht nicht ein. Die Verjährung ist ein **materiellrechtliches Institut**.[2120] Demnach gilt das materiellrechtliche Übergangsrecht. Die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, werden auch nachher nach altem Recht beurteilt (**Grundsatz der Nichtrückwirkung**; Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB). Aus diesem Grund ist die zitierte zürcherische und bernische handelsgerichtliche Rechtsprechung auch ab dem 1. Januar 2025 massgebend, falls nach dem durchgeführten Schlichtungsverfahren direkt beim Handelsgericht geklagt wird. Zudem gilt gemäss Art. 49 Abs. 4 SchlT ZGB das neue Recht für die Verjährung erst ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens, d.h. vorliegend am 1. Januar 2025. Dieselbe Problematik ist bei der einzigen kantonalen Instanz i.S.v. Art. 5 ZPO gleich zu lösen. Demgegenüber ist m.E. ein freiwilliges Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen nicht möglich (oben N. 68). Deshalb stellt sich die vorliegende Frage bei solchen Streitigkeiten nicht.

c. Verbundene Klagen bei gerichtlich angesetzter Klagefrist (Art. 198 lit. h nZPO)

71 Gemäss Art. 198 lit. h nZPO entfällt das Schlichtungsverfahren neu auch bei Klagen, die in einem sachlichen Zusammenhang mit einer Klage stehen, für die das Gericht eine Klagefrist angesetzt hat (vgl. Art. 263 ZPO). Massgebend ist diese Ausnahme vom Schlichtungsverfahren u.a. für die **Werklohnforderung**, die zusammen mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend gemacht werden soll.[2121] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 198 lit. h aZPO kann die Werklohnforderung nicht ohne Schlichtungsverfahren eingeklagt werden.[2122]

72 Art. 198 lit. h nZPO ist im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten. Demnach kann die **Werklohnforderung** bereits gegen Ende 2024 zusammen mit der **Klage um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts** erhoben werden. Ab dem 1. Januar 2025 ist ein Nichteintreten wegen fehlenden Schlichtungsverfahrens hinsichtlich der Werklohnforderung nicht

2120 BGE 146 III 25 E. 8.1.1 S. 32.

2121 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2754; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 826.

2122 BGer 4A_368/2020 vom 9.2.2021 E. 2.2. Das Bundesgericht wies auf die damals noch geplante Revision der ZPO hin und erwog ausdrücklich, dass es dem Gesetzgeber nicht vorgreift.

mehr möglich. Vorbehalten die Gerichtsstände fallen auseinander (bspw. bei einer Gerichtsstandsvereinbarung für die Werklohnforderung).

d. Klagen vor dem Bundespatentgericht (Art. 198 lit. i nZPO)

Nach Art. 198 lit. i nZPO entfällt das Schlichtungsverfahren bei Klagen vor dem Bundespatentgericht.[2123] Bereits im geltenden Recht war sich die Lehre einig, dass Klagen vor dem Bundespatentgericht kein Schlichtungsverfahren voraussetzen. Insofern lag ein **gesetzgeberisches Versehen** vor, dass darauf zurückzuführen war, dass bei Erlass der ZPO noch kein Bundespatentgericht bestand.[2124] Dies wird dadurch deutlich, dass bereits in der Botschaft zur Einführung der ZPO festgehalten wurde, dass bei Entstehung des Bundespatentgerichts eine entsprechende **Ausnahme** vorzusehen sei.[2125] Da **Art. 198 lit. i nZPO keine Neuerung** bringt, stellen sich *a priori* **keine übergangsrechtlichen Fragen**. 73

2. Verzicht auf das Schlichtungsverfahren (Art. 199 Abs. 3 nZPO)

Neu ist bei Streitigkeiten nach Art. 5, 6 und 8 ZPO ein **freiwilliges Schlichtungsverfahren** möglich (vgl. Art. 199 Abs. 3 nZPO).[2126] Da das Schlichtungsverfahren freiwillig ist, sieht Art. 199 Abs. 3 nZPO vor, dass die klagende Partei die Klage direkt beim Gericht einreichen kann. Art. 199 Abs. 3 nZPO ist im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten. Dies bedeutet, dass ein freiwilliges Schlichtungsverfahren ab dem 1. Januar 2025 auch durchzuführen ist, wenn das Schlichtungsgesuch bereits vorher aufgegeben wurde und das Verfahren somit vorher rechtshängig wurde (bereits oben N. 69). 74

Gemäss Art. 8 Abs. 1 ZPO kann die klagende Partei mit Zustimmung der beklagten Partei direkt an das obere Gericht gelangen, sofern der Streitwert mindestens CHF 100'000 beträgt. Nach bisherigem Recht war vor der Anrufung des oberen kantonalen Gerichts ein Schlichtungsverfahren 75

2123 Ein freiwilliges Schlichtungsverfahren ist m.E. nicht möglich, weil das Verfahren vor dem Bundespatentgericht in Art. 199 Abs. 3 nZPO nicht enthalten ist. Ohne Begründung für ein freiwilliges Schlichtungsverfahren vor der Klage beim Bundespatentgericht: Staehelin/von Mutzenbecher, S. 826.

2124 M.w.H.: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2755.

2125 Botschaft ZPO 2006, S. 7260 (durch Anpassung von Art. 5 ZPO, was aufgrund des Verweises auf Art. 5 ZPO in Art. 198 lit. f aZPO zum Entfallen des Schlichtungsverfahrens geführt hätte).

2126 Betreffend ein freiwilliges Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung i.S.v. Art. 7 ZPO oben N. 68.

durchzuführen, wobei die Parteien *gemeinsam* darauf verzichten konnten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Nach dem neuen Recht kann, wenn eine Vereinbarung nach Art. 8 Abs. 1 ZPO besteht, die klagende Partei *alleine* entscheiden, ob sie vor der Anrufung des oberen kantonalen Gerichts ein Schlichtungsverfahren durchführen möchte oder nicht (Art. 199 Abs. 3 nZPO). Aufgrund der Aufnahme in den Katalog von Art. 407*f* nZPO bedeutet eine vor dem 1. Januar 2025 vereinbarte Prorogation zugunsten des oberen kantonalen Gerichts i.S.v. Art. 8 Abs. 1 ZPO, dass die **klagende Partei** selbstständig entscheiden kann, ob auf das Schlichtungsverfahren verzichtet wird.

3. Ordnungsbusse bei Säumnis im Schlichtungsverfahren (Art. 206 Abs. 4 nZPO)

76 Neu kann eine **säumige Partei** im Schlichtungsverfahren mit einer Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000 bestraft werden (Art. 206 Abs. 4 nZPO). Bisher verlangte das Bundesgericht, dass das Nichterscheinen zur Schlichtungsverhandlung eine **Störung des Geschäftsgangs** respektive eine **bös- oder mutwillige Prozessführung** nach Art. 128 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZPO darstellt.[2127] Diese **besonderen qualifizierenden Umstände** fallen mit dem Inkrafttreten von Art. 206 Abs. 4 nZPO weg. Die Ordnungsbusse muss auch im neuen Recht angedroht werden (bspw. in der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung; Art. 147 Abs. 3 ZPO).[2128]

77 Diese Bestimmung gilt dank Art. 407*f* nZPO bereits für Schlichtungsverfahren, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden. Demnach kann die Schlichtungsbehörde die Ordnungsbusse i.S.v. Art. 206 Abs. 4 nZPO Ende 2024 in der **Vorladung** einer Schlichtungsverhandlung, die nach dem 1. Januar 2025 stattfindet, androhen. Falls die Schlichtungsbehörde lediglich eine (altrechtliche) Busse nach Art. 128 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO androht, darf der säumigen Partei ab dem 1. Januar 2025 nicht die strengere Ordnungsbusse i.S.v. Art. 206 Abs. 4 nZPO auferlegt werden. Dies liegt daran, dass der entsprechende Hinweis eine Tatbestandsvoraussetzung für die neurechtliche Ordnungsbusse ist.

2127.BGE 141 III 265 E. 5.1, S. 269; BGer 4A_500/2016 vom 9.12.2016 E. 2.
2128Zum Ganzen: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2757; OFK ZPO-Möhler, Art. 206 N. 9.

4. Entscheidvorschlag (Art. 210 Abs. 1 lit. c nZPO)

Um die Erledigungsquote der Schlichtungsbehörden zu steigern sieht Art. 210 Abs. 1 lit. c nZPO die Möglichkeit bei den übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem **Streitwert von CHF 10'000** den Parteien einen Entscheidvorschlag zu unterbreiten.[2129] Entsprechende Entscheidvorschläge kann die Schlichtungsbehörde auch bei Verfahren unterbreiten, die bereits vor dem 1. Januar rechtshängig waren und am 1. Januar 2025 noch rechtshängig sind (vgl. Art. 407*f* nZPO). 78

I. Eröffnung und Begründung von kantonalen Entscheiden (Art. 239 Abs. 1, 318 Abs. 2 und 327 Abs. 5 nZPO)

Die ZPO-Revision führt zu Änderungen betreffend **die Eröffnung und Begründung von Entscheiden**. Art. 239 Abs. 1 nZPO sieht vor, dass die Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids ohne schriftliche Begründung die Regel und die direkt begründete Eröffnung die Ausnahme ist.[2130] Dies gilt sinngemäss auch für die Eröffnung und Begründung **kantonaler Berufungs- und Beschwerdeentscheide** (Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 nZPO). Damit die Eröffnung ohne Begründung auch für einzige kantonale Instanzen[2131] möglich ist, musste auch Art. 112 Abs. 2 BGG angepasst werden. Vor dem 1. Januar 2025 sah Art. 112 Abs. 2 aBGG eine Ausnahme vom Begründungserfordernis nur bei einer kantonalrechtlichen Grundlage vor, wozu die ZPO als Bundesrecht nicht zählte.[2132] Neu sieht Art. 112 Abs. 2 nBGG vor, dass das kantonale Gericht seinen Entscheid zeitnah und ohne Begründung eröffnet, sofern das Bundesrecht oder das kantonale Recht es vorsieht. Der Begriff des Bundesrechts erfasst die neuen Art. 239 Abs. 1, 318 Abs. 2 und 327 Abs. 5 nZPO.[2133] 79

Die neuen Bestimmungen in der ZPO sind im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten. Dies bedeutet grundsätzlich, dass auch der Entscheid eines **bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängigen Verfahrens** nach der neuen 80

2129 Dazu: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2758.

2130 OFK ZPO-Engler, Art. 239 N. 11a; Rufibach, S. 230; ZPO annotée-Spühler, Art. 239 N. 2.

2131 Vgl. Art. 5 ff. ZPO.

2132 Dazu: Balmer Dominik/Bettler Ronnie, Dispositiventscheide als Regel im ZPO-Rechtsmittelverfahren?, Einige Gedanken zur laufenden ZPO-Revision, Jusletter vom 22.11.2021, Rz. 25; Rufibach, S. 229 Fn. 2.

2133 Siehe zum Ganzen: OFK-Engler, Art. 239 N. 11a; Rufibach, S. 229.

Regelung i.d.R. (unbegründet) zu eröffnen ist. Demgegenüber besteht zu Art. 112 Abs. 2 nBGG keine übergangsrechtliche Bestimmung. Hierbei handelt es sich m.E. um ein gesetzgeberisches Versehen, weil während den parlamentarischen Beratungen nicht bedacht wurde, dass auch die Änderung anderer Erlasse übergangsrechtliche Auswirkungen haben kann. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, dass die Art. 239 Abs. 1, 318 Abs. 2 und 327 Abs. 5 nZPO bei bereits rechtshängigen Verfahren zur Anwendung gelangen. Der gesetzgeberische Entscheid kann für einzige kantonale Instanzen und kantonale Rechtsmittelinstanzen nicht mit der Begründung umgestossen werden, dass Art. 112 Abs. 2 nBGG bei diesen Verfahren noch nicht anwendbar ist. Im Übrigen kann auch die Übergangsbestimmung in Art. 132 Abs. 1 BGG analog herangezogen werden.[2134] Darin ist für das Inkrafttreten des BGG, d.h. am 1. Januar 2007, vorgesehen, dass bei Beschwerdeverfahren das BGG anwendbar ist, sofern der kantonale Entscheid ab dem 1. Januar 2007 ergangen ist. Ein **Entscheid ist ergangen, falls er gefällt** worden ist. Das Eröffnungsdatum ist demnach nicht massgebend (anderes bei Art. 405 ZPO; dazu oben N. 28 f.).[2135] Dies würde bedeuten, dass argumentiert werden kann, dass der neue Art. 112 Abs. 2 nBGG gilt, sofern der kantonale Entscheid ab dem 1. Januar 2025 gefällt worden ist. Dies führt dazu, dass auch Art. 112 Abs. 2 nBGG ab dem 1. Januar 2025 bei bereits rechtshängigen Verfahren zur Anwendung gelangt.

J. Neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 1bis nZPO)

81 Sofern der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (**uneingeschränkte Untersuchungsmaxime**), sieht Art. 317 Abs. 1bis nZPO vor, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel **bis zur Urteilsberatung** berücksichtigt werden können.[2136] Damit kodifiziert der

2134 Ein Teil der Lehre vertrat bei der Einführung der ZPO die Auffassung, dass Art. 404 ff. ZPO auch bei den anderen geänderten Gesetzen gelte (ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 4).

2135 Dazu Comm. LTF-Denys, Art. 132 N. 5; Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 132 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 132 N. 1; SHK BGG-Seiler, Art. 132 N. 5.

2136 Im vereinfachten Verfahren mit beschränkter Untersuchungsmaxime gilt weiterhin der strengere Art. 317 Abs. 1 ZPO (vgl. OFK ZPO-Gehri, Art. 317 N. 7).

Gesetzgeber die bundesgerichtliche Rechtsprechung.[2137] Art. 317 Abs. 1[bis] nZPO ist im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten, was allerdings irrelevant ist, weil wie erwähnt die Rechtsprechung kodifiziert wird (vgl. oben N. 10). Diese Regelung gilt somit, bereits gestützt auf die bisherige Rechtsprechung, für bereits hängige Verfahren.[2138]

Für **Art. 229 nZPO** betreffend das **Novenrecht im erstinstanzlichen Verfahren** unten N. 169 ff. 82

K. Aufschiebende Wirkung und Vollstreckbarkeit (Art. 315 Abs. 5, 325 Abs. 2 und Art. 336 Abs. 1 sowie Abs. 3 nZPO)

1. Vollstreckung unbegründeter Entscheide

Im alten Recht bestand eine Unsicherheit betreffend die **Vollstreckbarkeit von ohne schriftliche Begründung eröffneten Entscheide** nach Art. 239 Abs. 1 aZPO.[2139] Diese Unsicherheit wird mit Art. 336 Abs. 3 nZPO behoben, indem vorgesehen ist, dass solche Entscheide unter denselben Voraussetzungen – wie ein mit schriftlicher Begründung eröffneter Entscheid – vollstreckbar sind.[2140] Da Art. 336 Abs. 3 nZPO in Art. 407*f* nZPO enthalten ist, gilt dies auch für **Entscheide in Verfahren, die bereits am 1. Januar 2025 rechtshängig waren**. Sicherlich gilt dies für diejenigen Entscheide, die ab dem 1. Januar 2025 gefällt werden.[2141] Entscheide, die vor dem 1. Januar 2025 ohne Begründung eröffnet wurden, sind ab dem 1. Januar 2025 ebenfalls vollstreckbar. Dank Art. 407*f* nZPO entfaltet der unbegründete Entscheid ab dem 1. Januar 2025 unmittelbar die Wirkungen des neuen Recht.[2142] In der Folge kann die Rechtsmittelinstanz bereits bevor sie sich mit der Berufung bzw. der Beschwerde befasst über den Aufschub der Vollstreckbarkeit entscheiden (Art. 315 Abs. 5 und Art. 325 Abs. 2 nZPO; unten N. 87 f.). 83

Art. 112 Abs. 2 letzter Satz BGG sieht vor, dass der Entscheid nicht vollstreckbar ist, solange die Frist zum Verlangen einer schriftlichen 84

2137 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2773 mit Verweis auf BGE 144 III 349 E. 4.2.1 S. 351 f. Auch: Schwendener, S. 121 Fn. 40; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 831.

2138 Vgl. Arnold, S. 1014; Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 50; Schwendener, S. 121 Fn. 40.

2139 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2774; OFK ZPO-Egli, Art. 336 N. 8 und N. 22; Rufibach, S. 239.

2140 OFK ZPO-Egli, Art. 336 N. 22

Begründung nicht unbenützt abgelaufen ist oder die vollständige Ausfertigung des kantonalen Entscheids eröffnet wurde. Die ZPO-Revision hat diese Bestimmung nicht angepasst.[2143] Engler stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt.[2144] Falls ein **gesetzgeberisches Versehen** angenommen wird, liegt eine materielle Änderung vor. In **übergangsrechtlicher Hinsicht** kann Art. 132 Abs. 1 BGG analog angewendet werden (ausführlich oben N. 80).

2. Berufung gegen einen Gestaltungsentscheid

85 Art. 315 Abs. 3 nZPO sieht vor, dass die Berufung gegen einen **Gestaltungsentscheid** stets aufschiebende Wirkung hat. Dies galt bereits im bisherigen Recht (Art. 315 Abs. 3 aZPO). Es handelt sich lediglich um eine sprachliche Änderung **ohne inhaltliche und damit übergangsrechtliche Relevanz** (vgl. oben N. 10).

3. Keine Aufschiebende Wirkung im Berufungsverfahren bei der Schuldneranweisung und der Sicherstellung des Unterhalts (Art. 315 Abs. 2 lit. c und d nZPO)

86 Art. 315 Abs. 2 lit. c und d nZPO sehen neu vor, dass die Berufung gegen Entscheide über die **Schuldneranweisung**[2145] und die **Sicherstellung des Unterhalts**[2146] keine aufschiebende Wirkung hat.[2147] Diese Änderung gilt aufgrund von Art. 407*f* nZPO bereits ab dem 1. Januar 2025 auch bei hängigen Verfahren. Falls am 1. Januar 2025 bereits ein Berufungsverfahren hängig ist, entfällt demnach die aufschiebende Wirkung. Die **angewiesene Drittperson** hat m.E. ab diesem Zeitpunkt die Zahlung an die unterhaltsberechtigte Person zu leisten, sofern ihr die Schuldneranweisung angezeigt wurde.[2148] Die Anzeige ist m.E. zu Gunsten einer raschen Durchsetzung der Unterhaltsforderung mittels Schuldneranweisung von der Berufungsinstanz

2141 Vgl.: BSK ZPO-Droese, Art. 336 N. 30.
2142 Ebenso: Tappy, droit transitoire, S. 217 Fn. 15. Wohl a.M.: BSK ZPO-Droese, Art. 336 N. 30.
2143 OFK ZPO-Engler, Art. 239 N. 11a; Rufibach, S. 239.
2144 OFK ZPO-Engler, Art. 239 N. 11a. Dagegen: Rufibach, S. 239.
2145 Art. 132 Abs. 1, 177 und 291 ZGB sowie Art. 13 Abs. 3 und 34 Abs. 4 PartG.
2146 Art. 132 Abs. 2 und 292 ZGB sowie Art. 34 Abs. 4 PartG.
2147 OFK ZPO-Gehri, Art. 315 N. 10; Jeandin, S. 210; Zürcher, S. 563 f.
2148 Im Allgemeinen zur Schuldneranweisung: Lorandi Franco, (Dritt-)Schuldneranweisung im System des SchKG – weder Fisch noch Vogel, AJP 10 (2015), S. 1387–1397, S. 1390 f.

vorzunehmen. Ab dem 1. Januar 2025 kann der Unterhaltsgläubiger auch die Leistung der **Sicherstellung des Unterhalts** vom Unterhaltsschuldner verlangen.

4. Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit und Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch die Rechtsmittelinstanz (Art. 315 Abs. 4 und 5 und 325 Abs. 2 nZPO)

Wenn der betroffenen Partei ein **nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil** droht, kann die **Rechtsmittelinstanz** auf Gesuch die vorzeitige Vollstreckbarkeit bewilligen und nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anordnen (Art. 315 Abs. 4 lit. a nZPO). Wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, kann die Rechtsmittelinstanz auf Gesuch in den berufungsfähigen Fällen nach Art. 315 Abs. 2 nZPO[2149] und bei beschwerdefähigen Entscheiden die Vollstreckbarkeit ausnahmsweise aufschieben (Art. 315 Abs. 4 lit. b und 325 Abs. 2 nZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann bereits vor der Einreichung der Berufung bzw. Beschwerde entscheiden. Die Anordnung fällt ohne weiteres dahin, wenn keine Begründung des erstinstanzlichen Entscheids verlangt wird oder die Rechtsmittelfrist unbenutzt abläuft (Art. 315 Abs. 5 und 325 Abs. 2 nZPO). 87

Diese Bestimmungen gelten ab dem 1. Januar 2025 sofort in sämtlichen Verfahren (vgl. Art. 407*f* nZPO). Deshalb kann das Gesuch m.E. bei Beginn der Berufungs- bzw. Beschwerdefrist Ende 2024 eingereicht werden und die **Rechtsmittelinstanz** entscheidet darüber nach dem 1. Januar 2025. 88

V. REVIDIERTES RECHT AUSSERHALB DES ANWENDUNGSBEREICHS VON ART. 407*F* NZPO

Zahlreiche geänderte Normen sind nicht im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten. Übergangsrechtliche Fragen sind mithilfe des allgemeinen Übergangsrechts nach Art. 404 ff. ZPO zu beantworten (oben N. 19 ff.).[2150] Die hier entwickelten Lösungen gehen mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon aus, dass das Schlichtungsverfahren keine eigene 89

2149 Auch oben N. 86.

2150 Vgl. auch: Balmer, S. 565; Hofmann/Lüscher, S. 429; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 7 und N. 14. Für einen anderen Ansatz: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 17 ff.

Instanz i.S.v. Art. 404 Abs. 1 ZPO ist (dazu oben N. 22). Falls die gegenteilige Ansicht vertreten wird, ist zu beachten, dass bei denjenigen Verfahren, bei denen die Klage – nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren – erst nach dem 1. Januar 2025 eingereicht wird, im gerichtlichen Verfahren bereits das neue Recht anwendbar ist. Fraglich ist, ob das allgemeine Übergangsrecht auch für Änderungen ausserhalb der ZPO gilt.[2151] Dies ist m.E. grundsätzlich zu bejahen, weil bei diesen Bestimmungen ein Bezug zur Revision der ZPO besteht. Sofern die anderen Gesetze eigene Übergangsbestimmungen haben, sind allerdings diese anzuwenden (*lex specialis derogat legi generali*; siehe oben N. 80 und N. 84 sowie unten N. 154).

A. Klagen gegen den Bund (Art. 5 Abs. 1 lit. f und Art. 10 Abs. 1 lit. c nZPO)

90 Das neue Recht sieht vor, dass die einzige kantonale Instanz nur bei Klagen gegen den Bund mit einem **Streitwert von über CHF 30'000** zuständig ist (Art. 5 Abs. 1 lit. f nZPO).[2152] Da für Klagen mit einem Streitwert von CHF 30'000 und weniger die gewöhnlichen erstinstanzlichen Gerichte zuständig sind, wurde Art. 10 Abs. 1 lit. c nZPO ebenfalls angepasst. Neu ist darin nur noch die örtliche Zuständigkeit und nicht mehr die funktionelle Zuständigkeit enthalten.[2153] In diesen Fällen ist das Schlichtungsverfahren obligatorisch (Art. 199 Abs. 3 nZPO *e contrario*; siehe auch oben N. 74).[2154]

91 Falls **vor dem 1. Januar 2025 eine Klage** gegen den Bund mit einem Streitwert bis zu CHF 30'000 bei der einzigen kantonalen Instanz erhoben wurde, bleibt die **sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz** erhalten (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Es handelt sich um eine Frage der **sachlichen Zuständigkeit**, weshalb Art. 404 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar ist (oben N. 27). Demnach kann bei einer Klage mit einem Streitwert bis zu CHF 30'000, die bis am 31. Dezember 2024 erhoben wurde, nicht geltend gemacht werden, dass das gewöhnliche erstinstanzliche Gericht nun dafür zuständig sei. Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich weiterhin nach dem alten Recht. Diese Lösung ist sinnvoll, weil das gewöhnliche erstinstanzliche

2151.Beim Inkrafttreten der ZPO bejahend: CR CPC-Tappy, Art. 404 N. 5.
2152.Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2724; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1159.
2153.Dazu: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2724.
2154.Vgl. auch: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1159.

Gericht ansonsten eine Klage beurteilen müsste, für die das obligatorische Schlichtungsverfahren nicht durchlaufen wurde (vgl. oben N. 90 *in fine*).

B. Handelsgericht (Art. 6 Abs. 2, 3, 4 und 6 nZPO sowie Art. 5 Abs. 3 lit. c nIPRG)

Art. 6 ZPO betreffend das Handelsgericht erfuhr diverse Anpassungen. In Bezug auf Englisch als Verfahrenssprache siehe unten N. 140 f. 92

1. Handelsrechtliche Streitigkeit (Art. 6 Abs. 2 nZPO)

Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b nZPO muss der Streitwert mehr als CHF 30'000 betragen oder es muss sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handeln. Damit kodifizierte der Gesetzgeber die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Regelung der Verfahrensart derjenigen über die sachliche Zuständigkeit vorgeht.[2155] Aus diesem Grund hat das Handelsgericht gemäss Bundesgericht seine Zuständigkeit zu verneinen, falls das **vereinfachte Verfahren** aufgrund einer Angelegenheit i.S.v. Art. 243 Abs. 2 oder aufgrund eines Streitwerts von bis und mit CHF 30'000 gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO anwendbar ist.[2156] Da lediglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert wurde, stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (oben N. 10). 93

Art. 6 Abs. 2 lit. c nZPO hält neu ausdrücklich fest, dass die Parteien als **Rechtseinheiten** im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sein müssen. Hierbei handelt es sich um eine Nachführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine als **Organ** eingetragene natürliche Person dieses Erfordernis nicht erfüllt.[2157] Da dieses Erfordernis gemäss Bundesgericht bereits im alten Recht galt, stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (oben N. 10). 94

Demgegenüber bringt Art. 6 Abs. 2 lit. d nZPO zumindest teilweise eine Neuerung, indem von der Rechtsprechung des Bundesgerichts abgewichen 95

2155 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1159 Fn. 7.

2156 Zu Art. 243 Abs. 2 ZPO: BGE 139 III 457 E. 4 S. 459 ff. Für Art. 243 Abs. 1 ZPO: BGE 143 III 137 E. 2 S. 138 ff.

2157 BGE 142 III 96 E. 3 S. 97 ff.; BGE 140 III 409 E. 2 S. 411. Auch: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1159.

wird.[2158] Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d nZPO ist eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis, nach dem AVG oder aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie landwirtschaftlicher Pacht **nicht handelsrechtlich**. Damit gilt nicht mehr die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Handelsgericht bei **Streitigkeiten aus Miete oder Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen** zuständig ist, falls nicht das vereinfachte Verfahren anwendbar ist (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).[2159] Ob das Handelsgericht für **arbeitsrechtliche Streitigkeiten** zuständig ist, war bis anhin umstritten und vom Bundesgericht nicht entschieden.[2160]

96 In übergangsrechtlicher Hinsicht gilt Art. 404 Abs. 1 ZPO, wonach das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz gilt (vgl. oben N. 21 f. und N. 89). Es handelt sich um eine Frage der **sachlichen Zuständigkeit**, weshalb Art. 404 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar ist (oben N. 27). Demnach beurteilt sich das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit nach demjenigen Recht, dass im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in Kraft war.

97 Eine **miet- oder pachtrechtliche Klage**, die unter altem Recht zulässigerweise vor Handelsgericht angehoben wurde, ist vom Handelsgericht auch nach dem 1. Januar 2025 materiell zu beurteilen. Falls vor dem 1. Januar 2025 eine Klage bei einem gewöhnlichen erstinstanzlichen (Miet)Gericht eingereicht wurde, obwohl diese vor dem Handelsgericht hätte eingereicht werden müssen, hat das erstinstanzliche (Miet)Gericht einen Nichteintretensentscheid zu fällen (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Der Kläger kann sich nicht auf die neurechtliche sachliche Zuständigkeit des erstinstanzlichen (Miet)Gerichts berufen, weil Art. 404 Abs. 2 ZPO betreffend die sachliche Zuständigkeit nicht anwendbar ist (oben N. 27). Eine erneute Klage nach dem

---

2158 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1159 f.

2159 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1160. Siehe zum alten Recht: BGE 139 III 457 E. 4 S. 459 ff.

2160 Für die Zuständigkeit des Handelsgerichts: BK ZPO-Berger, Art. 6 N. 11 und N. 24. Gegen die Zuständigkeit des Handelsgerichts: HGer ZH HG120101 vom 16.7.2012 E. 5 f.; Haas Ulrich/Schlumpf Michael, Kommentierung zu Art. 6 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N. 6. Die Zuständigkeit bejahend, falls es sich um einen leitenden Angestellten handelt und dieser am Gewinn der Arbeitgeberin partizipiert: Vock Dominik/Nater Christoph, Kommentierung zu Art. 6 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 9a.

Nichteintretensentscheid ist innert eines Monats beim Handelsgericht einzureichen, wobei das Datum der ersten Einreichung massbebend ist für die Bestimmung der Rechtshängigkeit (Art. 63 Abs. 1 ZPO; dazu oben N. 13). Deshalb bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit weiterhin nach altem Recht. Falls die Klage nicht innert eines Monats beim Handelsgericht eingereicht wird, fällt die ursprüngliche Rechtshängigkeit weg. In diesem Fall gilt die sachliche Zuständigkeit des neuen Rechts, weshalb für die Klage das erstinstanzliche (Miet)Gericht bzw. zuerst die Schlichtungsbehörde zuständig ist.

Eine **arbeitsrechtliche Klage**, die ein Arbeitnehmer[2161] bis am 31. Dezember 2024 beim Handelsgericht einreichte, ist vom Handelsgericht zu beurteilen, sofern man die Ansicht vertritt, dass dieses unter altem Recht dafür zuständig ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO; siehe oben N. 95). 98

Falls das Bundesgericht den **Entscheid des Handelsgerichts aufhebt und die Sache an das Handelsgericht zurückweist**,[2162] ist dieses auch nach dem 1. Januar 2025 weiterhin für bestimmte miet- und gegebenenfalls arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständig, die bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig waren (siehe oben N. 23). 99

2. Klägerwahlrecht (Art. 6 Abs. 3 nZPO)

Das in Art. 6 Abs. 3 nZPO enthaltene Klägerwahlrecht wurde an Art. 6 Abs. 2 nZPO angepasst. Soweit bloss bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert wurde, ergeben sich **keine übergangsrechtlichen Probleme** (vgl. bereits oben N. 10 und N. 93 f.). 100

Da **miet-**[2163] **und arbeitsrechtliche**[2164] **Streitigkeiten** ab dem 1. Januar 2025 nicht als handelsrechtlich gelten, kann das Klägerwahlrecht ab diesem Zeitpunkt für solche Streitigkeiten nicht mehr ausgeübt werden. Sofern es vorher ausgeübt wurde, bleibt das Handelsgericht zuständig (vgl. oben Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Dies gilt allerdings nur, sofern die Zuständigkeit nicht bereits unter altem Recht ausgeschlossen war (zum Ganzen oben N. 95 ff.). 101

2161 Siehe das Klägerwahlrecht in Art. 6 Abs. 3 ZPO.
2162 Vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG.
2163 Oben N. 97.
2164 Oben N. 98.

3. Internationale Handelsstreitigkeiten (Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO und Art. 5 Abs. 3 lit. c nIPRG)

10 2 Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO sieht vor, dass die Kantone das Handelsgericht auch für **internationale Handelsstreitigkeiten**, die kumulativ folgende Bedingungen erfüllen für zuständig erklären können: *(i)* geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen, *(ii)* Streitwert beträgt mindestens CHF 100'000, *(iii)* Zustimmung der Parteien und *(iv)* im Zeitpunkt der Zustimmung hat mindestens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihren Sitz im Ausland. **Kantone ohne Handelsgericht** können eine eigenständige Gerichtskammer für internationale Handelsstreitigkeiten bei ihrem oberen Gericht i.S.v. Art. 8 ZPO einrichten.[2165] In beiden Fällen kann ein solches Gericht seine **Zuständigkeit** nur **ablehnen**, wenn das **kantonale Recht** dies vorsieht (Art. 5 Abs. 3 lit. c nIPRG). Die **Kantone Bern, Zürich** und **Genf** planen den Aufbau eines solchen internationalen Handelsgerichts.[2166] Zu Recht weist die Lehre daraufhin, dass eine Vielzahl dieser Streitigkeiten bereits unter Art. 6 Abs. 2 nZPO fällt.[2167]

10 3 Aus übergangsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Parteien ihre **Zustimmung** bereits vor Inkrafttreten der kantonalen Einführungsbestimmungen vereinbaren können (vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. c Ziff. 3 nZPO). Da es sich um einen Aspekt in der **Gesetzgebungshoheit der Kantone** handelt, ist dafür primär **kantonales (Übergangs)Recht** einschlägig.[2168] Falls solches fehlt, ist ersatzweise auf das Übergangsrecht der ZPO abzustellen. Bei dieser Zustimmung handelt es sich nicht um eine Gerichtsstandsvereinbarung, da nicht die örtliche Zuständigkeit ausbedungen wird.[2169] Deshalb ist Art. 406 ZPO bei der sachlichen Zuständigkeit nicht (analog) anwendbar.[2170] M.E. ist

---

2165 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1161; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 391.

2166 Der Bund, Bern könnte bald internationales Handelsgericht erhalten, 15.7.2024; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 390.

2167 Ausführlich: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1160 f.; Schneuwly Andreas, Kommentierung zu Art. 6 ZPO, in: Droese Lorenz (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz zur Zivilprozessordnung, Version 22.9.2023, abrufbar unter: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/zpo6, N. 82.

2168 Vgl.: BGer 5A_531/2014 vom 8.12.2014 E. 2.1; BGer 5A_123/2013 vom 10.6.2013 E. 3.1.1; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 4; BK ZPO-Walther, Art. 404 N. 2. Siehe auch unten N. 129.

2169 Dies gilt m.E. trotz der Art. 5 Abs. 3 lit. c nIPRG, der systematisch in Art. 5 IPRG zur Gerichtsstandsvereinbarung verankert wurde.

Art. 407 Abs. 1 ZPO analog anzuwenden. Gemäss dieser Bestimmung beurteilt sich die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen im übergangsrechtlichen Kontext nach dem günstigeren Recht (**Günstigkeitsprinzip**; *in dubio pro arbitrato*). Bei der internationalen Handelsgerichtsbarkeit handelt es sich um eine Alternative zur Schiedsgerichtsbarkeit.[2171] Für diese Alternative sollten sich Parteien im selben Masse entscheiden können wie für das Schiedsverfahren. Deshalb ist eine Vereinbarung, wonach das internationale Handelsgericht zuständig sein soll bereits vor Inkrafttreten der kantonalen Einführungsgesetzgebung möglich. Fraglich ist, was geschieht, falls die kantonale Einführungsgesetzgebung für internationale Handelsstreitigkeiten noch nicht in Kraft getreten ist, die Streitigkeit allerdings bereits ausbrach. Da eine Vielzahl der Streitigkeiten bereits unter Art. 6 Abs. 2 nZPO fällt,[2172] kann i.d.R. das Handelsgericht problemlos angerufen werden. Ansonsten kann einer Partei m.E., bspw. zur Unterbrechung der Verjährung, nicht verwehrt werden ein anderes Gericht anzurufen, wenn die kantonale Einführungsgesetzgebung mit für die jeweilige Partei unzumutbarer Verspätung in Kraft tritt. Es empfiehlt sich bereits in der Vereinbarung eine entsprechende Lösung, d.h. ein Ersatzgericht, vorzusehen.

4. Streitgenossenschaft (Art. 6 Abs. 6 nZPO)

Nach Art. 6 Abs. 6 nZPO ist bei Klagen von mehreren Streitgenossen, die nicht alle als Rechtseinheiten im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, das **ordentliche Gericht** zuständig (**Kompetenzattraktion**). Bereits im geltenden kantonalen Recht[2173] bzw. kantonaler Gerichtspraxis[2174] ist in diesen Fällen das ordentliche Gericht zuständig. Das Bundesgericht untersagte eine Kompetenzattraktion zu Gunsten der Handelsgerichte.[2175] Demnach verändert Art. 6 Abs. 6 nZPO die Rechtslage nicht.[2176] Deshalb stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (oben N. 10). 10 4

2170 Im Allgemeinen: BGE 142 III 623 E. 2.1 S. 624; BGE 138 III 471 E. 3.3 S. 478; KuKo-Domej, Art. 406 N. 1.

2171 Vgl. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1161.

2172 Oben N. 102.

2173 § 12 Abs. 2 EG ZPO/AG; Art. 10 Abs. 2 EG ZPO/SG.

2174 Vgl.; HGer ZH HG110187 vom 11.12.2011 E. 5 (bestätigt in BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 481); OGer ZH LF130065 vom 28.3.2014; HGer BE HG 12 127 vom 9.12.2012 E. II.

2175 BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 481.

2176 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1161.

C. Entdeckung des Ausstandsgrundes (Art. 51 Abs. 3 und 328 Abs. 1 lit. d nZPO)

10 Gemäss Art. 51 Abs. 3 nZPO gelten die Bestimmungen über die Revision nur,
5 falls der Ausstandsgrund, der erst **nach Abschluss des Verfahrens** entdeckt wurde, mit keinem anderen Rechtsmittel geltend gemacht werden kann. Mit dem **Vorrang des anderen Rechtsmittels**, d.h. der Berufung oder der Beschwerde, kodifizierte der Gesetzgeber die bundesgerichtliche Rechtsprechung.[2177] Zusätzlich wurde der Katalog mit den abschliessenden Revisionsgründen in Art. 328 Abs. 1 ZPO um das Entdecken des Ausstandsgrundes nach dem Abschluss des Verfahrens ergänzt. Vorausgesetzt ist auch hier, dass kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht (Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO). Die neu eingeführte lit. d ist damit lediglich eine Vervollständigung des bisher lückenhaften Katalogs.[2178] Da es sich um die Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung handelt, stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).[2179]

D. Unrichtige Rechtsmittelbelehrungen (Art. 52 Abs. 2 nZPO)

10 Art. 52 Abs. 2 nZPO sieht vor, dass **unrichtige Rechtsmittelbelehrungen**
6 gegenüber allen Gerichten insoweit wirksam sind, als sie zum Vorteil der Partei lauten, die sich darauf beruft. Die Norm möchte verhindern, dass einer Partei Nachteile erwachsen. Sie bezweckt allerdings nicht, dass neue bzw. andere als in der ZPO vorgesehene Rechtsmittel möglich sind.[2180] Falls ein **unanfechtbarer Entscheid** eine Rechtsmittelbelehrung enthält, soll dieser Umstand beim Nichteintretensentscheid der Rechtsmittelinstanz berücksichtigt werden (bspw. bei den Kostenfolgen).[2181] Neu ist, dass auch **anwaltlich vertretene Parteien** vor unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen geschützt sind. Mehrere Voten im Parlament betonen, dass Art. 52 Abs. 2 nZPO auch bei anwaltlich vertretenen Parteien anwendbar ist.[2182] Klare

2177. Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2733 mit Verweis auf BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 468 ff.; BGE 139 III 120 E. 2 und 3.1.1 S. 121 f.; BGE 138 III 702 E. 3.4 S. 703 f. Siehe auch: Bohnet/Schaller, S. 193 f.; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1166.

2178. Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2774. Zu den weiteren Änderungen bei der Revision unten N. 200 ff.

2179. Wohl a.M.: BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 17.

2180. Vgl.: Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 399.

2181. Ausführlich und mit weiteren Bsp.: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1164 f.

Fehler bleiben vorbehalten (bspw. bei offensichtlichen Verschreibern wie einer Rechtsmittelfrist von 3'000 anstatt 30 Tagen).[2183] Vorher erwog das Bundesgericht i.d.R., dass die anwaltlich vertretene Partei die unrichtige Rechtsmittelbelehrung hätte erkennen müssen.[2184]

Fraglich ist, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen bereits vor dem Inkrafttreten der Revision vom 17. März 2023 zu korrigieren ist. Im Zusammenhang mit der Haftbeschwerde gemäss Art. 222 StPO erwog das Bundesgericht, dass sich der Gesetzgeber – in Kenntnis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – klar gegen ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft ausgesprochen und damit die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht übernommen hat. Damit sei die seltene Konstellation gegeben, in welcher der Gesetzgeber zum Ausdruck brachte, dass entgegen der Auffassung des Bundesgerichts kein gesetzgeberisches Versehen vorliegt, sondern ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft tatsächlich nicht gewollt sei. Aufgrund dieser besseren Erkenntnis, wonach sich das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft nicht auf eine Grundlage in der StPO stützen kann, kam das Bundesgericht auf seine als unzutreffend erkannte Praxis zurück und passte sie aus eigener Erkenntnis *vor dem Inkrafttreten* des neuen Art. 222 StPO an.[2185] Ein solcher Fall liegt m.E. bei unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen nicht vor. Mit Art. 52 Abs. 2 nZPO liegt eine neue Norm vor. Demgegenüber war Art. 222 StPO bereits in der StPO verankert und die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts führte bloss dazu, dass dem bereits bisher geltenden Gesetzestext zum Durchbruch verholfen wurde.[2186] 10 7

Aus übergangsrechtlicher Perspektive stellt sich die Frage ab welchem Zeitpunkt auch **Anwälte** sich auf unrichtige Rechtsmittelbelehrungen 10 8

2182 AB 2022 S 641 (Votum Vara); AB 2022 N 2251 (Votum von Falkenstein); AB 2022 N 2256 (Votum Bregy); AB 2023 S 6 (Votum Bauer); AB 2023 N 215 (Votum Lüscher). Siehe auch: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1163 f.; Lüscher/Hofmann, S. 43; OFK ZPO-Muster, Art. 52 N. 6.

2183 AB 2023 S 6 (Votum Bauer); Hofmann/Lüscher, S. 44; Jeandin, S. 112; OFK ZPO-Muster, Art. 52 N. 6.

2184 BGer 4A_573/2021 vom 17.5.2022 E. 4; BGer 5A_350/2021 vom 17.5.2021 E. 5. Dazu: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1163.

2185 BGE 149 IV 135 E. 2.4 S. 140 f.

2186 Vgl.: BGE 149 IV 135 E. 2.4 S. 140 f.

berufen können. Art. 52 Abs. 2 nZPO ist nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten. Da Art. 52 Abs. 2 nZPO sich im Rechtsmittelrecht auswirkt, ist übergangsrechtlich Art. 405 Abs. 1 ZPO anwendbar. Demnach gilt das Recht, dass bei der **Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides** in Kraft ist (dazu oben N. 29).[2187] Anwälte können sich somit auf unrichtige Rechtsmittelbelehrungen derjenigen Entscheiden, die ab dem 1. Januar 2025 eröffnet werden, berufen. Dies gilt auch bei Verfahren, die bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig waren.

10 Gemäss Art. 49 BGG dürfen den Parteien aus mangelhafter Eröffnung des
9 Entscheids keine Nachteile erwachsen. Dazu zählen insbesondere **unrichtige** und **unvollständige Rechtsmittelbelehrungen** sowie das **Fehlen der Rechtsmittelbelehrung** (vgl. Art. 49 BGG). Diese Bestimmung gilt für die **Beschwerde an das Bundesgericht**. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann vertreten die Auffassung, dass diese Norm künftig auch bei anwaltlich vertretenen Parteien grosszügiger anzuwenden ist.[2188] Falls diese Ansicht zutrifft, stellt sich die übergangsrechtliche Frage ab welchem Zeitpunkt auch Anwältinnen vom Schutz des Art. 49 BGG profitieren. Hierzu kann Art. 132 Abs. 1 BGG analog hinzugezogen werden. Demnach gilt das BGG bei Beschwerdeverfahren, wenn der angefochtene Entscheid nach Inkrafttreten des BGG gefällt worden ist (vgl. bereits oben N. 80). Art. 49 BGG ist demnach bei Entscheiden, die nach dem 1. Januar 2025 gefällt wurden, grosszügiger anzuwenden.

E. Replikrecht (Art. 53 Abs. 3 nZPO)

11 Neu wird das Replikrecht ausdrücklich in Art. 53 Abs. 3 nZPO verankert.
0 Gemäss Art. 53 Abs. 3 nZPO dürfen die Parteien zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung nehmen. Das Gericht setzt ihnen dazu eine **Frist von mindestens zehn Tagen** an. Diese kann als gerichtliche Frist nach Art. 144 ZPO erstreckt werden.[2189] Nach unbenutztem Ablauf der Frist wird Verzicht angenommen. Unter altem Recht sah das Bundesgericht vor, dass den Parteien die Eingaben bloss zugestellt werden konnten ohne, dass das Gericht eine förmliche Frist anzusetzen hat. Zwischen der Übermittlung der Eingabe und dem Erlass des Entscheids musste genügend Zeit bestehen, damit die

2187 Balmer, S. 565.
2188 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1164 Fn. 51.
2189 OFK ZPO-Muster, Art. 53 N. 7; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823.

Partei die Möglichkeit hat ihre Stellungnahme einzureichen.[2190] Falls die Partei, die eine Eingabe **ohne Fristansetzung** erhielt und dazu Stellung nehmen wollte, hatte sie dies umgehend zu tun oder zumindest zu beantragen. Andernfalls nahm das Bundesgericht an, dass die Partei auf eine weitere Eingabe verzichtete.[2191]

Art. 53 Abs. 3 nZPO ist nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten, weshalb Art. 404 f. ZPO zur Anwendung gelangen (vgl. oben N. 20 ff.).[2192] Für **Verfahren, die am 1. Januar 2025 rechtshängig waren**, gilt weiterhin die bisherige Rechtsprechung (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Das bisherige Recht schliesst eine **Fristansetzung** nicht aus.[2193] Dadurch können Gerichte, unabhängig vom Datum der Rechtshängigkeit, jeweils eine Frist ansetzen.[2194] Dies vereinfacht den Gerichtsalltag erheblich, weil Gerichte täglich zahlreiche Verfügungen erlassen und die Rechtshängigkeit nicht prüfen müssen. Im **Rechtsmittelverfahren** ist Art. 53 Abs. 3 nZPO anwendbar, sofern der Entscheid ab dem 1. Januar 2025 eröffnet wurde (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 29). 11 1

F. Einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 nZPO)

Art. 71 nZPO ist neu formuliert und strukturiert, wobei sich **keine inhaltlichen Änderungen** ergeben.[2195] Art. 71 Abs. 1 lit. c nZPO sieht vor, dass bei der einfachen Streitgenossenschaft das **gleiche Gericht sachlich zuständig** sein muss. Damit wurde die bisherige bundesgerichtliche 11 2

2190 BGE 142 III 48 E. 4.1.1 S. 53 f.

2191 BGer 5D_112/2013 vom 15.8.2013 E. 2.2.3.

2192 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1165 Fn. 55. Vgl. auch: BSK ZPO-Benn, Art. 142 N. 5d. Möglicherweise a.M.: Hurni/Hofmann, S. 213 f.

2193 Siehe Leuenberger Christoph, Kommentierung zu Art. 225 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 17a. Das Bundesgericht setzt i.d.R. eine Frist an, obwohl dies im BGG nicht ausdrücklich vorgesehen ist (siehe: Merkblatt des Bundesgerichts, *«Schriftenwechsel und freiwillige Bemerkungen»*, abrufbar unter: https://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-echange-ecritures.htm; zuletzt abgerufen am 19.12.2024).

2194 Vgl. auch: Tappy, droit transitoire, S. 222 Fn. 30.

2195 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2733 ff.; OFK ZPO-Morf, Art. 71 N. 3a; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 386.

Rechtsprechung[2196] kodifiziert.[2197] Mangels inhaltlicher Änderungen stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

G. Streitverkündungsklage (Art. 81 und Art. 82 Abs. 1 nZPO)

11 Sämtliche Voraussetzungen der Streitverkündungsklage befinden sich neu in
3 Art. 81 Abs. 1 nZPO.[2198] Neu sieht Art. 81 Abs. 1 lit. a nZPO vor, dass die Ansprüche in einem **sachlichen Zusammenhang zur Hauptklage** stehen müssen. Dadurch soll klar werden, dass neben (potenziellen) Regressansprüchen auch Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche mittels Streitverkündungsklage geltend gemacht werden können.[2199] Dies war bereits unter bisherigen Recht unbestritten.[2200] Die Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit ergab sich bisher aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[2201] und wird neu explizit kodifiziert (vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. b nZPO).[2202] Art. 81 Abs. 1 lit. c nZPO sieht vor, dass sowohl die Haupt- als auch die Streitverkündungsklage im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind.[2203] Art. 81 Abs. 3 aZPO, wonach die Streitverkündungsklage im vereinfachten und im summarischen Verfahren unzulässig ist, wurde gestrichen, da sich eine Redundanz zu Art. 81 Abs. 1 lit. c nZPO ergeben hätte. Bereits das Bundesgericht[2204] und die herrschende Auffassung[2205] verlangten, dass **beide Klagen** dem **ordentlichen Verfahren** unterstehen. Diesbezüglich stellen sich somit – mangels inhaltlicher Änderungen – **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

11 Durch den Zusatz *«[Ansprüche], die sie von Seiten der streitberufenen Person*
4 *befürchtet»* ist im neuen Recht ausdrücklich vorgesehen, dass die Streitverkündungsklage auch eine **negative Feststellungsklage** sein kann

2196 BGE 145 III 460 E. 4.1.2 S. 462 f.; BGE 142 III 581 E. 2.1 S. 585; BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 480.
2197 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1166; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 819.
2198 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1167.
2199 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2735; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1167.
2200 BGE 139 III 67 E. 2.4.3 S. 74; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1167; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 81 N. 5.
2201 BGE 139 III 67 E. 2.4.2 S. 74.
2202 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2735; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1167; OFK ZPO-Morf, Art. 81 N. 4.
2203 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1167 f.
2204 BGE 139 III 67 E. 2.4.2 S. 74.
2205 KuKo ZPO-Domej, Art. 81 N. 12; ZK ZPO-Schwander, Art. 81 N. 29; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 81 N. 13.

(Art. 81 Abs. 1 nZPO).[2206] Die herrschende Lehre bejahte dies zurecht bereits für das bisherige Recht.[2207] Demgegenüber lehnt Göksu unter bisherigem Recht die negative Feststellungsklage als Streitverkündungsklage ab.[2208] Nur falls man Göksu folgt, stellt sich aus übergangsrechtlicher Perspektive die Frage ab wann eine negative Feststellungsklage als Streitverkündungsklage eingereicht werden kann. Falls die Hauptklage bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig war, kann die Streitverkündungsklage nur im selben Verfahren beurteilt werden, wenn sie nach altem Recht zulässig ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Nach der Ansicht von Göksu ist die negative Feststellungsklage unzulässig, weshalb folglich nicht darauf einzutreten wäre. Diese Regelung ist auch sinnvoll, sofern man Göksu zustimmt (*quod non*). Dadurch ist für den Kläger bei Anhebung seiner Klage vorhersehbar, welche vom Beklagten erhobenen Streitverkündungsklagen zusätzlich im selben Verfahren beurteilt werden können.

Falls die Rechtsbegehren der Streitverkündungsklage dieselbe Leistung betreffen zu der die streitverkündende Partei ihrerseits im Hauptverfahren verpflichtet wird, müssen diese nicht beziffert werden (Art. 82 Abs. 1 nZPO *in fine*). Demnach müssen **Regressklagen** im Zulassungsantrag **nicht beziffert** werden.[2209] Dadurch wird das Risiko des Über- oder Unterklagens der streitverkündenden Partei vermieden, dass beim Überklagen auch zu Kostenfolgen führt.[2210] Bei Verfahren bzw. Hauptklagen, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden, gilt das bisherige Recht (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Demnach ist in diesen Verfahren auch ab dem 1. Januar 2025 eine Regressklage, wie im bisherigen Recht vorgesehen, zu beziffern. Ein Hinweis für ein gesetzgeberisches Versehen liegt nicht vor. Art. 82 Abs. 1 nZPO war

11 5

2206 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2735.

2207 Demierre Rafaella, Kommentierung zu Art. 81 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit Commentaire, CPC, Code de procédure civile, Basel 2020, N. 12; KuKo ZPO-Domej, Art. 81 N. 8; Frei, Nina J., Kommentierung zu Art. 81 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 16; BK ZPO-Gross/Zuber, Art. 81 N. 34; ZK ZPO-Schwander, Art. 81 N. 19.

2208 Göksu Tarkan, Kommentierung zu Art. 81 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE-Kommentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, N. 12 f.

2209 Vgl.: Botschaft ZPO-Revision, S. 2736; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1168; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 386.

2210 Botschaft ZPO-Revision, S. 2736; OFK ZPO-Morf, Art. 82 N. 6a.

bereits im Entwurf enthalten,[2211] weshalb nicht davon auszugehen ist, dass diese Vorschrift versehentlich nicht in Art. 407*f* nZPO integriert wurde. Im Übrigen erhellt aus den Kommissionsprotokollen, dass Art. 82 Abs. 1 nZPO *in fine* zu den Vorschriften der Verfahrenskoordination zählt, die ausdrücklich nicht in Art. 407*f* nZPO aufgenommen werden sollten (vgl. auch oben N. 4).[2212]

H. Fristansetzung zur Bezifferung der unbezifferten Forderungsklage (Art. 85 Abs. 2 nZPO)

11 6 Das bisherige Recht liess offen innert welcher Frist eine **nachträgliche Bezifferung** einer unbezifferten Forderungsklage vorzunehmen ist.[2213] Neu ist eine **Fristansetzung** zur nachträglichen Bezifferung durch das Gericht vorgesehen (Art. 85 Abs. 2 nZPO). Das Gericht hat nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die Parteien oder Dritte eine Frist zur Bezifferung der Klage anzusetzen. Die Rechtsprechung verneinte zumindest bei anwaltlich vertretenen Parteien die Pflicht des Gerichts eine Frist anzusetzen.[2214] Ein Teil der Lehre sprach sich für eine gerichtliche Fristansetzung aus.[2215]

11 7 Da es keine Hinweise auf ein Redaktionsversehen gibt, wonach die Einfügung von Art. 85 Abs. 2 nZPO in Art. 407*f* nZPO vergessen ging, ist das **allgemeine Übergangsrecht** anwendbar. Deshalb wird sich die klagende Partei in einem vor dem 1. Januar 2025 angehobenen Verfahren auch ab dem 1. Januar 2025 nicht darauf verlassen dürfen, dass das Gericht eine Frist zur Bezifferung ansetzt (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).[2216]

2211 Vgl.: Botschaft ZPO-Revision, S. 2736.

2212 Kommissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 32 und Antrag Nr. 24.

2213 OFK ZPO-Zogg/Angstmann, Art. 85 N. 8. Siehe auch: AB 2023 N 212 (Votum Maitre).

2214 BGE 140 III 409 E. 4.3.2 S. 417; OGer ZK 12 366 vom 13.3.2024 E. 9.5.

2215 Baumann Wey Sabine, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich 2013, N. 515 und N. 572; Bohnet François, Kommentierung zu Art. 85 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019, N. 20; Bopp Lukas/Bessenich Balthasar, Kommentierung zu Art. 85 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 15.

2216 Vgl.: Hofmann/Lüscher, S. 429.

I. Objektive Klagenhäufung (Art. 90 Abs. 2 nZPO)

Art. 90 Abs. 2 nZPO sieht vor, dass die objektive Klagenhäufung auch zulässig ist, wenn eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart lediglich auf dem Streitwert beruht. Damit wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung[2217] kodifiziert, wonach die Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung basierend auf dem **gemäss Art. 93 ZPO zusammengerechneten Streitwert** erfolgt.[2218] Ausgeschlossen ist die objektive Klagenhäufung allerdings, falls die unterschiedliche Verfahrensart auf der Natur der einzelnen Ansprüche beruht (bspw. mietrechtlicher Kündigungsschutz i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO mit Vermögensansprüchen von mehr als CHF 30'000, die im ordentlichen Verfahren zu beurteilen wären).[2219] In einem neueren Entscheid erwog das Zürcher Handelsgericht, dass bei einer eventuellen objektiven Klagenhäufung einzig der Streitwert des Hauptbegehrens massgebend sei, weil der Streitwert des Eventualbegehrens nach Art. 91 Abs. 1 ZPO nicht hinzugerechnet werde. Deshalb trat das Handelsgericht auf die eventuelle objektive Klagenhäufung ein, obwohl der Streitwert des Eventualbegehrens unter CHF 30'000 lag.[2220] Mangels einer materiellen Änderung ergeben sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10). 11 8

Sind für die einzelnen Ansprüche unterschiedliche Verfahrensarten anwendbar, so werden sie gemäss Art. 90 Abs. 2 nZPO zusammen im **ordentlichen Verfahren** beurteilt. Damit stellt der Gesetzgeber einerseits klar, dass es nicht zu einer Vermengung verschiedener Verfahrensarten kommt.[2221] Zudem ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte, dass im ordentlichen Verfahren nicht einzelne Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens angewendet werden.[2222] Falls man im bisherigen Recht – entgegen hier vertretener Ansicht Gegenteiliges annehmen möchte – gilt das bisherige 11 9

2217 BGE 142 III 788 E. 4 S. 789 ff.

2218 Siehe: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1166; ZPO annotée-Moret, Art. 90 N. 2; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 386 f.; OFK ZPO-Zogg/Angstmann, Art. 90 N. 17 mit Verweis auf N. 9.

2219 Zu diesem Bsp.: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2728.

2220 HGer ZH HG210260 vom 4.5.2022 E. 4.4 ff. mit Bezug zur Revision der ZPO in E. 4.10.

2221 OFK ZPO-Zogg/Angstmann, Art. 90 N. 18.

2222 OFK ZPO-Zogg/Angstmann, Art. 90 N. 18. Anders: Weber Philipp/Oberhammer Paul, Kommentierung zu Art. 90 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N. 8.

Recht noch für diejenigen Verfahren, die bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).

12 0 Das Bundesgericht liess offen, ob zwischen den gehäuften Ansprüchen ein **sachlicher Zusammenhang** bestehen muss.[2223] Der Gesetzgeber hat sich implizit dagegen entschieden, weil dieses Erfordernis – trotz Erwähnung im Vorentwurf – keinen Eingang in die definitive Fassung gefunden hat.[2224] Falls man im bisherigen Recht von diesem Erfordernis ausgeht, müsste für die **bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig gewordenen Verfahren** ein sachlicher Zusammenhang geprüft werden (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).

J. Streitwert und Kostenrecht

12 1 Die Änderungen im Bereich des Streitwerts und des Kostenrechts sind **nicht in Art. 407f nZPO enthalten**.[2225] Demnach gelten für Verfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren das bisherige Kostenrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (vgl. Art. 404 Abs. 1; oben N. 21 ff.). Zur Festlegung der Gerichtskosten und Parteientschädigung im Entscheidverfahren nach Art. 212 Abs. 3 vor der Schlichtungsbehörde siehe unten N. 164 f.

1. Streitwert bei negativer Feststellungswiderklage (Art. 94 Abs. 3 nZPO)

12 2 Falls die **Hauptklage eine Teilklage** ist, werden die Prozesskosten nach Art. 94 Abs. 3 nZPO ausschliesslich auf der Grundlage des **Streitwerts der Hauptklage** berechnet. Damit wird das Prozesskostenrisiko der Klägerin, wenn der Beklagte eine negative Feststellungswiderklage erhebt, begrenzt. Der Wortlaut, der auch andere Widerklagen bei Teilklagen erfasst, ist teleologisch einzuschränken, da der Gesetzgeber bloss dort das Kostenrisiko senken wollte.[2226] Der höhere Streitwert der negativen Feststellungswiderklage ist demnach nicht massgebend.[2227] Damit trägt der Beklagte, der die Widerklage erhebt, auch kein zusätzliches

2223 BGE 142 III 788 E. 4.2.4 S. 793.
2224 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1166.
2225 Vgl. auch: Staehelin/von Mutzenbecher, S. 833.
2226 Vgl.: AB 2022 N 2256 (Votum Lüscher). Dazu: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1175; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 821.

Prozesskostenrisiko.[2228] Auch die Parteientschädigung wird indessen bloss basierend auf dem Streitwert der Teilklage berechnet.[2229]

In **Verfahren mit Teilklage und negativer Feststellungswiderklage, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren**, gilt das bisherige Recht (vgl. Art. 404 Abs. 1; oben N. 21 ff.). Fraglich ist, ob dies auch gilt, falls nur die Teilklage rechtshängig war und die negative Feststellungswiderklage erst nach dem 1. Januar 2025 rechtshängig wird. Dieser Fall liegt vor, falls die Klageantwort mit negativer Feststellungswiderklage nach dem 1. Januar 2025 aufgegeben wird. Art. 94 Abs. 3 nZPO ist m.E. in dieser Konstellation nicht anzuwenden. Diese Hauptklage wurde bereits unter bisherigem Recht rechtshängig, weshalb gestützt auf Art. 404 Abs. 1 ZPO weiterhin das bisherige Recht anzuwenden ist (dazu oben N. 26). Da auch die übrigen Änderungen betreffend den Streitwert und das Kostenrecht nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten sind (vgl. oben N. 121), ist nicht davon auszugehen, dass Art. 94 Abs. 3 nZPO versehentlich nicht in den Katalog von Art. 407*f* nZPO aufgenommen wurde. 12 3

Art. 94 ZPO gilt auch im **Rechtsmittelverfahren**.[2230] Falls der Entscheid des Verfahrens mit der Teilklage nach dem 1. Januar 205 eröffnet wird, gilt für das Rechtsmittelverfahren Art. 94 Abs. 3 nZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.). Es handelt sich um eine neue Instanz (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 22). 12 4

2. Verbandsklage (Art. 94*a* nZPO)

Bei negatorischen Verbandsklagen i.S.v. Art. 89 ZPO setzt das Gericht nach bisherigem Recht den Streitwert gestützt auf Art. 91 Abs. 2 ZPO fest, falls sich die Parteien darüber nicht einigen oder die Angaben offensichtlich unrichtig sind. Dabei stellte die Gerichtspraxis auf das **Kollektivinteresse der betroffenen Personen** ab.[2231] Art. 94*a* nZPO sieht deshalb vor, dass das Gericht den Streitwert nach Ermessen festsetzt, sofern sich die Parteien 12 5

2227 Dazu: Diggelmann Peter, Kommentierung zu Art. 94 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023, N. 3; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1166; Hurni/Hofmann, S. 215; ZPO annotée-Moret, Art. 94 N. 4; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 821.

2228 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1174.

2229 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1172 und S. 1174 f.

2230 Vgl.: BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Aufl., Art. 91 N. 8.

darüber nicht einigen oder die Angaben offensichtlich unrichtig sind. Dabei hat das Gericht gemäss Botschaft vom **Interesse der einzelnen Angehörigen der betroffenen Personengruppe** und der **Bedeutung des Falls**[2232] auszugehen.[2233]

12 6 Negatorische Verbandsklage, die bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig waren, profitieren nicht von Art. 94*a* nZPO. Da Art. 94*a* nZPO auch im Rechtsmittelverfahren gilt, ist diese Bestimmung auch in Rechtsmittelverfahren von bereits vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig gemachten Verbandsklagen anwendbar, falls der erstinstanzliche Entscheid ab dem 1. Januar 2025 eröffnet wurde (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.).

3. Tarife und Anspruch der Vertretung auf Parteientschädigung (Art. 96 nZPO)

12 7 Aus Gründen der Klarheit und Transparenz behält Art. 96 Abs. 1 nZPO die Gebührenregelung nach Art. 16 Abs. 1 SchKG der kantonalen Tarifhoheit ausdrücklich vor.[2234] Bereits im alten Recht galt Art. 16 SchKG als *lex specialis* zur ZPO, weshalb sich die Gerichtskosten nach Art. 48 und 61 GebV SchKG bestimmten.[2235] Damit ergeben sich – mangels inhaltlicher Änderungen – aus Art. 96 Abs. 1 nZPO **keine übergangsrechtlichen Probleme** (vgl. oben N. 10).

12 8 Art. 96 Abs. 2 nZPO sieht vor, dass die **Anwältin** einen **ausschliesslichen Anspruch auf die Honorare und Auslagen hat, die als Parteientschädigung gewährt werden**. Solche Regelungen (sog. *distraction des dépens*) existierten in der Romandie.[2236] Im **Kanton Waadt** existiert heute (immer noch) eine entsprechende Norm in Art. 47 Abs. 1 LPAv[2237] (*«L'avocat a un droit personnel exclusif aux honoraires et débours qui sont alloués par le*

2231 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2738 mit Verweis auf HGer ZH HG 170181 vom 12.7.2018 E. 4.1 (VW-Abgas-Skandal). Auch: ZPO annotée-Moret, Art. 94*a* N. 1 (zweifelt an einer gefestigten Gerichtspraxis aufgrund der geringen praktischen Bedeutung der Verbandsklage).

2232 Näher zu diesem Kriterium: ZPO annotée-Moret, Art. 94*a* N. 4.

2233 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2739.

2234 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2740.

2235 BGE 139 III 195 E. 4.2.2 f. S. 198. Auch: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1175; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 382.

2236 Siehe: Tappy, Cour des poursuites et faillites (CPF 11 septembre 2018/132), S. 10; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 385.

2237 Loi sur la profession d'avocat vom 9.6.2015, BLV 177.11.

jugement ou l'arrêt à titre de dépens, sous réserve de règlement de compte avec son client.»). Im bisherigen Recht ist diese Norm aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts nicht anwendbar (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV).[2238]

Aus übergangsrechtlicher Perspektive stellt sich die Frage ab, wann eine kantonale Regelung i.S.v. Art. 96 Abs. 2 nZPO zur Anwendung gelangt. Bei Erlass der ZPO galt, dass das Übergangsrecht für Bereiche im **kantonalen Zuständigkeitsbereich** in die **Gesetzgebungshoheit der Kantone** fällt.[2239] Falls keine Regelung besteht, ist eine analoge Anwendung von Art. 404 f. ZPO denkbar.[2240] Bezüglich Art. 96 Abs. 2 nZPO gilt allerdings das Übergangsrecht des Bundes, d.h. Art. 404 f. ZPO, weil dieser Bereich erst mit der Revision vom 17. März 2023 in die Zuständigkeit der Kantone fällt. Vorher bestand von Bundesrechts wegen keine Möglichkeit der *distraction de dépens*. Demnach gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten einer solchen Regelung rechtshängig sind, das bisherige Bundeszivilprozessrecht, weshalb Anwältinnen in diesen Verfahren keinen ausschliesslichen Anspruch auf die Honorare und Auslagen haben, die als Parteientschädigung gelten. Für das Rechtsmittelverfahren gilt die kantonale Regelung betreffend einer *distraction de dépens*, falls der erstinstanzliche Entscheid nach dem Inkrafttreten der kantonalen Regelung eröffnet wurde (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 29). Im **Kanton Waadt** kann Art. 47 Abs. 1 LPAv reaktiviert werden. Dies bedeutet, dass im Kanton Waadt ab dem 1. Januar 2025 eine kantonale Regelung i.S.v. Art. 96 Abs. 2 nZPO besteht. 12 9

4. Kostenvorschuss (Art. 98 nZPO)

Gemäss Art. 98 aZPO kann das Gericht vom Kläger einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Art. 98 Abs. 1 nZPO sieht vor, dass das Gericht höchstens die **Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten** verlangen darf. Dadurch soll die Möglichkeit einen Anspruch durchzusetzen erleichtert werden.[2241] Vom Grundsatz in Art. 98 Abs. 1 nZPO sieht Art. 98 Abs. 2 nZPO folgende Ausnahmen vor: *(i)* **internationale Handelsstreitigkeiten** i.S.v. Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO (oben N. 102 f.) und 13 0

2238 Ausführlich: TC VD CPF 11 septembre 2018/132 E. III.a.

2239 Vgl.: BGer 5A_531/2014 vom 8.12.2014 E. 2.1; BGer 5A_123/2013 vom 10.6.2013 E. 3.1.1; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 4; Tappy, droit transitoire, S. 14; BK ZPO-Walther, Art. 404 N. 2. Siehe auch oben N. 103.

2240 Siehe auch: Tappy, droit transitoire, S. 14.

2241 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2712 und S. 2740; ZPO annotée-Moret, Art. 98 N. 1.

direkte Klagen beim oberen Gericht i.S.v. Art. 8 ZPO, *(ii)* **Schlichtungsverfahren**, *(iii)* **Summarverfahren** mit Ausnahme der vorsorglichen Massnahmen und der familienrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 271, 276, 302 und 305 ZPO[2242] und *(iv)* **Rechtsmittelverfahren**. Bei sämtlichen Ausnahmen kann das Gericht – wie im bisherigen Recht[2243] – einen Vorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 Abs. 2 nZPO).

13 1 Bei **Verfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren** gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Recht (oben N. 20 ff.).[2244] Demnach wird derjenige Teil, der die Hälfte des Kostenvorschusses übersteigt, nicht zurückerstattet. Jent-Sørensen erwähnt, dass die Revision bereits *«Vorauswirkungen»* entfalten könnte, weil die Kostenvorschüsse bereits vorher tiefer anzusetzen wären. Zu Recht erwähnt sie auch, dass darauf kein Anspruch besteht.[2245]

13 2 Da für **Rechtsmittelverfahren** weiterhin ein Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden kann, ist bzgl. des Kostenvorschusses irrelevant, ob das Rechtsmittelverfahren dem bisherigen oder dem neuen Recht untersteht (Art. 98 Abs. 2 lit. d nZPO; vgl. oben N. 10).[2246]

5. Verteilungsgrundsätze bei mehreren Parteien (Art. 106 Abs. 3 nZPO)

13 3 Art. 106 Abs. 3 ZPO regelt die Verteilung der Prozesskosten bei **mehreren Haupt- und/oder Nebenparteien**. In Art. 106 Abs. 3 Satz 1 nZPO wird präzisiert, dass das Gericht den Anteil der Prozesskosten *«nach Massgabe ihrer Beteiligung»* zu bestimmen hat. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Präzisierung und keine inhaltliche Änderung.[2247] Deshalb stellen sich bezüglich Art. 106 Abs. 3 Satz 1 nZPO **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

13 4 Art. 106 Abs. 3 Satz 2 nZPO lässt die **solidarische Haftung** künftig nur noch bei **notwendiger Streitgenossenschaft** zu. Im bisherigen Recht konnte das

2242 Die vorsorglichen Massnahmen bei der Unterhalts- und Vaterschaftsklage nach Art. 303 ZPO unterstehen einer vollständigen Vorschusspflicht (ZPO annotée-Moret, Art. 98 N. 2).
2243 Art. 98 aZPO.
2244 Vgl.: Tappy, droit transitoire, S. 223.
2245 Dazu: OFK ZPO-Jent-Sørensen, Art. 98 N. 1a.
2246 Vgl: Tappy, droit transitoire, S. 224.

Gericht auch bei einfacher Streitgenossenschaft auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 aZPO). Damit wurde v.a. das hohe Prozesskostenrisiko bei (grösseren) Streitgenossenschaften bei Massenschadensfällen gesenkt.[2248] Für diejenigen Verfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren gilt Art. 106 Abs. 3 aZPO (Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Art. 106 ZPO gilt auch im Rechtsmittelverfahren.[2249] Falls der erstinstanzliche Entscheid ab dem 1. Januar 2025 eröffnet wurde, gilt demnach im Rechtsmittelverfahren das neue Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.). Falls die Rechtsmittelinstanz im Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlässt,[2250] hat m.E. die Vorinstanz bei der Verlegung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens ebenfalls Art. 106 Abs. 3 nZPO anzuwenden. Dies gilt auch, wenn die Vorinstanz wiederum bisheriges Recht für ihr eigenes Verfahren anzuwenden hat (vgl. oben N. 23). Dies liegt daran, dass es sich bei den Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens nicht um einen Aspekt des erstinstanzlichen Verfahrens handelt, weshalb darauf nicht das bisherige Recht anzuwenden ist.

6. Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 Abs. 1 und 2 nZPO)

Das alte Recht auferlegte dem **obsiegenden Kläger** das **Inkasso- und Insolvenzrisiko** für die Gerichtskosten, indem die von ihm geleisteten Vorschüsse mit den Gerichtskosten verrechnet wurden (Art. 111 Abs. 1 aZPO). Die unterliegende kostenpflichtige Beklagte hatte dem obsiegenden Kläger die geleisteten Vorschüsse zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 aZPO).[2251] Im neuen Recht ist eine Anrechnung des vom Kläger geleisteten Kostenvorschusses nur möglich, falls dieser (zumindest teilweise) unterliegt. Ansonsten muss der **Vorschuss zurückerstattet** werden und das Gericht muss die Gerichtskosten

135

2247 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2743; ZPO annotée-Moret, Art. 106 N. 3.

2248 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2743; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1176; Weber, ZPO-Revisionsvorlage, S. 384.

2249 Siehe Jenny David, Kommentierung zu Art. 106 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/ Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 6; Schmid Hans/Jent-Sørensen Ingrid, Kommentierung zu Art. 106 ZPO, in: Oberhammer Paul/ Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N. 1a.

2250 Vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO.

2251 Dazu: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2744; ZPO annotée-Moret, Art. 111 N. 1.

bei der unterliegenden Beklagten eintreiben (Art. 111 Abs. 1 nZPO).[2252] Damit liegt das **Inkasso- und Insolvenzrisiko** künftig beim **Kanton**.[2253]

13 6 Bei denjenigen **Verfahren, die am 1. Januar 2025 rechtshängig waren**, profitieren die Kantone noch vom bisherigen Recht, d.h. Art. 111 aZPO (Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).[2254] Art. 111 ZPO findet auch im **Rechtsmittelverfahren** Anwendung.[2255] Falls der erstinstanzliche Entscheid ab dem 1. Januar 2025 eröffnet wurde, gilt demnach im Rechtsmittelverfahren Art. 111 nZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.).[2256]

7. Gerichtskostenvorschuss und Sicherheit bei Rechtshilfehandlungen (Art. 11*b* nIPRG)

13 7 Art. 11*b* IPRG befasst sich mit dem Vorschuss für mutmassliche Gerichtskosten und die Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung bei **Rechtshilfehandlungen in Zivilsachen**, die in der Schweiz durchzuführen sind.[2257] Der Verweis in Art. 11*b* nIPRG erfolgt weiterhin auf die ZPO, wobei bloss die Abkürzung – anstelle der vollständigen Angabe mit Datum – verwendet wird. Es handelt sich demnach bloss um eine redaktionelle Anpassung.[2258] Mangels einer inhaltlichen Änderung stellen sich hier **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10). In der Praxis ist zu beachten, dass diverse staatsvertragliche Regelungen der ZPO vorgehen.[2259]

K. Verfahrenssprache (Art. 129 Abs. 2, 251*a* Abs. 2 und 356 Abs. 3 Satz 2 nZPO sowie Art. 42 Abs. 1bis nBGG)

1. Gewöhnliche Zivilverfahren (Art. 129 Abs. 2 lit. a nZPO)

13 8 Ab dem 1. Januar 2025 kann das kantonale Recht vorsehen, dass auf Antrag sämtlicher Parteien eine **andere Landessprache**[2260] benutzt wird (Art. 129

2252 OFK ZPO-Jent-Sørensen, Art. 111 N. 1a.

2253 ZPO annotée-Moret, Art. 111 N. 1.

2254 BSK ZPO-Hofmann/Baeckert, Art. 111 N. 1; Tappy, droit transitoire, S. 223.

2255 Reetz Peter, Vorbemerkungen zu den Art. 308–318 in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 19; Seiler Benedikt, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N. 597.

2256 Vgl.: Tappy, droit transitoire, S. 224.

2257 BSK IPRG-Droese, Art. 11*b* N. 1.

2258 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2780.

Abs. 2 lit. a nZPO). Dabei handelt es sich um Landessprachen, die nicht bereits als Amtssprache in der betreffenden Gerichtsregion bestimmt wurden.[2261] Auf die Amtssprache des zuständigen Kantons i.S.v. Art. 129 Abs. 1 ZPO kann **keine Partei vor Entstehung der Streitigkeit verzichten**. Eine Klageantwort in derselben Landessprache wie die Klage, die ihrerseits in einer von nach Art. 129 Abs. 1 ZPO abweichenden Amtssprache verfasst wurde, ist als konkludente Zustimmung des Beklagten zum Antrag des Klägers zu betrachten (*«Einlassung»*).[2262]

Betreffend die Zulassung weiterer Landessprachen als Verfahrenssprachen sind die **Kantone** im Rahmen von Art. 129 Abs. 2 nZPO autonom. Demnach dürfen die Kantone auch eine übergangsrechtliche Bestimmung schaffen. Unzulässig wären allerdings kantonale Regelungen, die auf bereits **am 1. Januar 2025 hängige Verfahren** anwendbar sind.[2263] Dies gilt deshalb, weil vorher gemäss Bundeszivilprozessrecht keine kantonale Kompetenz bestand (vgl. auch oben N. 129). Ansonsten gilt Art. 404 Abs. 1 ZPO, wonach bei Inkrafttreten der kantonalen Regelung bereits rechtshängige Verfahren nach bisherigem Recht fortzuführen sind (oben N. 21 ff.). Falls ein erstinstanzlicher Entscheid nach Inkrafttreten der kantonalen Regelung eröffnet wurde, können die Parteien im Rechtsmittelverfahren eine andere Landessprache beantragen (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.). 139

2. Internationale handelsrechtliche Streitigkeiten (Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO)

Bei internationalen handelsrechtlichen Streitigkeiten i.S.v. Art. 6 Abs. 4 lit. c nZPO[2264] vor dem Handelsgericht oder dem ordentlichen Gericht können die Parteien, sofern das kantonale Recht dies zulässt, **Englisch als Verfahrenssprache** vereinbaren (Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO). Auch ein vorgängiger Verzicht auf die Amtssprache ist – im Gegensatz zu Art. 129 Abs. 1 lit. a nZPO – zulässig.[2265] Deshalb können die Parteien bereits (in der Gerichtsstandsvereinbarung) Englisch als Verfahrenssprache ausbedingen.[2266] 140

2259 Für Bsp.: BSK IPRG-Droese, Art. 11*b* N. 2.

2261 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1178; Stoll, S. 25.

2262 Stoll, S. 26.

2263 Implizit auch: BSK ZPO-Gschwend, Art. 129 N. 4a; Hofmann/Lüscher, S. 429; Tappy, droit transitoire, S. 219 Fn. 22.

2264 Oben N. 102 f.

2265 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2746 f.; Stoll, S. 25; Schumann, S. 763.

Die Gerichtsstandsvereinbarung ist in diesem Fall als Antrag der Parteien zu qualifizieren.[2267] Ebenso kann der Beklagte in der Klageantwort durch die Verwendung der englischen Sprache dem Antrag des Klägers konkludent zustimmen (*«Einlassung»*).[2268]

14 1 In übergangsrechtlicher Hinsicht gilt das bereits in N. 139 zu Art. 129 Abs. 2 lit. a nZPO Gesagte. Demnach ist jeweils zu prüfen, ob eine kantonale Übergangsbestimmung besteht. Die Wahl für Englisch als Verfahrenssprache kann – vorbehältlich abweichenden kantonalen Rechts – bereits **vor dem Inkrafttreten der kantonalen Regelung** i.S.v. Art. 129 Abs. 2 lit. b nZPO getroffen werden. Dadurch kann der Grundsatz verwirklicht werden, wonach neues Verfahrensrecht i.d.R. sofort anwendbar ist (vgl. oben N. 4 und N. 11). Zudem wird dadurch die Parteiautonomie gestärkt. Schliesslich ist zu beachten, dass sich die Frage von Englisch als Verfahrenssprache im Rechtsmittelverfahren nicht stellt, weil das Handelsgericht oder das obere Gericht bei internationalen handelsrechtlichen Streitigkeiten kantonal letztinstanzlich entscheiden (Art. 6 Abs. 1 und 8 Abs. 2 ZPO).[2269]

3. Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 251*a* Abs. 2 und 356 Abs. 3 Satz 2 nZPO)

14 2 In den **gerichtlichen Summarverfahren** der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kann das kantonale Recht vorsehen, dass auf Antrag sämtlicher Parteien **Englisch als Verfahrenssprache** benutzt wird, wenn für die Schiedsvereinbarung oder -klausel oder als Verfahrenssprache im Schieds verfahren Englisch verwendet wird (Art. 251*a* Abs. 2 und Art. 356 Abs. 3 Satz 2 nZPO). Da **Beschwerden und Revisionsgesuche gegen Schiedsentscheide** vom Anwendungsbereich des Summarverfahrens ausgenommen sind, kann das kantonale Recht in diesen Verfahren m.E. Englisch nicht als Verfahrenssprache vorsehen (vgl. Art. 356 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1

2266 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2746 f.; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1178; Stoll, S. 25.

2267 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2747; Stoll, S. 26.

2268 Stoll, S. 26. Wohl a.M.: Schumann, S. 763. Schumann äussert sich nicht ausdrücklich, ob eine Einlassung möglich ist, falls der Beklagte seine Klageantwort auf Englisch verfasst.

2269 Hofmann/Lüscher führen aus, dass bei einem erstinstanzlichen Entscheid im Juli 2025 das Verfahren nicht in englischer Sprache weitergeführt werden kann, weil Art. 129 ZPO nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten ist (Hofmann/Lüscher, S. 429). Eine Weiterführung auf Englisch ist allerdings nicht möglich, weil bereits ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid vorliegt und das Bundesgericht das Verfahren nicht auf Englisch führt (vgl. Art. 54 Abs. 1 BGG). Möglich sind allerdings englischsprachige Rechtsschriften (Art. 42 Abs. 1bis BGG; unten N. 144 f.).

lit. a ZPO). Dies ergibt sich einerseits aus der systematischen Stellung von Art. 251*a* ZPO im 5. Titel der ZPO zum Summarverfahren. Zum anderen sind Beschwerden und Revisionsgesuche umfangreichere Verfahren, weshalb es für ein kantonales Gericht mehr Fachkenntnisse und Ressourcen benötigt, diese auf Englisch durchzuführen. Deshalb ist m.E. davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Kantonen diese Möglichkeit nicht gewähren wollte.

In übergangsrechtlicher Hinsicht gilt das bereits in N. 139 Gesagte. Selbstverständlich gelten Art. 251*a* Abs. 2 und Art. 356 Abs. 3 Satz 2 nZPO auch bei Summarverfahren deren dazugehörige **Schiedsvereinbarung oder -klausel bereits vor Inkrafttreten der kantonalen Bestimmung abgeschlossen** wurden. Da auf jeden Fall ein Antrag sämtlicher Parteien vorausgesetzt wird, eröffnet sich lediglich eine zusätzliche Option. Dadurch entstehen den Parteien des Schiedsverfahrens keine Nachteile. 14 3

4. Verfahren vor Bundesgericht (Art. 42 Abs. 1bis nBGG)

Falls die Vorinstanz in einer Zivilsache das Verfahren auf Englisch geführt hat, können die **Rechtsschriften** im Verfahren vor dem Bundesgericht auf Englisch abgefasst werden (Art. 42 Abs. 1bis BGG). Das Bundesgericht führt das Verfahren allerdings in einer Amtssprache (Art. 54 Abs. 1 BGG). Zu Recht wird vorgeschlagen, dass bei englischsprachigen Entscheiden eine Amtssprache der kantonalen Vorinstanz verwendet werden soll, weil das Bundesgericht sein Urteil der kantonalen Vorinstanz eröffnet.[2270] 14 4

In übergangsrechtlicher Hinsicht ist Art. 132 Abs. 1 BGG (analog) anwendbar (ausführlich oben N. 80). Falls der **kantonale Entscheid nach dem 1. Januar 2025 ergangen** ist, gilt Art. 42 Abs. 1bis nBGG als neues Recht. Die Parteien dürfen diesfalls ihre Rechtsschrift in Englisch einreichen. 14 5

L. Inhalt der Vorladung (Art. 133 lit. d nZPO)

Art. 133 lit. d nZPO wurde im Zusammenhang mit dem **Einsatz elektronischer Mittel** erlassen (ausführlich oben N. 38 ff.).[2271] Die Vorladung hat beim Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung die **geforderte Verfügbarkeit** anzugeben. Da sämtliche Bestimmungen zum 14 6

2270 Stoll, S. 28.

2271 Vgl.: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1181; OFK ZPO-Jenny/Abegg, Art. 133 N. 5a; ZPO annotée-Spühler, Art. 133 N. 1.

Einsatz elektronischer Mittel in Art. 407*f* nZPO enthalten sind, ist von einem Redaktionsversehen auszugehen. Art. 133 lit. d nZPO gilt demnach ebenfalls **bereits ab dem 1. Januar 2025** in sämtlichen Verfahren, wobei Vorladungen zu den entsprechenden Prozesshandlungen bereits vor dem 1. Januar 2025 erfolgen dürfen. Diesbezüglich wird auf die obigen Ausführungen in N. 18 und N. 38 ff. verwiesen.

M. Fristenlauf bei A-Post-Plus (Art. 142 Abs. 1bis nZPO)

14 Art. 142 Abs. 1bis nZPO betrifft *«andere Sendungen»* i.S.v. Art. 138 Abs. 4 ZPO,
7 d.h. **keine Vorladungen, Verfügungen und Entscheide**. Letztere werden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zugestellt (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Diese Sendungen werden mittels **A-Post-Plus** zugestellt. Dabei gibt es keine Empfangsbestätigung durch den Empfänger. Es besteht allerdings eine **Sendungsverfolgung bis zum Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach**.[2272] Nach bisherigem Recht beginnt eine Frist bei einer Zustellung mittels A-Post-Plus am Samstag, am Sonntag zu laufen (vgl. Art. 142 Abs. 1 ZPO). Bei einer Leerung des Briefkastens oder des Postfachts nach dem Wochenende ist dies nicht ohne weiteres erkennbar. Dafür müsste bspw. die Etikette «A+» eingescannt werden, wodurch das Zustelldatum mit der App der Post bestimmt werden kann.[2273] Deshalb sieht Art. 142 Abs. 1bis nZPO nun vor, dass die Zustellung erst am **nächsten Werktag** als erfolgt gilt, wenn die Zustellung einer *«anderen Sendung»* i.S.v. Art. 138 Abs. 4 ZPO an einem Samstag, einem Sonntag oder an einem am Gerichtsort vom Bundesrecht oder kantonalen Recht anerkannten Feiertag erfolgt. Bei einer Zustellung am Wochenende gilt die Zustellung als am Montag erfolgt und die Frist beginnt erst am Dienstag.[2274] In der Praxis handelt es sich bei den *«anderen Sendungen»* i.S.v. Art. 138 Abs. 4 ZPO i.d.R. nicht um fristauslösende Sendungen. Deshalb ist Art. 142 Abs. 1bis nZPO kaum praxisrelevant.[2275] Als Ausnahme nennt Jeandin eine Zustellung, die das Gericht als Information interpretiert, von einer Partei allerdings als Entscheid empfunden wird und mit Beschwerde angefochten wird (vgl. Art. 319 Abs. 2 lit. b ZPO).[2276]

2272 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1179.

2273 Dazu: Barth Tano, Anwaltsrevue, 3 (2019), S. 131–133, S. 133.

2274 Siehe: AB 2022 N 670 (Votum Lüscher) und N 672 (Votum Bregy); Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1179.

2275 Vgl.: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1179.

Art. 142 Abs. 1bis nZPO könnte problemlos wie diejenigen Normen in Art. 407*f* nZPO sofort, d.h. ab dem 1. Januar 2025, auf sämtliche Verfahren angewandt werden. Da es keine Hinweise auf ein Redaktionsversehen gibt, wonach die Einfügung in Art. 407*f* nZPO vergessen ging, ist davon auszugehen, dass das **allgemeine Übergangsrecht anwendbar** ist. Demnach ist bei bereits rechtshängigen Verfahren noch das bisherige Recht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz anwendbar (Art. 404 Abs. 1; oben N. 21 ff.).[2277] 14 8

N. Stillstand der Fristen (Art. 145 Abs. 4 nZPO und Art. 56 Abs. 2 nSchKG)

Art. 145 Abs. 4 nZPO und Art. 56 Abs. 2 nSchKG bezwecken die Koordination des Fristenstillstands zwischen der ZPO und dem SchKG zu vereinfachen. Art. 145 Abs. 4 nZPO sieht vor, dass der Fristenstillstand nach ZPO bei *«Klagen nach dem SchKG»* einschlägig ist. Ebenso verweist Art. 56 Abs. 2 nSchKG für Klagen nach dem SchKG auf den Fristenstillstand der ZPO. Die Bestimmungen der ZPO gelten auch für die **Klagefristen** der Klagen nach dem SchKG (bspw. die Aberkennungsklage [Art. 83 Abs. 2 SchKG]).[2278] **Gesuche im Summarverfahren** zählen nach herrschender Auffassung nicht zu den in Art. 145 Abs. 4 nZPO erwähnten *«Klagen nach dem SchKG»*.[2279] Im Summarverfahren gelten die Gerichtsferien nach ZPO nicht (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei einer **Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde** ist der Fristenstillstand der ZPO – wie im bisherigen Recht[2280] – nicht anwendbar (Art. 145 Abs. 4 Satz 2 nZPO). Die **(ausnahmsweise) Verlängerung oder Wiederstellung** von (Klage)Fristen nach SchKG richtet sich auch im neuen 14 9

2276 Jeandin, S. 114.

2277 Siehe auch: BSK ZPO-Benn, Art. 142 N. 27.

2278 AB 2022 N 670 (Votum Lüscher); Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823. Vgl. auch für die Widerspruchsklage OK SchKG-Mettler, Art. 106–109 N. 57.

2279 BSK ZPO-Benn, Art. 145 N. 10; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1180; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 823 f.; Zemp, Revision, S. 4. A.M.: Hurni/Hofmann, S. 209.

2280 BGE 141 III 170 E. 3 S. 171. Massgebend für die Fristwahrung sind demnach Art. 56 und 63 SchKG (BGer 5A_471/2013 vom 17.3.2014 E. 2.1).

Recht nach Art. 33 Abs. 2 und Abs. 4 SchKG.[2281] Art. 145 Abs. 4 nZPO regelt nur den Anwendungsbereich des Fristenstillstands.[2282]

150 Bisher stellte das Bundesgericht auf die Betreibungsferien ab, wenn die Frist von einer **Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 SchKG**[2283] ausgelöst wurde.[2284] Gemäss bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts beginnt bspw. die Frist der Aberkennungsklage i.S.v. Art. 83 Abs. 2 SchKG von einer Betreibungshandlung an zu laufen, weshalb die Bestimmungen über die Betreibungsferien anwendbar sind.[2285] Demnach wird die Frist für die Aberkennungsklage gemäss Art. 63 Satz 2 SchKG verlängert.[2286] Falls das Fristende in den Betreibungsferien eintritt wird die Frist bis zum dritten Tag nach deren Ende verlängert, wobei Samstag, Sonntag und staatlich anerkannte Feiertage nicht mitgezählt werden (sog. **Ablaufhemmung**).[2287] Dies gilt gemäss der Botschaft zum Erlass der eidgenössischen ZPO auch für Widerspruchs-[2288], Anschluss-[2289] und Arrestprosequierungsklagen[2290].[2291]

151 Bei denjenigen **Verfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig sind**, beurteilt sich der Fristenstillstand nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).[2292] Falls der **Entscheid nach dem 1. Januar 2025 eröffnet** wurde, gilt für das Rechtsmittelverfahren einschliesslich der Rechtsmittelfrist das neue Recht, d.h. Art. 145 Abs. 4 nZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.).

2281 Ausführlich zum Anwendungsbereich von Art. 33 SchKG: Nordmann Francis/Oneyser Stéphanie, Kommentierung zu Art. 33 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 33 N. 2a.

2282 OK OR-Mettler, Art. 106–109 N. 59.

2283 Eine Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 SchKG bringt den Betreibenden seinem Ziel einen Schritt näher und greift in die Rechtsstellung des Betriebenen ein (z.B. die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner) (BGer 5A_471/2013 vom 17.3.2014 E. 2.2).

2284 BGE 149 III 179 E. 4.1 S. 183; BGE 143 III 149 E. 2.4.1.2 S. 153.

2285 Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung bzw. der Rechtsöffnungsentscheid bildet eine Betreibungshandlung (BGE 143 III 38 E. 3.2 S. 41; BGE 138 III 483 E. 3.1.1 S. 485).

2286 BGE 143 III 38 E. 3.2 S. 42. Auch: Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 466.

2287 Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 461.

2288 Art. 106–109 SchKG.

2289 Art. 111 SchKG.

2290 Art. 279 SchKG.

2291 Botschaft ZPO 2006, S. 7310. Die Botschaft erwähnt auch die Aberkennungsklage i.S.v. Art. 83 Abs. 2 SchKG.

2292 Vgl. auch: BSK ZPO-Benn, Art. 145 N. 10.

Fraglich ist, welche Fristenregelung bei den **im SchKG vorgesehenen Klagefristen für Klagen nach SchKG** gilt. Die Änderung wirkt sich bspw. auf die Aberkennungsklage i.S.v. Art. 83 Abs. 2 SchKG aus (oben N. 149 f.). Es stellt sich die Frage, was geschieht, falls der Rechtsöffnungsentscheid vor dem 1. Januar 2025 zugestellt wird. Dem Gesetz lässt sich dazu keine eindeutige Antwort entnehmen. Dazu folgende Beispiele zum Fristenlauf der Aberkennungsklage: 15 2

Der Rechtsöffnungsentscheid wird dem Schuldner am **17. Dezember 2024 zugestellt** (d.h. vor den Betreibungs- und den Gerichtsferien). Denkbar sind folgende Varianten: 15 3

- **Anwendung des bisherigen Rechts**: Die Betreibungsferien i.S.v. Art. 63 SchKG hemmen den Fristenlauf nicht. Das Fristende fällt auf den **6. Januar 2025** und damit nicht in die Betreibungsferien, die am 1. Januar 2025[2293] ablaufen. Deshalb findet keine Ablaufhemmung i.S.v. Art. 63 Satz 2 SchKG statt (oben N. 150).
- **Anwendung des neuen Rechts**: Bei Anwendung des neuen Rechts ruht der Lauf der Frist vom 18. Dezember 2024 bis zum 2. Januar 2025 (Art. 145 Abs. 1 lit. c und 146 Abs. 1 ZPO). Die zwanzigtätige Frist beginnt demnach am 3. Januar 2025 und endet am **22. Januar 2025** (Art. 146 Abs. 1 ZPO).
- **Anwendung des bisherigen und des neuen Rechts (gemischte Variante)**: Bis am 31. Dezember 2024 war der Fristenlauf wegen Art. 63 SchKG nicht gehemmt und es verstrichen 14 Tage der Frist). Am 1. und 2. Januar 2025 ruht der Lauf der Frist. Die Frist läuft am **8. Januar 2025** ab (restliche 6 Tage).

Betreffend Fristenrecht bestehen **keine ausdrücklichen übergangsrechtlichen Regelungen**. Die gemischte Variante scheidet *a priori* aus, weil intertemporales Recht grundsätzlich entweder zur Anwendung des bisherigen oder des neuen Rechts führt (*«Entweder-oder-Recht»*; oben N. 1). Die bestehende Lücke kann mittels Beizug von **Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG** gelöst werden. Dabei handelt es sich um die Übergangsbestimmung der Teilrevision des SchKG vom 16. Dezember 1994, die am 1. Januar 1997 in Kraft trat. Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG sieht vor, dass für die Länge von Fristen, die 15 4

2293 Der 2.1 (Berchtoldstag) gilt in vielen Kantonen als staatlich anerkannter Feiertag, wobei es sich um eine geschlossene Zeit i.S.v. Art. 56 (Abs. 1) lit. a SchKG handelt (vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, N. 459; Wuffli, N. 6). Vorliegend spielt dies keine Rolle.

vor dem 1. Januar 1997 zu laufen begonnen haben, das bisherige Recht gilt. Damit gilt im Umkehrschluss, dass die übrigen Aspekte, wozu die Einhaltung und Berechnung der Frist zählt, vom neuen Recht bestimmt werden.[2294] Die **Einhaltung der Klagefrist für die Aberkennungsklage** bestimmt sich somit nach dem **neuen Recht**, was für den Schuldner am günstigsten ist. Damit wird auch der Grundsatz verwirklicht, wonach neues Verfahrensrecht grundsätzlich sofort anzuwenden ist (oben N. 11).[2295] **Vorsichtshalber** ist dennoch zu empfehlen das **bisherige Recht** anzuwenden.

15 Der Rechtsöffnungsentscheid wird dem Schuldner am **18. Dezember 2024**
5 **zugestellt** (d.h. während den Betreibungs- und Gerichtsferien). Denkbar sind folgende Varianten:

- **Anwendung des bisherigen Rechts**: Die Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids, die eine Betreibungshandlung darstellt, erfolgte während der Betreibungsferien. Gemäss Bundesgericht ist die Betreibungshandlung während der Betreibungsferien weder nichtig noch anfechtbar, sondern entfaltet am ersten Tag nach Ablauf der Betreibungsferien ihre Rechtswirkungen.[2296] Somit gilt der Entscheid als am 2. Januar 2025 zugestellt. Die Klagefrist für die Aberkennungsklage beginnt demnach am 3. Januar 2025 zu laufen (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO).[2297] Die Frist läuft demnach am **22. Januar 2025** ab.
- **Anwendung des neuen Rechts**: Die Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids erfolgt während der Gerichtsferien (vgl. Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO). Bei der Zustellung während der Gerichtsferien beginnt der Fristenlauf am ersten Tag nach dem Ende des Stillstands (Art. 146 Abs. 1 ZPO). Der Fristenlauf beginnt somit am 3. Januar 2025, wobei dieser Tag als erster Tag der Frist gilt. Die Frist läuft demnach am **22. Januar 2025** ab.
- **Anwendung des bisherigen und des neuen Rechts (gemischte Variante)**: Während der Betreibungsferien im Dezember 2024 entfaltet

2294 Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. März 1991, BBl 1991 III 1, S. 197; Lorandi/Schwander, S. 1466; BSK SchKG-Staehelin, Art. 2 SchlB SchKG N. 4.

2295 Habscheid führt aus, dass aufgrund des Vertrauensprinzip laufende Friste sich nach dem bisherigen Recht richten (Habscheid, N. 42). Für die Aberkennungsklägerin ist das Vertrauensprinzip nicht einschlägig, weil das neue Recht eine längere Frist vorsieht.

der Entscheid keine Rechtswirkungen. Am 1. Januar 2025 handelt es sich um eine Zustellung während der Gerichtsferien, weshalb der Lauf der Frist bis am 2. Januar 2025 ruht (vgl. Art. 145 Abs. 1 lit. c und 146 Abs. 1 ZPO). Der Fristenlauf beginnt somit am 3. Januar 2025, wobei dieser Tag als erster Tag der Frist gilt. Die Frist läuft demnach am **22. Januar 2025** ab.

Das vorliegende Beispiel führt bei allen Varianten zum **selben Resultat**, weshalb sich **kein übergangsrechtliches Problem** stellt. Ansonsten würde auch das zum vorderen Beispiel Gesagte gelten (oben N. 154). 15 6

O. Schlichtungsverfahren

Einige Normen zum Schlichtungsverfahren sind nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten und werden in diesem Abschnitt kommentiert. Zu den Normen, die in Art. 407*f* nZPO enthalten sind, oben N. 66 ff. 15 7

1. Persönliches Erscheinen im Schlichtungsverfahren (Art. 204 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und Abs. 3 lit. a und lit. d nZPO)

Art. 204 ZPO regelt das persönliche Erscheinen im Schlichtungsverfahren. Die Verletzung der Erscheinungspflicht führt zur **Säumnis** nach Art. 206 ZPO (vgl. oben N. 76 f.).[2298] Neu ist in der ZPO explizit geregelt, wie bei einer juristischen Person als Partei die Pflicht zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung wahrgenommen wird (Art. 204 Abs. 1 nZPO). Der neue Art. 204 Abs. 1 nZPO widerspiegelt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein **Organ** oder eine **Person, die mit einer kaufmännischen Handlungsvollmacht**[2299] ausgestattet, **zur Prozessführung sowie zum Abschluss eines Vergleichs befugt und mit dem Streitgegenstand vertraut ist**, erscheinen muss.[2300] Da die Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert wurde, ist es irrelevant, dass 15 8

2296 BGE 127 III 173 E. 3b S. 176; BGE 121 III 284 E. 2b S. 285. Differenzierend je nachdem, ob der Rechtsöffnungsentscheid schriftlich eröffnet wurde oder ob eine mündliche Verhandlung stattfand: BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N. 61.

2297 Vgl.: BSK SchKG-Staehelin, Art. 83 N. 26.

2298 Zur Ordnungsbusse nach Art. 206 Abs. 4 nZPO oben N. 76 f.

2299 Art. 462 OR.

2300 OFK ZPO-Möhler, Art. 204 N. 3 mit Verweis auf BGE 141 III 159 E. 1 und E. 3 sowie BGE 140 III 70 E. 4.3.

Art. 204 Abs. 1 nZPO erst bei Verfahren gilt, die ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig werden (vgl. oben N. 10).

159 Art. 204 Abs. 2 nZPO spricht von den *«Parteien»* und nicht wie in Art. 204 Abs. 2 aZPO von *«sie»*. Diese sprachliche Anpassung führt zu keiner inhaltlichen Änderung und ist somit übergangsrechtlich unbedeutend (oben N. 10).

160 Bei der ersten Ausnahme des persönlichen Erscheinens von der Schlichtungsverhandlung fügte der Gesetzgeber in Art. 204 Abs. 3 lit. a nZPO neu den *«Sitz»* **der juristischen Person** hinzu. Hierbei ändert sich inhaltlich nichts, weil bereits vorher die Ausnahme auch bei juristischen Personen mit ausländischem oder ausserkantonalem Sitz zur Anwendung gelangte (oben N. 10).[2301]

161 Mit der Revision wurde eine **vierte Ausnahme von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen** eingeführt, wonach eine von mehreren klagenden oder beklagten Parteien ist, sofern eine Partei anwesend und befugt ist, die **anderen klagenden oder beklagten Parteien zu vertreten und einen Vergleich in deren Namen abzuschliessen** (Art. 204 Abs. 3 lit. d nZPO). Diese Regelung bezweckt, dass bei Nachbarschafts- und Eigentumsstreitigkeiten nicht sämtliche Nachbarn bzw. Miteigentümer an der Schlichtungsverhandlung persönlich erscheinen müssen.[2302] Da Art. 204 Abs. 3 lit. d nZPO nicht im Katalog von Art. 407*f* nZPO enthalten ist, gilt diese Ausnahme erst für Schlichtungsverfahren, die ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden. Falls möglich empfiehlt es sich mit der Aufgabe des Schlichtungsgesuch in solchen Fällen zuzuwarten. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass Art. 204 Abs. 3 lit. d nZPO versehentlich nicht in den Katalog von Art. 407*f* nZPO integriert wurde. Deshalb kann kein gesetzgeberisches Versehen angenommen werden, weshalb die Bestimmung nicht auf am 1. Januar 2025 bereits rechtshängige Verfahren anwendbar ist.

2. Klagefrist nach Erteilung der Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 4 nZPO)

162 Art. 209 Abs. 4 Satz 2 aZPO enthielt einen Vorbehalt zu Gunsten weiterer gesetzlicher und gerichtlicher Klagefristen. Der Bundesrat schlug vor den

2301 Vgl.: OGer ZH RU150072 vom 2.2.2016 E. 3.3.2.
2302 AB 2022 N 671 und N 673 (Voten Lüscher und Bregy); OFK ZPO-Möhler, Art. 204 N. 12.

Vorbehalt betreffend **gerichtlicher Klagefristen** ersatzlos zu streichen. In denjenigen Fällen in denen das Gericht eine Klagefrist ansetzt, entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. h ZPO).[2303] Deshalb war der Vorbehalt in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 aZPO betreffend gerichtlicher Klagefristen bedeutungslos.[2304] Der Bundesrat schlug deshalb vor die gerichtlichen Klagefristen in Art. 209 Abs. 4 aZPO zu streichen.[2305] Das Parlament ging noch einen Schritt weiter, indem es auch den Vorbehalt betreffend **gesetzlicher Klagefristen** abschaffte.[2306] Dies führt dazu, dass auch die kürzere zehntägige Frist der Arrestprosequierungsklage in Art. 279 SchKG der dreimonatigen Klagefrist i.S.v. Art. 209 Abs. 3 ZPO nicht vorgeht.[2307]

Art. 209 Abs. 4 nZPO gilt erst für **Verfahren, die ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig werden**, weil die Norm im Katalog von Art. 407*f* nZPO fehlt. Dies bedeutet, dass die Klagefrist im Anschluss an die Klagebewilligung bei einem Arrest sich bei **bereits rechtshängigen Verfahren** weiterhin nach Art. 279 SchKG richtet (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Falls das Schlichtungsverfahren – entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – als eigene Instanz betrachtet wird, ist das neue Recht anwendbar (vgl. oben N. 22). 16 3

[2308] Dies gilt deshalb, weil das Bundesgericht erwog, dass das Schlichtungsverfahren nach der Klagebewilligung abgeschlossen ist. Folglich gelten für die Klagefrist auch die Gerichtsferien, weil Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO nicht anwendbar ist.[2309] Vorsichtshalber ist die Klage in Verfahren, in denen das Schlichtungsgesuch vor dem 1. Januar 2025 eingereicht wurde, innert der zehn tägigen Frist von Art. 279 SchKG einzureichen.

3. Festlegung der Gerichtskosten und Parteientschädigung bei einem Entscheid der Schlichtungsbehörde (Art. 212 Abs. 3 nZPO)

Bei einem Entscheid der Schlichtungsbehörde in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit bis zu einem Streitwert von CHF 2'000 legt die 16 4

2303 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2757.
2304 BGE 140 III 561 E. 2.2.1 S. 563.
2305 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2757 f.
2306 AB 2022 N 670 und 673 (Voten Lüscher und Bregy).
2307 AB 2022 N 670 (Votum Lüscher); Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1195; Staehelin/von Mutzenbecher, S. 826.
2308 Vgl. ferner: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 28.
2309 Ausführlich: BGE 138 III 615 E. 2 S. 616 ff.

Schlichtungsbehörde gemäss Art. 212 Abs. 3 nZPO die **Gerichtskosten** und die **Parteientschädigung** fest. Der Nationalrat bezweckte mit der Einführung von Art. 212 Abs. 3 nZPO zu verhindern, dass ein Prozess angestrengt wird um eine Parteientschädigung zu erhalten.[2310] Die Mehrheit in der Lehre vertrat bereits die Ansicht, dass die Schlichtungsbehörde bei einem Entscheid Gerichtskosten und Parteientschädigung (unter Anwendung von Art. 114 ZPO) festzusetzen hat.[2311] Eine Minderheit wendet Art. 113 ZPO auch im Entscheidverfahren nach Art. 212 ZPO an, weshalb die Schlichtungsbehörde keine Parteientschädigung festsetzen darf.[2312] Durch Art. 212 Abs. 3 nZPO konnte diese Frage zu Gunsten der Parteientschädigung geklärt werden.[2313]

16 Wie die restlichen Änderungen des Kostenrechts ist auch diese Norm nicht in
5 Art. 407*f* nZPO enthalten (vgl. oben N. 127 ff.). Falls der Mehrheit der Lehre gefolgt wird, ist Art. 212 Abs. 3 nZPO bloss eine Kodifikation der bisherigen Rechtsansicht. Diesfalls stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10). Falls der Auffassung der Minderheit gefolgt wird, darf die Schlichtungsbehörde nach altem Recht keine Parteientschädigung festsetzen. Da Art. 212 Abs. 3 nZPO nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten ist, gilt diese Norm erst für Schlichtungsverfahren, die ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig werden (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO *e contrario*; oben N. 21 ff.).[2314] Da auch die übrigen Bestimmungen des Kostenrechts nicht in Art. 407*f* nZPO integriert wurden, ist nicht von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen (vgl. oben N. 121).

P. Widerklage (Art. 224 Abs. 1bis nZPO)

16 Art. 224 Abs. 1bis lit. a nZPO erlaubt ausdrücklich die **Widerklage**, **die**
6 *lediglich aufgrund des Streitwerts* **im vereinfachten Verfahren zu**

2310 AB 2022 N 671 (Votum Lüscher).

2311 KuKo ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 212 N. 5; Honegger Jörg, Kommentierung zu Art. 212 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 212 N. 5; Rüegg Viktor/Rüegg Michael, Kommentierung zu Art. 113 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 3a; Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 20 N. 42. Ebenso: OGer BE ZK 13 186 vom 25.6.2013, E. 4.

2312 CR CPC-Tappy, Art. 113 N. 6.

2313 Vgl. auch: AB 2022 N 671 (Votum Lüscher).

beurteilen wäre, auf eine Hauptklage, die im ordentlichen Verfahren beurteilt wird (sog. **verfahrensübergreifende Widerklage**[2315]). Die Beurteilung der Widerklage findet im ordentlichen Verfahren statt (Art. 224 Abs. 1bis lit. a nZPO). Das Bundesgericht liess diese Frage bisher offen.[2316] Die Mehrheit der Lehre hielt solche Widerklagen bereits bisher für zulässig,[2317] weshalb sich bei dieser Ansicht **keine übergangsrechtlichen Fragen** stellen. Eine Minderheit untersagte eine solche Widerklage.[2318] Falls die Ansicht der Minderheit vertreten wird, stellt sich die übergangsrechtliche Frage, ob auf eine vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig gewordene Hauptklage nach dem 1. Januar 2025 eine Widerklage erhoben werden kann, die aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wären. Dies ist zu verneinen, weil für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts auf die Rechtshängigkeit der ersten Klage, die das Verfahren in Gang setzte, angeknüpft wird (siehe oben N. 26). Aus diesem Grund ist das bisherige Recht anwendbar, dass gemäss der Minderheit eine entsprechende Widerklage untersagt (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Falls die Widerklage selbstständig erhoben wird, scheidet eine spätere Vereinigung der Verfahren nach Art. 125 lit. c ZPO aus. Die Verfahrensvereinigung ist nur zulässig, falls beide Klagen in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen wären.[2319]

Art. 224 Abs. 1bis lit. b nZPO kodifiziert grundsätzlich die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Erhebung einer **negativen Feststellungwiderklage gegen eine Teilklage**, die *lediglich aufgrund des* 16 17

2314 Vgl. BSK ZPO-Hofmann/Baeckert, Art. 113 N. 5. Diese Autoren vertreten zudem zu Recht die Auffassung, dass der gesetzgeberische Wille bei der Auslegung von Art. 113 ZPO zu berücksichtigen ist und somit auch bei Anwendung des bisherigen Rechts eine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

2315 Siehe: Mahrer Daniel, Pars pro toto - Die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur echten Teilklage und negativen Feststellungswiderklage, Zürich 2023, N 139.

2316 BGE 143 III 506 E. 3.2.4 S. 513.

2317 Gasser/Rickli, Art. 224 N. 3; BK ZPO-Killias, Art. 224 N. 25; Richers Roman/Naegeli Georg, Kommentierung zu Art. 224 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N. 3; ZK ZPO-Staehelin, Art. 224 N. 14.

2318 Pahud Eric, Kommentierung zu Art. 224 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE-Kommentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, N. 15; Willisegger Daniel, Kommentierung zu Art. 224 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 43.

2319 BK ZPO-Frei, Art. 125 N. 18; BSK ZPO-Gschwend, Art. 125 N. 15.

Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu beurteilen ist, zulässig ist.[2320] Unklar ist, ob dies – entgegen dem Bundesgericht – auch für die unechte Teilklage gilt.[2321] Die Beurteilung der Teilklage und negativen Feststellungswiderklage findet in diesem Fall im ordentlichen Verfahren statt (Art. 224 Abs. 1bis lit. b nZPO).[2322] Da m.E. lediglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die echte und unechte Teilklage kodifiziert wurde, stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (oben N. 10). Falls die **unechte Teilklage** nicht von Art. 224 Abs. 1bis lit. b ZPO erfasst wird (*quod non*), kann diese ab dem 1. Januar 2025 in bereits rechtshängigen Verfahren noch erhoben werden. Dies gilt deshalb, weil für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts auf die Rechtshängigkeit der Klage, die das Verfahren in Gang setzte, angeknüpft wird (siehe oben N. 26). Damit bleibt im hängigen Verfahren das bisherige Recht bzw. die dazu ergangene Rechtsprechung anwendbar (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).

16 Zum **Streitwert der Widerklage** nach Art. 94 Abs. 3 nZPO oben N. 122 ff.
8

Q. Neue Tatsachen und Beweismittel (Art. 229 Abs. 1 bis Abs. 2bis nZPO)

16 Das Parlament überarbeitete Art. 229 aZPO grundlegend. Einzig Art. 229 Abs.
9 3 ZPO blieb unberührt.[2323] Die **Legaldefinition der echten und unechten Noven**, die von Art. 229 Abs. 1 aZPO in Art. 229 Abs. 2 nZPO verschoben wurde, verändert sich nicht.[2324] Die Parteien können im neuen Recht neue Tatsachen und Beweismittel *«im ersten Parteivortrag nach Art. 228 Absatz 1 unbeschränkt»* vorbringen, falls kein zweiter Schriftenwechsel oder eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat (Art. 229 Abs. 1 nZPO).[2325] Damit korrigierte der Gesetzgeber die (strenge) Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach *«zu Beginn der Hauptverhandlung»* nach Art. 229 Abs. 2 aZPO einen separaten Tatsachenvortrag vor den ersten Parteivorträgen voraussetzt.[2326]

2320 Für die echte Teilklage: BGE 143 III 506 E. 4 S. 513 ff. Für die unechte Teilklage: BGE 147 III 172 E. 2.3 S. 176; BGE 145 III 299 E. 2 S. 300 ff. Siehe zur negativen Feststellungswiderklage bei einer echten Teilklage auch: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1170.

2321 Ausführlich: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1170 f.

2322 Dazu Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2760; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1170.

2323 Güngerich, S. 195; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1197; Markus/Brönnimann, S. 125.

2324 Markus/Brönnimann, S. 122.

Falls sich die Parteien in einem **zweiten Schriftenwechsel** oder in einer **Instruktionsverhandlung** unbeschränkt äussern konnten,[2327] tritt die Novenschranke[2328] ein.[2329] Damit gilt weiterhin, dass die Parteien **zweimal** Gelegenheit haben, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen.[2330]

Nach dem Eintritt der Novenschranke sah das bisherige Recht vor, dass die Noven *«ohne Verzug»* vorgebracht werden müssen (Art. 229 Abs. 1 aZPO). Art. 229 nZPO ersetzt diesen strengen und mit Unsicherheiten verbundenen Ansatz mit einer differenzierten Regelung in Art. 229 Abs. 2 und Abs. 2bis nZPO.[2331] Für die **Phase vor dem ersten Parteivortrag** sieht Art. 229 Abs. 2 nZPO vor, dass Noven innerhalb einer vom Gericht festgelegten Frist[2332] oder, bei Fehlen einer solchen Frist, *«spätestens bis zum ersten Parteivortrag»* in der Hauptverhandlung nach Art. 228 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden müssen. Umstritten ist im neuen Recht, ob es sich dabei um einen isolierten Novenvortrag handelt, der den ersten Parteivorträgen vorgelagert ist.[2333] In der darauffolgenden Phase **nach den ersten Parteivorträgen** werden Noven nur berücksichtigt, wenn sie in der vom Gericht festgelegten Frist, oder bei Fehlen einer solchen Frist, spätestens in der nächsten Verhandlung, vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2bis nZPO). 17 0

Art. 229 nZPO ist nicht in Art. 407*f* nZPO enthalten. Demnach müssen in **Verfahren, die vor dem 1. Januar 2025 rechtshängig wurden** die 17 1

2325 Die Novenschranke fällt damit nach den ersten mündlichen Äusserungsmöglichkeiten. Eine unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit in der Replik und Duplik nach Art. 228 Abs. 2 ZPO ist damit ausgeschlossen (Güngerich, S. 196; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1195 f.; Markus/Brönnimann, S. 121). Markus/Brönnimann sprechen in diesem Fall vom *«kleinen Vorbereitungsverfahren»* (Markus/Brönnimann, S. 121).

2326 Vgl.: AB 2022 N 671; OFK-Engler, Art. 229 N. 3a und N. 13b; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1195; Markus/Brönnimann, S. 121. Zu Art. 229 Abs. 2 aZPO: BGE 147 III 475 E. 2.3 S. 477 ff.; BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 69; BGer 4A_50/2021 vom 6.9.2021 E. 2.3.2.

2327 Markus/Brönnimann sprechen hierbei vom *«grossen Vorbereitungsverfahren»* (Markus/Brönnimann, S. 121 f.).

2328 Auch Aktenschluss (Markus/Brönnimann, S. 120).

2329 Dazu: Markus/Brönnimann, S. 122 (*«Zweimal-Regel»*).

2330 OFK ZPO-Engler, Art. 229 N. 13a; Markus/Brönnimann, S. 122. Siehe auch: AB 2023 N 529 (Votum Lüscher). Zum bisherigen Recht: BGE 140 III 312 E. 6.3.2 S. 313 ff.

2331 Vgl.: Güngerich, S. 196; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1196; Markus/Brönnimann, S. 122 und S. 125.

2332 Ausführlich: Markus/Brönnimann, S. 123 ff.

(strengeren) Regeln von Art. 229 aZPO beachtet werden (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).[2334] Diese übergangsrechtliche Regelung ist sinnvoll. Einerseits müssen die Parteien bei Einleitung des Verfahrens aus prozesstaktischen Gründen über das Novenrecht im Klaren sein. Anderseits ist es auch für die Prozessleitung des Gerichts massgebend, dass das anwendbare Novenrecht feststeht. Eine Aufspaltung in eine Phase in der Art. 229 aZPO gilt und eine Phase in der Art. 229 nZPO ist unpraktikabel und würde zu Schwierigkeiten führen (bspw. Entdeckung des Novums anfangs Dezember 2024 und Fristansetzung durch das Gericht i.S.v. Art. 229 Abs. 2bis nZPO). Demnach müssen Noven in diesen Verfahren weiterhin *«ohne Verzug»* vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 aZPO; oben N. 170). Zudem gilt in diesen Verfahren auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum alten Recht, wonach die Tatsachen und Beweismittel in einem separaten Tatsachenvortrag vor den ersten Parteivorträgen vorzubringen sind (oben N. 169).

R. Inhalt des Entscheids (Art. 238 lit. g nZPO)

17 2 Art. 238 lit. g nZPO sieht vor, dass das Gericht im Entscheid gegebenenfalls die wesentlichen Entscheidgründe tatsächlicher und rechtlicher Art anzugeben hat. Demgegenüber sprach Art. 238 lit. g aZPO lediglich von den Entscheidgründen. Die Neuformulierung bringt inhaltlich keine Änderung mit sich,[2335] weshalb sich auch **keine übergangsrechtlichen Fragen** stellen (vgl. oben N. 10).

S. Säumnis im vereinfachten Verfahren

17 3 Die Folgen der **Säumnis an der Hauptverhandlung** des vereinfachten Verfahrens wurden mit der Revision vom 17. März 2023 ausdrücklich geregelt (vgl. Art. 245 nZPO). Weiterhin nicht im Gesetz geregelt sind die Folgen, falls die **schriftliche Stellungnahme** i.S.v. Art. 245 Abs. 2 Satz 1 ZPO ausbleibt.[2336] Im neuen Recht sind folgende Konstellationen betreffend die Säumnis an der Hauptverhandlung zu unterscheiden.

2333 Dafür: Markus/Brönnimann, S. 125. Dagegen: Güngerich, S. 197; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1196 f.

2334 Vgl.: Tappy, droit transitoire, S. 229 Fn. 41 und S. 230; Walther, S. 675.

2335 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1197.

1. Säumnis an der Verhandlung bei einer Klage ohne schriftliche Begründung (Art. 245 Abs. 1 Satz 2 und 3 nZPO)

Falls die Klage im vereinfachten Verfahren **keine Begründung**[2337] enthält, so stellt das Gericht die Klage der Beklagten zu und lädt die Parteien zugleich zur Verhandlung vor (Art. 245 Abs. 1 Satz 1 ZPO). **Bisher** sah das **Bundesgericht** vor, dass bei Säumnis der Beklagten **Art. 234 Abs. 1 ZPO analog** anzuwenden sei.[2338] Demnach berücksichtigt das Gericht die Klage und das Vorbringen des Klägers und erhebt gegebenenfalls von Amtes wegen i.S.v. Art. 153 und 247 Abs. 2 ZPO Beweise (vgl. Art. 234 Abs. 1 ZPO).[2339] Offen liess das Bundesgericht in diesem Entscheid wie bei Säumnis des Klägers zu verfahren ist.[2340] 17 4

Das **neue Recht** ist weniger streng, weil das Gericht bei Säumnis einer Partei an der Verhandlung unverzüglich noch ein **einziges Mal zur Verhandlung vorlädt** und die Parteien auf die Folgen einer allfälligen weiteren Säumnis hinweist (Art. 245 Abs. 1 Satz 2 nZPO). Die neue Bestimmung erfasst demnach sowohl Kläger als auch Beklagte. Die zweite Verhandlung hat innert dreissig Tagen seit der ersten Verhandlung stattzufinden (Art. 245 Abs. 1 Satz 3 nZPO). Falls eine Partei dem zweiten Termin fernbleibt, ist nach Art. 234 Abs. 1 ZPO zu verfahren.[2341] Bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren wie bis anhin als gegenstandslos abgeschrieben (Art. 219 i.V.m. Art. 234 Abs. 2 ZPO).[2342] Art. 245 Abs. 2 Satz 2 nZPO verweist nun ausdrücklich auf die sinngemässe Anwendung Art. 234 ZPO. 17 5

Falls das **vereinfachte Verfahren am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig** war, gilt grundsätzlich das bisherige Recht (Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 17 6

2336 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200. Ausführlich dazu: Engler Thomas, Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozess, ZZZ 39 (2016), S. 220–228, S. 226 f.; Heinzmann Michel, La procédure simplifiée, Une émanation du procès civil social, Habil. Fribourg 2017, Zürich 2018, N. 319 ff.; Lötscher/Pfäffli/Ruprecht, S. 26 ff.; Scheiwiller Sarah, Säumnisfolgen der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2015, Zürich 2016, N. 442 ff.

2337 Eine vereinfachte Klage enthält eine Begründung i.S.v. Art. 245 ZPO, wenn substantiierte Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden (BSK ZPO-Mazan, Art. 245 N. 11). Die Begründung muss den Anforderungen an eine Klagebegründung nach Art. 221 ZPO genügen (BGE 140 III 450 E. 3.1 S. 451).

2338 BGE 146 III 297 E. 2 S. 298 ff.

2339 Vgl.: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1199; BSK ZPO-Mazan, Art. 245 N. 19.

2340 M.w.H.: KuKo ZPO-Fraefel, Art. 245 N. 9.

2341 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200.

ff.). Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, falls vor dem 1. Januar 2025 erst das Schlichtungsverfahren hängig ist (vgl. oben N. 22). Zum bisherigen Recht erging die strengere bundesgerichtliche Rechtsprechung (oben N. 174). Im Zusammenhang mit Art. 222 StPO änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung bereits vor dem Inkrafttreten der Teilrevision der StPO vom 17. Juni 2022, weil es dank dem Gesetzgeber zu einer besseren Erkenntnis zu Art. 222 StPO gelangte (ausführlich oben N. 107). Die in Art. 245 Abs. 1 nZPO verankerte Lösung hätte sich im bisherigen Recht aus einer analogen Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO ergeben. Einzig die Frist von dreissig Tagen ergibt sich nicht aus einer analogen Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO. Da der Gesetzgeber die bessere Erkenntnis zum bisherigen Recht äusserte, kann m.E. mit guten Gründen vertreten werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowohl *vor dem 1. Januar 2025* als auch *nach dem 1. Januar 2025* auf bereits rechtshängige Verfahren nicht mehr anzuwenden ist.[2343]

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

17 Im Falle einer **begründeten Klage** gilt bei Säumnis an der Verhandlung Art.
7 234 ZPO sinngemäss (Art. 245 Abs. 2 Satz 2 nZPO). Demnach ist kein zweiter Verhandlungstermin anzusetzen, sondern ein Säumnisurteil zu fällen.[2344] Dies galt bereits im bisherigen Recht.[2345] Deshalb stellen sich bei der Säumnis an der Verhandlung bei einer Klage mit schriftlicher Begründung **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

T. Summarisches Verfahren

1. Geltungsbereich (Art. 249, 250, 251, 251*a* und 305 nZPO)

17 Die **Aufzählungen** in den Katalogen von Art. 249, 250, 251, 251*a* und 305
8 nZPO zur Anwendung des Summarverfahrens sind **neu abschliessend**, weil der Gesetzgeber das Wort *«insbesondere»* strich.[2346] Die bisherige nicht

2342 OFK ZPO-Lazopoulos/Leimgruber, Art. 245 N. 3a. Ebenso zum geltenden Recht: KuKo ZPO-Fraefel, Art. 245 N. 9; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 245 N. 4.

2343 Vgl. ferner auch: Tappy, droit transitoire, S. 221 Fn. 29.

2344 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200.

2345 Lötscher/Pfäffli/Ruprecht, S. 52.

2346 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1201.

abschliessende Aufzählung sollte Raum schaffen für weitere Streitigkeiten, welche aufgrund ihrer Natur zwingend ins summarische Verfahren gehören.[2347] Fraglich ist, ob bei denjenigen Fällen, die vergessen gingen die abschliessende Aufzählung durch eine analoge Anwendung aufgelockert wird (bspw. für Auskunfts- und Einsichtsrechte von VR-Mitgliedern nach Art. 715*a* OR[2348]).[2349] Für diejenigen Summarverfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren, gelten weiterhin die **nicht abschliessenden Aufzählungen** (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).[2350]

Neu sieht Art. 249 lit. a Ziff. 5 nZPO das Summarverfahren bei **Mängeln in der Organisation eines Vereins** vor. Aufgrund der Ähnlichkeit des Art. 69*c* ZGB zum Aktienrecht ist m.E. bereits im bisherigen Recht das Summarverfahren anwendbar.[2351] Demzufolge stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10). Ansonsten würde für am 1. Januar 2025 rechtshängige vereinsrechtliche Organisationsmängelverfahren die Verfahrensart des bisherigen Rechts gelten (Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). 179

In Art. 250 lit. c Ziff. 6 nZPO kodifizierte der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach jede auf **Behebung von Organisationsmängeln** gerichtete Massnahme bei der **AG, GmbH und Genossenschaft** dem Summarverfahren untersteht.[2352] Dadurch wurde Art. 250 lit. c Ziff. 11 aZPO redundant und konnte aufgehoben werden.[2353] Da die Rechtsprechung des Bundesgerichts und damit die bisherige Rechtslage kodifiziert wurde, stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10). 180

Art. 250 lit. c Ziff. 16 nZPO sieht für die **Löschung einer Gesellschaft** in den Fällen von Art. 938*a* Abs. 2 OR das Summarverfahren vor. Aufgrund der 181

2347 BGer 5A_948/2015 vom 12.4.2016 E. 4.2.

2348 Diese Streitigkeiten unterstehen gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Summarverfahren (BGE 144 III 100 E. 6 S. 108 ff.).

2349 Ausführlich: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200 f.

2350 A.M.: Hofmann/Lüscher, S. 429. Gemäss Hofmann/Lüscher kann das Gericht auch in diesen Verfahren keine neuen Anwendungsfälle des Summarverfahrens mehr kreieren.

2351 Zur Ähnlichkeit von Art. 69*c* ZGB zu Art. 731*b* OR: Hofer Matthias/Pfäffli Daniel, Organisationsmängel bei Personengesellschaften, GesKR 3 (2022), S. 339–357, S. 341 Fn. 16.

2352 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200 mit Verweis auf BGE 138 III 166 E. 3.4 ff. S. 169 ff.

2353 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2764; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200.

Handelsregisterrechtsrevision vom 17. März 2017, die am 1. Januar 2021 in Kraft trat, sollte Art. Art. 250 lit. c Ziff. 16 nZPO auf Art. 934 Abs. 3 OR verweisen.[2354] Bereits im bisherigen Recht gelangte dafür das Summarverfahren zur Anwendung.[2355] Demzufolge stellen sich, mangels inhaltlicher Änderung, **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

18 2 Da die Kataloge nun abschliessend formuliert sind, wird vertreten, dass die Praxis einiger Westschweizer Kantone über die **Sicherheit für die Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO** im Summarverfahren zu entscheiden nicht mehr möglich sei.[2356] Am 1. Januar 2025 bereits rechtshängige (Westschweizer) Verfahren könnten allerdings noch als Summar verfahren weitergeführt werden (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Bei der Sicherheit für die Parteientschädigung handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme.[2357] Aus diesem Grund ist das Summarverfahren gestützt auf Art. 248 lit. d ZPO anwendbar, weshalb sich m.E. **keine übergangsrechtliche Frage** stellt (vgl. oben N. 10).

2. Vorsorgliche Massnahmen gegen Medien (Art. 266 lit. a nZPO)

18 3 Neu können vorsorgliche Massnahmen auch bei **bestehenden**, und nicht nur bei drohenden, **Rechtsverletzungen** angeordnet werden (Art. 266 lit. a nZPO). Hierbei wird ein gesetzgeberisches Versehen korrigiert, dass bei der bei der Überführung von Art. 28*c* Abs. 3 aZGB in die ZPO entstand.[2358] Da es sich im bisherigen Recht um ein gesetzgeberisches Versehen handelt und von der Rechtsprechung und Lehre bereits wie in der neuen Regelung vorgesehen gehandhabt wird, gibt es keine inhaltliche Änderung.[2359] Deshalb stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

18 4 Gemäss Art. 266 lit. a nZPO bedarf es neu nur noch eines *«schweren Nachteils»*. Früher war ein *«besonders schwerer Nachteil»* erforderlich (Art.

2354 Vgl. auch: OFK ZPO-Lazopoulos/Leimgruber, Art. 250 N. 42d.

2355 Botschaft ZPO-Revision, S. 2764 mit Verweis auf KGer GR ZK2 17 45 vom 10.9.2018 E. 1.2; Rüetschi David, in: Siffert Rino/Turin Nicholas, Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, Art. 155 N. 26.

2356 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1200 mit Verweis auf AB 2022 N 671 (Votum Lüscher).

2357 BSK ZPO-Hofmann/Baeckert, Art. 99 N. 83.

2358 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2764 f.; Born/Blattmann/Canonica, S. 141; Honegger-Müntener/ Rufibach/Schumann, S. 1201.

266 lit. a aZPO). Damit wird das Medienprivileg eingeschränkt.[2360] Für **Massnahmeverfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig waren** gilt weiterhin die Voraussetzung des *«besonders schwerer Nachteil»* (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Falls der zeitliche Rahmen dies zulässt, kann das Massnahmegesuch erst ab dem 1. Januar 2025 gestellt werden. Die Auswirkungen dieser Änderung in der Praxis dürften allerdings gering sein.[2361]

3. Rechtsmittel im Summarverfahren

a. Berufung (Art. 314 nZPO)

Art. 314 Abs. 2 nZPO sieht bei **familienrechtlichen Streitigkeiten** im Summarverfahren neu eine **dreissigtägige Frist** für die Berufung und Berufungsantwort vor. Zudem ist die **Anschlussberufung** neu auch im Summarverfahren zulässig (Art. 314 Abs. 2 nZPO *in fine*). In den übrigen Summarverfahren ist die Anschlussberufung – wie bisher – unzulässig (Art. 314 Abs. 1 nZPO *in fine*). Falls der **erstinstanzliche Entscheid ab dem 1. Januar 2025 eröffnet** wird, gilt für die Rechtsmittelfrist und die Zulässigkeit der Anschlussberufung das **neue Recht** (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.).[2362] 18 5

b. Beschwerde (Art. 321 Abs. 2 nZPO)

Im bisherigen Recht gilt für *«andere erstinstanzliche Entscheide»* i.S.v. Art. 319 lit. b ZPO eine Beschwerdefrist von dreissig Tagen, weil die zehntägige 18 6

2359 HGer ZH HE200461 vom 1.2.2021 E. 6.3; Born/Blattmann/Canonica, S. 141; Honegger-Müntener/ Rufibach/Schumann, S. 1201; Huber Lucius, Kommentierung zu Art. 266 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 4a; Sprecher Thomas, Kommentierung zu Art. 266, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 1.

2360 Born/Blattmann/Canonica, S. 141. A.M.: Schwaibold Matthias, Eine versehentliche Reform: Massnahmen gegen periodische Medien gemäss Art. 266 ZPO, SSZP 4 (2013), S. 355 ff.

2361 Ausführlich: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1201; ZPO annotée-Spühler, Art. 266 N. 4; Weber, aktueller Stand, S. 11. Ferner auch: Spühler Karl, ZPO-Revision Halbzeit, SJZ 19 (2021), S. 942–945, S. 944.

Beschwerdefrist gemäss Art. 321 Abs. 2 aZPO nur bei Summarentscheiden und prozessleitenden Verfügungen gilt. Neu gilt die zehntägige Beschwerdefrist auch bei *«anderen erstinstanzlichen Entscheiden»* (Art. 321 Abs. 2 nZPO). Der Gesetzgeber nahm diese Änderung vor, weil unklar ist, was ein *«anderer erstinstanzlicher Entscheid»* ist.[2363] Art. 321 Abs. 2 nZPO gilt bei denjenigen **Entscheiden, die ab dem 1. Januar 2025 eröffnet werden** (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.).

U. Familienrechtliche Verfahren

18 7 Diverse Änderungen im Familienverfahrensrecht sind in Art. 407*f* nZPO enthalten und wurden bereits im III. Teil erläutert (Art. 198 lit. b[bis] nZPO [oben N. 67]; Art. 298 Abs. 1[bis] nZPO [oben N. 42]; Art. 315 Abs. 2 lit. c und d nZPO [oben N. 86]; Art. 317 Abs. 1[bis] nZPO [oben N. 81]). Im Umkehrschluss sind die übrigen Änderungen im Familienverfahrensrecht auf bereits hängige Verfahren noch nicht anwendbar (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.).[2364]

18 8 Zur **Berufung in familienrechtlichen Summarverfahren** oben N. 185.

1. Vereinfachtes Verfahren beim scheidungsrechtlichen Annexverfahren (Art. 288 Abs. 2 und 291 Abs. 3 nZPO)

18 9 Falls die Ehegatten sich nicht über sämtliche Scheidungsnebenfolgen oder den Scheidungsgrund einigen können oder das Gericht die Nebenfolgenregelung nicht genehmigt[2365], wird das Verfahren kontradiktorisch[2366] fortgesetzt (sog. **scheidungsrechtliches Annexverfahren**; Art. 288 Abs. 2 ZPO und 291 Abs. 3 nZPO).[2367] Das kontradiktorische Verfahren galt bereits im bisherigen Recht auch bei der Scheidungsklage, obwohl Art. 291 Abs. 3 aZPO nicht ausdrücklich vom kontradiktorischen Ver-

2362 Vgl. Dolder/Züst/Gmünder, Rz. 45; Hofmann/Lüscher, S. 429; Tappy, droit transitoire, S. 217 Fn. 16. A.M.: Grunho Pereira/Heinzmann/Bastons Bulletti, Rz. 32 (gemäss diesen Autoren gelten die neuen Rechtsmittel für sämtliche Rechtsmittel, die ab dem 1. Januar 2025 eingelegt werden, wobei vorsichtshalber empfohlen wird die altrechtlichen kürzeren Rechtsmittelfristen zu berücksichtigen).

2363 AB 2022 N 671 (Votum Lüscher).

2364 Zürcher, S. 568.

2365 Vgl. Art. 279 f. ZPO:

2366 Dies bedeutet, dass das Verfahren wie ein streitiger Zivilprozess fortgeführt wird (BK ZPO-Spycher, Art. 288 N. 11; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 288 N. 4).

2367 OFK ZPO-Fleischer/Schwander, Art. 288 N. 3.

fahren sprach.[2368] Bisher wurde das Annexverfahren als ordentliches Verfahren durchgeführt.[2369] Neu ist für das Annexverfahren das **vereinfachte Verfahren** vorgesehen (Art. 288 Abs. 2 und 291 Abs. 3 nZPO).[2370] Diese Änderung führt dazu, dass **rein mündliche Verfahren** vermehrt möglich werden.[2371]

Scheidungsrechtliche Annexverfahren, die am 1. Januar 2025 bereits rechtshängig sind, werden im ordentlichen Verfahren fortgeführt (Art. 404 Abs. 1 ZPO; oben N. 21 ff.). Massgebender Zeitpunkt ist die Rechtshängigkeit, die mit der Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder der Scheidungsklage eintritt (vgl. auch Art. 274 ZPO).[2372] Aus übergangsrechtlicher Sicht irrelevant ist demnach in welchem Zeitpunkt das Verfahren kontradiktorisch fortgesetzt wird. 1910

Das Gesagte gilt auch für die Verfahren bei **Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen**, weil sich dies sinngemäss nach den Vorschriften über die Scheidungsklage richten (Art. 294 Abs. 1 ZPO).[2373] Ebenso gilt das Gesagte für die Auflösung und Ungültigerklärung von eingetragenen Partnerschaften (Art. 307 ZPO). 1911

2. Selbstständige Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange (Art. 295 nZPO)

Der Anwendungsbereich von Art. 295 aZPO war umstritten, weil diese Bestimmung bloss vorsah, dass für selbstständige Klage das vereinfachte Verfahren gilt. Das Bundesgericht sprach sich in einem unpublizierten Entscheid – ohne vertiefte Begründung – bei einer Klage um Volljährigenunterhalt für das vereinfachte Verfahren aus.[2374] Demgegenüber wendete das Bundesgericht in einem amtlich publizierten Entscheid bei einer 1912

2368 Vgl. auch: KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 291 N. 6 ff.

2369 Enz, S. 839 und 860; BK ZPO-Spycher, Art. 288 N. 11; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 288 N. 4; Zürcher, S. 557.

2370 Dolder/Züst/Gmünder, Rz. 2; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1201 f.; Mordasini/Boog, S. 78; Zürcher, S. 557.

2371 Dazu: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2765 f.; Enz, S. 860 f.; OFK ZPO-Fleischer/Schwander, Art. 288 N. 4; Mordasini/Boog, S. 79; Zürcher, S. 557.

2372 Siehe: KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 274 N. 1.

2373 Vgl. Enz, S. 856.

2374 BGer 5A_155/2013 vom 17.4.2013 E. 2.4. Dazu auch: KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 295 N. 1b.

Klage einer volljährigen Person auf Bezahlung von **Verwandtenunterstützungsbeiträgen**[2375] oder der Klage des an ihrer Stelle in den **Anspruch subrogierte Gemeinwesen**[2376] das ordentliche Verfahren an und nicht gestützt auf Art. 295 aZPO das vereinfachte Verfahren.[2377] Gemäss h.L. bedeutet dieser Bundesgerichtsentscheid[2378] allerdings nicht, dass bei Unterhaltsklagen volljähriger Kinder Art. 295 aZPO nicht anwendbar ist.[2379] Demgegenüber zieht eine Minderheit aus diesem Entscheid die Schlussfolgerung, dass Unterhaltsklagen volljähriger Kinder dem ordentliche Verfahren unterstehen, sofern nicht streitwertbedingt das vereinfachte Verfahren gilt (vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO).[2380] Die kantonale Rechtsprechung ist gespalten.[2381]

19 3 Die Unklarheiten des bisherigen Rechts werden mit der Revision vom 17. März 2023 beseitigt. Art. 295 nZPO erfasst ausdrücklich **selbständige Klagen von volljährigen Kindern**.[2382] Dadurch ist in diesen Fällen auch die Untersuchungsmaxime und der Offizialgrundsatz i.S.v. Art. 296 anwendbar.[2383]

19 4 Für **am 1. Januar 2025 bereits rechtshängigen Verfahren** gilt Art. 295 aZPO und die dazugehörigen Unsicherheiten (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; vgl. oben N. 21 ff.).[2384] Falls der erstinstanzliche Entscheid nach dem 1. Januar

2375 Art. 328 f. ZGB.

2376 Art. 329 Abs. 3 ZGB.

2377 Ausführlich: BGE 139 III 368 E. 3 S. 370 ff.

2378 Siehe die Bezugnahme auf den Volljährigen: BGE 139 III 368 E. 3.4 S. 378.

2379 Dietschy-Martenet Patricia, Kommentierung zu Art. 295 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit Commentaire, CPC, Code de procédure civile, Basel 2020, N. 4; Pfänder Baumann Stefanie, Kommentierung zu Art. 295 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE-Kommentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, N. 2; Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 21 N. 95; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 295 N. 4.

2380 Mazan Stephan/Steck Daniel, Kommentierung zu Art. 295 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 5; KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 295 N. 1b. Ebenfalls in diese Richtung: Enz, S. 857 Fn. 118.

2381 Für die Anwendung von Art. 295 aZPO: KGer SG vom 17.7.2020 E. 3; OGer BE ZK 17 340 vom 30.10.2018 E. 14 (ohne zusätzliche Anwendung von Art. 296 ZPO). Gegen die Anwendung von Art. 295 aZPO: OGer ZH LZ140010 vom 5.12.2014 E. 2.1 ff.; OGer ZH PC180006 vom 13.3.2018 E. 4.3.

2382 Gemäss Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann ist unklar, ob das vereinfachte Verfahren auch für das subrogierte Gemeinwesen gilt (Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1203 Fn. 459). Dies ist m.E. zu bejahen (ebenso: Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1203 Fn. 460).

2025 eröffnet wurde, gilt für das **Rechtsmittelverfahren** das neue Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.).[2385] Art. 295 ZPO führt auch zur Anwendung des unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes i.S.v. Art. 296 Abs. 1 ZPO. Dieser wiederum würde dazu führen, dass die Berufungsinstanz neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt (Art. 317 Abs. 1bis nZPO; oben N. 81). M.E. ist allerdings auch im Rechtsmittelverfahren vom bisherigen Recht auszugehen und Art. 317 Abs. 1bis nZPO nur anzuwenden, falls der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz im bisherigen Recht im erstinstanzlichen Verfahren anwendbar war. Ansonsten kann mittels Verfahrensverzögerung und Einlegung eines Rechtsmittels die im bisherigen Recht vorgesehene Novenregelung ausgehebelt werden.[2386]

3. Kompetenzattraktion und Parteistellung der Eltern bei der Unterhalts- und Vaterschaftsklage (Art. 304 Abs. 2 Satz 2 und 3 nZPO)

Gemäss Art. 304 Abs. 2 ZPO entscheidet das Gericht im Falle einer Unterhaltsklage auch über die **elterliche Sorge** und die **weiteren Kinderbelange**[2387] (sog. **Kompetenzattraktion**).[2388] Das Bundesgericht erwog, dass in dieser Situation der *«förmliche Einbezug»* des betroffenen Elternteils in das Verfahren notwendig sei.[2389] Die genaue Ausgestaltung dieses Einbezugs konkretisierte das Bundesgericht nicht und ist bisher unklar.[2390] Dabei handelt es sich zumindest bis zu einem gewissen Grad auch um eine *«akademische Frage»*.[2391] 19 5

Art. 304 Abs. 2 nZPO sieht nun vor, dass die Eltern **Parteistellung** haben, wenn das Kindesverhältnis feststeht. Wie im Scheidungsverfahren[2392] kann 19 6

2383 Botschaft ZPO-Revision, S. 2766 ff.; Arnold, S. 1016; Enz, S. 857; Honegger-Müntener/Rufibach/Schuman, S. 1203; Mordasini/Boog, S. 80; Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 21 N. 95; Zürcher, S. 549. Zweifelnd: Nyffeler Fabia, Der Volljährigenunterhalt, Voraussetzungen, Bemessung und Durchsetzung, Diss. Fribourg 2022, Zürich 2023, Rz. 993 Fn. 1912.

2384 Arnold, S. 1016.

2385 Arnold, S. 1016.

2386 Stillschweigend offen gelassen: Arnold, S. 1016.

2387 Dazu zählen die Obhut, der persönliche Verkehr, die Betreuungsanteile, Kindesschutzmassnahmen und die Bewilligung des Aufenthaltsortswechsels (KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 304 N. 4; Ulli, Rz. 1 Fn. 1).

2388 ZPO annotée-Bieri/Bollinger-Bär, Art. 304 N. 2; Enz, S. 548 f.

2389 BGer 5A_744/2022 vom 9.6.2022 E. 3.4.1.

das Gericht die Parteirollen verteilen.[2393] Gemäss Botschaft sind bei rein unterhaltsrechtlichen Streitigkeiten **nur ein Elternteil** und das **Kind** (i.d.R. vertreten durch den anderen Elternteil) Verfahrenspartei.[2394] Zu Recht wird allerdings in der Lehre vertreten, dass die weiteren Kinderbelange aufgrund der Offizialmaxime i.S.v. 296 Abs. 3 ZPO von Anfang an und ohne Parteianträge Streitgegenstand sind, weshalb beiden Elternteilen von Beginn weg Parteistellung zuzuerkennen ist.[2395]

19 7 Für **am 1. Januar 2025 bereits rechtshängige Verfahren** gilt Art. 304 Abs. 2 aZPO (Art. 404 Abs. 1 ZPO; vgl. oben N. 21 ff.). Da das Bundesgericht bereits zum bisherigen Recht einen *«förmliche Einbezug»* des betroffenen Elternteils verlangt, ändert sich in der Praxis kaum etwas. Falls der **erstinstanzliche Entscheid nach dem 1. Januar 2025 eröffnet wurde**, gilt für das Rechtsmittelverfahren das neue Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO; oben N. 28 f.). Demnach sind die Eltern nach Art. 304 Abs. 2 nZPO als Partei am Verfahren zu beteiligen. Bereits im bisherigen Recht war eine irgendwie geartete Beteiligung notwendig. Deshalb stellt sich m.E. nicht bzw. höchstens theoretisch die Frage wie bei absichtlichen Verfahrensverzögerungen, die zur Anwendung des neuen Rechts im Rechtsmittelverfahren führen, umzugehen ist.

19 8 Das Bundesgericht erklärte ein Urteil ohne *«förmlichen Einbezug»* des betroffenen Elternteils in das Verfahren für **nichtig**.[2396] Die Frage wie mit Entscheiden umzugehen ist, die ohne *«förmlichen Einbezug»* erfolgt sind, stellt sich auch nach dem Inkrafttreten von Art. 304 Abs. 2 nZPO. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine übergangsrechtliche Frage, weil sich die Problematik bereits aus dem bisherigen Recht ergab. Die Nichtigkeit führt dazu, dass diese Urteile keinerlei Rechtswirkungen entfalten und damit auch nicht vollstreckt werden können.[2397] Da das Urteil nichtig ist, wurde das

2390 Vgl.: OFK ZPO-Fleischer, Art. 304 N. 3; Ulli, Rz. 24. Für die kantonalen Lösungen: Ulli, Rz. 16 ff.

2391 OFK ZPO-Fleischer, Art. 304 N. 3.

2393 Dazu: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2770; ZPO annotée-Bieri/Bollinger-Bär, Art. 304 N. 3.

2394 Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2770 (Beispiel 2).

2395 KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 304 N. 8; Ulli, Rz. 44 und 48.

2396 BGer 5A_744/2022 vom 9.6.2023 E. 3.4.3.

2397 Ausführlich: Ulli, Rz. 37 ff. Ferner auch: Zürcher, S. 551.

Verfahren nicht abgeschlossen. Bei der Aufnahme zwecks Erlass eines gültigen Urteils gilt demnach m.E. das bisherige Recht (vgl. auch oben N. 23).

V. Anschlussberufung (Art. 313 Abs. 2 lit. b nZPO)

Mit der Revision vom 17. März 2023 wird Art. 313 Abs. 2 lit. b aZPO, wonach die **Anschlussberufung** bei Abweisung der Berufung infolge **offensichtlicher Unbegründetheit** dahinfällt, aufgehoben. Eine offensichtlich unbegründete Berufung wird der Gegenpartei ohnehin nicht zugestellt (Art. 312 Abs. 1 ZPO *in fine*). Deshalb erhält die Gegenpartei auch keine Gelegenheit in ihrer Berufungsantwort eine Anschlussberufung zu erheben (vgl. Art. 313 Abs. 1 ZPO). Art. 313 Abs. 2 lit. b aZPO war ein gesetzgeberisches Versehen und ist demnach überflüssig.[2398] Mangels inhaltlicher Änderungen gibt es betreffend die Anschlussberufung **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10, zur Anschlussberfugung im familienrechtlichen Summarverfahren oben N. 185). 1999

W. Revision

1. Entdeckung neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO)

Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO führt aus, dass ein **Revisionsgrund** nur vorliegt, wenn die nachträglich erfahrenen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel *«trotz gehöriger Aufmerksamkeit»* im früheren Verfahren nicht beigebracht werden konnten. Die Botschaft und die parlamentarischen Beratungen schweigen zu dieser Änderung.[2399] Die Verwaltung geht davon aus, dass dies wohl der bisherigen Praxis entspricht.[2400] Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann gehen davon aus, dass damit der vom Bundesgericht erwartete Sorgfaltsmassstab abgeschwächt wird.[2401] Das Bundesgericht stellte bis anhin verhältnismässig hohe Anforderungen. Es wird verlangt, dass es für den Revisionskläger trotz aller Umsicht bei der Sammlung des Prozessstoffes nicht 2000

2398 Botschaft ZPO-Revision, S. 2770 f.; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1203. Ferner auch: ZPO annotée-Spühler, Art. 313 N. 8.
2399 Botschaft ZPO-Revision, S. 2774; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1207 Fn. 494.
2400 Kommissionsprotokoll RK-N vom 7./8.4.2022, S. 11.
2401 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1207.

möglich gewesen sei, die nachträglich geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel rechtzeitig vorzubringen.[2402]

20 1 Für die Revision von Entscheiden, die **unter bisherigem Recht eröffnet** wurden, gilt das neue Recht (Art. 405 Abs. 2 ZPO; oben N. 28). Falls das **Revisionsgesuch bereits eingereicht** wurde, d.h. das Revisionsverfahren rechtshängig ist, gilt das bisherige Recht.[2403] Für Revisionsgesuche, die vor dem 1. Januar 2025 eingereicht wurden, gilt demnach Art. 328 Abs. 1 lit. a aZPO. Falls man davon ausgeht, dass keine inhaltliche Änderung erfolgte, stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

2. Unwirksamkeit der Klageanerkennung, des Klagerückzugs oder des gerichtlichen Vergleichs (Art. 328 Abs. 1 lit. c nZPO)

20 2 Mit der Revision vom 17. März 2023 wurde ergänzend eingefügt, dass die Unwirksamkeit der Klageanerkennung, des Klagerückzugs oder des gerichtlichen Vergleichs *«wegen formeller oder materieller Mängel»* zustande kommen kann (Art. 328 Abs. 1 lit. c nZPO). Mangels materieller Änderung stellen sich **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

3. Ausstandsgrund (Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO)

20 3 Für die Revision bei der Entdeckung des Ausstandsgrundes nach Art. 328 Abs. 1 lit. d nZPO siehe oben N. 105.

4. Aufschub der Vollstreckbarkeit im Revisionsverfahren (Art. 331 Abs. 2 nZPO)

20 4 Art. 331 Abs. 2 nZPO spricht neu – wie andere Normen – vom Aufschub der *«Vollstreckbarkeit»* und nicht mehr der *«Vollstreckung»*.[2404] Es handelt sich dabei um eine **redaktionelle Änderung** ohne inhaltliche und damit übergangsrechtliche Bedeutung (vgl. oben N. 10).[2405]

2402 BGer 5D_83/2017 vom 27.11.207 E. 2.3.1. Siehe auch: BGE 143 III E. 2.2 S. 276; BGer 5A_558/2014 vom 7.9.2015 E. 5.2.

2403 KuKo ZPO-Domej, Art. 405 N. 4.

2404 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1206.

2405 Wohl a.M.: BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 17.

X. Änderungen des BGG

1. Sprache der Rechtsschriften (Art. 42 Abs. 1bis nBGG)

Dazu oben N. 144 f. 205

2. Vorgabe des BGG zur Eröffnung kantonaler Entscheide (Art. 112 Abs. 2 erster Satz nBGG)

Dazu oben N. 79 f. und N. 84. 206

3. Revision im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 123 Abs. 2 lit. a nBGG)

Art. 123 Abs. 2 lit. a nBGG enthält neu wie Art. 328 abs. 1 lit. a nZPO den Zusatz *«trotz gehöriger Aufmerksamkeit»*. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann gehen davon aus, dass – wie bei Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO – der vom Bundesgericht geforderte Sorgfaltsmassstab abgeschwächt wird (zu Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO oben N. 200 f.). Eine Begründung ist den Materialien nicht zu entnehmen.[2406] Es wird auf das zu Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO Gesagte verwiesen (oben N. 200). 207

Bei einem Revisionsverfahren vor Bundesgericht gilt das neue Recht, sofern das **Verfahren nach dessen Inkrafttreten eingeleitet** wurde (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG; siehe zur analogen Anwendung von Art. 132 BGG oben N. 80).[2407] Art. 123 Abs. 2 lit. a nBGG gilt demnach bei allen Revisionsverfahren deren Revisionsgesuch nach dem 1. Januar 2025 aufgegeben wurde. Bei **bereits hängigen Revisionsverfahren** gilt das bisherige Recht, d.h. Art. 123 Abs. 2 lit. a aBGG.[2408] 208

Y. Schiedsgerichtsbarkeit

1. Englisch als Verfahrenssprache im staatlichen Summarverfahren

Dazu oben N. 142 f. 209

2406 Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1207.

2407 Vgl.: BGE 144 I 214 E. 1.1 S. 218; BGE 136 I 158 E. 1 S. 162; BGE 134 III 45 E. 1 S. 47; BGer 2F_11/2008 vom 6.7.2009 E. 1; Comm. LTF-Denys, Art. 132 N. 9; SHK BGG-Seiler, Art. 132 N. 4.

2408 Vgl.: SHK BGG-Seiler, Art. 132 N. 3.

9

2. Abberufung eines Mitglieds des Schiedsgerichts durch Vereinbarung (Art. 370 Abs. 1 nZPO)

210 Art. 370 Abs. 1 aZPO sieht vor, dass jedes Mitglied des Schiedsgerichts durch schriftliche Vereinbarung der Parteien **abberufen** werden kann. Das neue Recht verweist für die **Form der Vereinbarung auf die für die Schiedsvereinbarung geforderte Form** (Art. 370 Abs. 1 nZPO). Demnach genügt der Nachweis durch Text (vgl. Art. 358 Abs. 1 ZPO).[2409] Damit vollzog der Gesetzgeber die bisherige Auffassung in der Lehre betreffend die Form der Abberufung nach.[2410] Mangels Änderung der Rechtslage stellen sich demnach **keine übergangsrechtlichen Fragen** (vgl. oben N. 10).

3. Rechtshängigkeit (Art. 372 Abs. 2 nZPO)

211 Art. 372 Abs. 2 aZPO wurde gestrichen. Diese Norm sah vor, dass für den Fall, dass bei einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien rechtshängig gemacht werden, das **zuletzt angerufene Gericht** das Verfahren aussetzt, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat. Damit enthielt Art. 372 Abs. 2 aZPO eine chronologische Prioritätenregelung, welcher ein gleichberechtigtes Zusammenspiel zwischen staatlichem und Schiedsgericht vorsah.[2411] Diese Regelung stand im Widerspruch zu Art. 61 lit. b ZPO, wonach das staatliche Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnt, falls eine *«offensichtlich ungültige»* oder *«nicht erfüllbare Schiedsvereinbarung»* vorliegt (beschränkte Kognition). Der abschliessende Entscheid über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts kommt dem Schiedsgericht zu. Im neuen Recht muss ein Schiedsgericht demnach ein **Verfahren nicht mehr sistieren**, bis ein staatliches Gericht darüber befunden hat, ob die Schiedsvereinbarung *«offensichtlich ungültig»* oder *«nicht erfüllbar»* ist.[2412]

212 Für **Schiedsverfahren, die am 1. Januar 2025, bereits rechtshängig sind**, gilt das **bisherige Recht** (vgl. Art. 407 Abs. 2 ZPO).[2413] Demnach ist vom

2409 Zaugg Niklaus/Walt Timo, Kommentierung zu Art. 370, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023, N. 1.

2410 M.w.H.: Staehelin/von Mutzenbecher, S. 832.

2411 OFK ZPO-Plannic/Erk, Art. 372 N. 5.

2412 Zum Ganzen: Botschaft ZPO-Revision 2020, S. 2775 f.; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, S. 1208; OFK ZPO-Plannic/Erk, Art. 372 N. 5.

staatlichen Gericht und vom Schiedsgericht Art. 372 Abs. 2 aZPO anzuwenden. Ob ein Schiedsverfahren rechtshängig ist, beurteilt sich nach Art. 372 Abs. 1 ZPO.[2414] Die **Parteien** können allerdings **vereinbaren**, dass das **neue Recht anwendbar** ist (vgl. Art. 407 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Eine Vereinbarung bindet m.E. nur das Schiedsgericht, weil solche Vereinbarung nicht das staatliche Gericht binden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der nur von *«Schiedsverfahren»* spricht. Im Übrigen sieht u.a. Art. 407 Abs. 4 ZPO für staatliche Verfahren nach Art. 356 ZPO keine Möglichkeit der Vereinbarung des neuen Rechts vor.[2415] Dies deutet ebenfalls daraufhin, dass im staatlichen Verfahren keine Wahl zugunsten des neuen Rechts möglich ist.

4. Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen des Schiedsgerichts (Art. 374 Abs. 2 nZPO)

Falls sich die betroffene Partei einer **vom Schiedsgericht angeordneten Massnahme** nicht freiwillig unterzieht, so trifft das **staatliche Gericht** auf Antrag des Schiedsgerichts oder einer Partei die erforderlichen Anordnungen (Art. 374 Abs. 2 nZPO). Das bisherige Recht sah beim Antrag einer Partei vor, dass die Zustimmung des Schiedsgerichts eingeholt werden muss (Art. 374 Abs. 2 aZPO). 21 3

Art. 407 Abs. 4 ZPO sieht vor, dass für Verfahren vor den nach Art. 356 ZPO zuständigen staatlichen Gerichten das bisherige Recht gilt, sofern diese bereits rechtshängig sind. Bei Art. 374 ZPO gelten die allgemeinen Regelungen über die örtliche und sachliche Zuständigkeit und nicht Art. 356 ZPO.[2416] Somit handelt es sich nicht um ein Hilfsverfahren i.S.v. Art. 407 Abs. 4 ZPO. Demnach gilt das **bisherige Recht** gestützt auf Art. 404 Abs. 1 ZPO (vgl. oben N. 21 ff.). Die Anwendung von Art. 407 Abs. 4 ZPO würde allerdings zum selben Ergebnis führen. 21 4

2413 Im Allgemeinen zur Anknüpfung an Art. 407 ZPO: Tappy, droit transitoire, S. 214 Fn. 3; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 18.

2414 Bei Inkrafttreten der ZPO beurteilte sich die Rechtshängigkeit nach dem damaligen Art. 13 KSG (DIKE ZPO-Stacher Marco, Kommentierung zu Art. 407 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo [Hrsg.], DIKE-Kommentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, N. 5; BK ZPO-Wehrli, Art. 407 N. 20). Da Art. 407 ZPO hier bei einer späteren Revision des Schiedsrechts angewendet wird, ist auf Art. 372 Abs. 1 ZPO abzustellen.

2415 KuKo ZPO-Domej, Art. 407 N. 4; BK ZPO-Wehrli, Art. 407 N. 5.

2416 Botschaft ZPO 2006, S. 7394; OFK ZPO-Plannic/Erk, Art. 356 N. 4 und Art. 374 N. 1a.

5. Revision bei der Entdeckung neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 396 Abs. 1 lit. a nZPO)

21 5 Art. 396 Abs. 1 lit. a nZPO enthält – wie Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO und Art. 123 Abs. 2 lit. a nBGG – den Zusatz *«trotz gehöriger Aufmerksamkeit»* (vgl. bereits oben N. 200 und N. 207). Damit wird gemäss einer Stimme in der Lehre die bundesgerichtliche Praxis kodifiziert.[2417] Dies ist allerdings – wie bei Art. 328 Abs. 1 lit. a nZPO. Übergangsrechtlich gilt das bereits in N. 201 Gesagte.

Z. Vollzug (Art. 400 Abs. 2bis und Abs. 3 sowie Art. 401*a* nZPO)

21 6 Art. 400 ff. ZPO enthalten Vollzugsbestimmungen. Der Bundesrat ist gemäss Art. 400 Abs. 2bis nZPO verpflichtet der Öffentlichkeit **Informationen zu den Prozesskosten** und den **Möglichkeiten der unentgeltlichen Rechtspflege** sowie der **Prozessfinanzierung** zur Verfügung zu stellen. Art. 400 Abs. 3 nZPO sieht neu vor, dass der Bundesrat auch die Bereitstellung von Formularen und Informationen dem **Bundesamt für Justiz** übertragen kann. Die neuen Aufträge an den Bundesrat stellen kein *«Verfahren»* i.S.v. Art. 407*f* nZPO (vgl. oben N. 16 ff.).[2418] Zudem fehlen die neuen Bestimmungen in Art. 407*f* nZPO. Demnach hat der Bundesrat bzw. das Bundesamt für Justiz die entsprechenden Pflichten ab dem 1. Januar 2025 zu erfüllen. Dies bedeutet, dass ab diesem Zeitpunkt entsprechende Informationen (online) verfügbar sein sollten.

21 7 Art. 401*a* nZPO verpflichtet den Bund und die Kantone dafür zu sorgen, dass genügend **statistische Grundlagen und Geschäftszahlen** über die Indikatoren der Anwendung dieses Gesetzes vorliegen, insbesondere Anzahl, Art, Materie, Dauer und Kosten der Verfahren. Diese Norm betrifft ebenfalls nicht *«Verfahren»* und fehlt in Art. 407*f* nZPO.[2419] Die Pflicht zur Erhebung der entsprechenden Daten besteht somit erst ab dem 1. Januar 2025.

2417 OFK ZPO-Gehri, Art. 396 N. 2 mit Verweis auf BGer 4A_144/2010 vom 28.9.2010 E. 2.3. Siehe auch: Komissionsprotokoll RK-S vom 12./13.4.2021, S. 30.

2418 Vgl. BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 19.

2419 Vgl. BSK ZPO-Willisegger, Art. 407*f* N. 19.

LITERATURVERZEICHNIS

Arnold Christian, Das Novenrecht im familienrechtlichen Berufungsverfahren, AJP 10 (2024), S. 1011–1022.

Balmer Dominik, Die falsche Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 Abs. 2 nZPO), SZZP 5 (2024), S. 557–566.

Benn Jurij, Kommentierungen zu Art. 142 und 145 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Bieri Marjolein/Bollinger-Bär Roxana, Kommentierung zu Art. 304 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023.

Brändli Beat, Kommentierung zu Art. 133 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. BJ Gesetzgebungsleitfaden).

Daetwyler George/Stalder Christian, Schlichtungsverhandlung bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten, SJZ 4 (2019), S. 99-110.

Denys Christian, Kommentierung zu Art. 132 BGG, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Dolder Mattias/Züst Boris/Gmünder Evelyne, ZPO-Revision, Die wichtigsten Neuerungen in familienrechtlichen Verfahren, Jusletter vom 9.12.2024.

Domej Tanja, Kommentierung zu Art. 81, 404, 405, 406 und 407 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 336, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 62 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Egli Rainer, Kommentierung zu Art. 336 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Engler Thomas, Kommentierungen zu Art. 229, 235 und 239 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Enz Benjamin V., Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen de lege lata im Lichte der ZPO-Revision, FamPra 4 (2022), S. 834–864.

Fischer Marc Pascal, Kommentierungen zu Art. 404 und 405 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010.

Fleischer Thomas, Kommentierung zu Art. 304 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Fleischer Thomas/Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 288 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Fraefel Christian, Kommentierung zu Art. 245 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Frei Andreas, Knifflige Fragen zum Übergangsrecht, plädoyer 1 (2011), S. 33–35.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 125 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012.

Gasser Dominik, Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1, Anwaltsrevue 6–7 (2010), S. 255–260.

Gehri Myriam A., Kommentierungen zu Art. 317 und 396 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Gloor Urs/Umbricht Lukas Barbara, Kommentierung zu Art. 212 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Grunho Pereira Sara/Heinzmann Michel/Bastons Bulletti Francoise, Révision du CPC 2025: Art. 407*f* nCPC: étrange disposition transitoire de la révision du CPC, ZPO CPC online vom 11.12.2024, abrufbar unter (zuletzt besucht am 19.12.2024)

Gschwend Julia, Kommentierungen zu Art. 125 und 129 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Güngerich Andreas, Die Revision des Novenrechts, Anwaltsrevue 5 (2024), S. 195–198.

Habscheid Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990.

Heinzmann Michel/Grunho Pereira Sara, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit Commentaire, CPC, Code de procédure civile, Basel 2020.

Heinzmann Michel/Trezzini Francesco, Verhandlung per Videokonferenz, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R., Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Tagung zu Ehren von Jürgen Brönnimann, Bern 2022, S. 81–95.

Hofmann David/Lüscher Christian, CPC, Le Code de procédure civile, 3. Aufl., Bern 2023.

Hofmann Dieter/Baeckert Andreas, Kommentierungen zu Art. 99, 111 und 113 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO, AJP 32 (2023), S. 1157-1180.

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), Bern 2019.

Hurni Baptiste/Hofmann David, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 5 (2023), S. 209-217.

Infanger Dominik, Kommentierung zu Art. 62 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Jeandin Nicolas, Les voies de droit, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), CPC 2025, La révision du Code de procédure civile, S. 105–126.

Jent-Sørensen Ingrid, Kommentierung zu Art. 98, 106, 111 und 118 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierungen zu Art. 129, 133 und 141b ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Lazopoulos Michael/Leimgruber Stefan, Kommentierungen zu Art. 245 und 250 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Lötscher Cordula/Pfäffli Daniel/Ruprecht Ivan, Säumnis im vereinfachten Verfahren der ZPO – von verpassten Chancen und Laienfreundlichkeit, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Der soziale Zivilprozess, Die Grundlagen des «vereinfachten Verfahrens» und seine Anwendungsfelder in der Praxis, Bern 2023, S. 17–56.

Markus Alexander R./Brönnimann Lucas A.T., Erste Gedanken zur Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO), ZZZ 62 (2023), S. 120-126.

Mazan Stephan, Kommentierungen zu Art. 245, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Mettler Christoph, Kommentierung zu Art. 106–109 SchKG, in: Heinzmann Michel/Pasquier (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Version 15.9.2023, abrufbar unter: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/schkg106-10.

Möhler Christine, Kommentierung zu Art. 204 und Art. 206 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Mordasini Claudia/Boog Severin, Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen und das Rechtsmittelverfahren nach neuer ZPO, in dubio 2 (2023), S. 78–85.

Moret Sébastien, Kommentierungen zu Art. 8, 63, 90, 94, 94*a*, 98, 106 und 111 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023.

Morf Roger, Kommentierungen zu Art. 63, 71, 81 und 82 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Plannic Tanja/Erk Nadja, Kommentierungen zu Art. 356, 372 und 374 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Rüegg Viktor/Rüegg Michael, Kommentierungen zu Art. 91 und 99, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Aufl., Art. x N y).

Rufibach Matthias, Dispositiveröffnung von kantonalen Rechtsmittelentscheiden, ZZZ 63 (2023), S. 228-242.

Schoch Susanne, Das intertemporale Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1958 Zürich 1959.

Schumann Julius, Zivilprozessuale Neuerungen in der Schweiz und ihre deutschen Pendants, ecolex 434 (2024), S. 762-766.

Schwander Daniel, Kommentierung zu Art. 81 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE-Kommentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016.

Schwendener Danielle, Ausgewählte Aspekte des Beweisverfahrens in eherechtlichen Prozessen, AJP 2 (2024), S. 118-127.

Seiler Hansjörg, Kommentierung zu Art. 132 BGG, in: Seiler Hansjörg/von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas/Oberholzer Niklaus (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

Siegenthaler Thomas, ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel – Wirkung und Nebenwirkungen, BR 3 (2024), S. 93-96.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 313 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023

Spycher Annette, Kommentierung zu Art. 288 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 und 400–406 ZPO, Bern 2012.

Staehelin Adrian, Kommentierungen zu Art. 125 und 224 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Staehelin Adrian, Kommentierungen zu Art. 83 und 84 sowie Art. 2 SchlB SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019.

Staehelin Daniel/von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17.3.2023, SJZ 16-17 (2023), S. 815–833.

Stalder Christian/van de Graaf Beatrice, Kommentierungen zu Art. 274, 291, 295 und 304 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Stoll Jean-Pascal, Die Verwendung einer anderen Sprache im Zivilprozess, Ausgewählte Fragen zu Art. 129 Abs. 2 nZPO, ZZZ 65 (2024), S. 23–30.

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierungen zu Art. 81, 245, 288 und 295 ZPO, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich 2021.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Tappy Denis, Le droit transitoire applicable aux règles introduites par la novelle du 17 mars 2023, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), CPC 2025, La révision du Code de procédure civile, S. 211–236 (zit. Tappy, droit transitoire).

Tappy Denis, La révision du CPC (projet du 26 février 2020): état avant l'élimination des dernières divergences, Anwaltsrevue 3 (2023), S. 103–110 (zit. Tappy, révision du CPC).

Tappy Denis, Cour des poursuites et faillites (CPF 11 septembre 2018/132), JdT III (2020), S. 3–16 (zit. Tappy, Cour des poursuites et faillites).

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 113 und 404 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019.

Thurnherr Daniela, Verweisungen auf die ZPO in Erlassen der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 4 (2022), S. 171–194 (zit. Thurnherr, Verweisungen).

Thurnherr Daniela, Die Rezeption der ZPO im Verwaltungsprozess – Reichweite und Grenzen der Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016 (zit. Thurnherr, Rezeption).

Ulli Jasmin, Knacknuss: Einbezug beider Elternteile in den Kinderunterhaltsprozess, Aktuelle Rechtsprechung zu Art. 304 Abs. 2 ZPO und Bedeutung der bevorstehenden ZPO-Revision.

Urbach Guido E., Kommentierung zu Art. 405 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 1 SchlT ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019.

Walther Fridolin, Übergangsrechtliche Handlungspflicht gem. Art. 407*f* ZPO bezüglich bereits eingereichter Privatgutachten, SZZP 6 (2024), S. 675–676.

Walther Fridolin, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012.

Weber Philipp, Die ZPO-Revisionsvorlage 2023, ZBJV 7–8 (2023), S. 377–408 (Weber, ZPO-Revisionsvorlage).

Weber Philipp, Die Revision der ZPO – aktueller Stand, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Bern 2022, Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Tagung zu Ehren von Jürgen Brönnimann, S. 1-21 (zit. Weber, aktueller Stand).

Wehrli Daniel, Kommentierung zu Art. 407 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Band III – Binnenschiedsgerichtsbarkeit, Bern 2014.

Willisegger Daniel, Kommentierungen zu Art. 404, 405 und 407*f* ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Zemp Raphael, Anwendbarkeit der Gerichtsferienregelung von Art. 145 Abs. 1 ZPO für die Erhebung der Kollokationsklage im Konkurs, iusNet Schuldbetreibung und Konkurs vom 30. März 2023 (zit. Zemp, Anwendbarkeit der Gerichtsferienregelung).

Zemp Raphael, Revision von Art. 145 ZPO und Art. 56 SchKG, iusNet Schuldbetreibung und Konkurs vom 30.3.2023 (zit. Zemp, Revision).

Zogg Samuel/Angstmann Luca, Kommentierungen zu Art. 85 und 90 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Zürcher Laura Jessica, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?, FamPra 3 (2024), S. 541–569.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin des Nationalrates der Jahre 2022 und 2023 (zit. AB [jeweilige Jahreszahl] N mit [nachfolgender Seitenzahl]).

Amtliches Bulletin des Ständerates der Jahre 2021, 2022 und 2023 (zit. AB [jeweilige Jahreszahl] S mit [nachfolgender Seitenzahl]).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26.2.2020 (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft ZPO-Revision 2020).

Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO 2006).

Kommissionsprotokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 7./8.4.2022 und 2.3.2023 (zit. Kommissionsprotokoll RK-N vom [Datum], [Seitenzahl].

Kommissionsprotokolle der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 12./13.4.2021 und 30.6./1.7.2022 (zit. Kommissionsprotokoll RK-S vom [Datum], [Seitenzahl].).