

der verstärkten Fragepflicht [Art. 247 Abs. 1 ZPO]) haben zunächst prozessökonomische Funktion (Entlastung von Parteien und Gerichten, Prozessbeschleunigung), dienen dem Schutz der schwächeren Partei (soziale Funktion) und sollen das Verfahren allgemein laienfreundlich gestalten.⁴⁷ Ob hier Bereitschaft bei den Einzelrichtern besteht, bei fehlender Beweismittelbeschränkung den in der Regel fachanwaltlich vertretenen Geschädigten zu raschem Rechtsschutz zu verhelfen, bleibt abzuwarten.⁴⁸

Dass die Substanziierungserfordernisse geringer oder die richterliche Fragepflicht ausgedehnter wäre, ist ein Irrglaube. Eine Pflicht zur Einreichung der Beweismittel vor der Hauptverhandlung oder einem allfälligen zweiten Schriftenwechsel (vgl. Art. 244 Abs. 3 ZPO, welche die Einreichung mit der Klage vorsieht) besteht indessen nicht.⁴⁹

Zwar sind *weitere Vereinfachungen* des Prozesses wie etwa die Beschränkung des Prozessthemas oder die Abtrennung der Widerklage vom Hauptverfahren möglich (Art. 125 ZPO). Die (zweckmässige) Beschränkung des Prozessthemas etwa auf die Frage der grundsätzlichen Haftung im Sinne eines Zwischenentscheides eröffnet den gesamten Instanzenzug (Art. 237 ZPO; Art. 93 BGG) und führt bei Annahme der Haftung dazu, dass «zurück auf Feld eins» vor der ersten Instanz über sämtliche haftungsausfüllenden Grundlagen weiter gestritten wird. Die Praxis zeigt, dass dies nicht selten sogar zu erheblich längeren Verfahren führt.

Als Fazit kann demnach festgestellt werden, dass die ZPO dem Geschädigten keine neuen wirkungsvollen Rechtsbehelfe garantiert, welche seine prozessuale Position gegenüber der finanziell mächtigen Versicherung stärken würde. Ohne Willen des Richters, den Prozess nach den Grundsätzen der Verfassung und den Zielen des Gesetzgebers zu leiten und nicht zusätzliche Hindernisse für die Geschädigten aufzustellen, wird die Durchsetzung von in der Regel existenziellen Schadenersatzansprüchen mit abwägbaren Prozess- und Kostenrisiken innert angemessener Frist illusorisch.

⁴⁷ BBl 2006 7345 Ziff. 5.16; 139 III 368 E. 3.4.

⁴⁸ Im Personenschadenrecht wurden bis anhin keine solchen Klagen letztinstanzlich beurteilt und die kantonale Rechtsprechung dazu ist bescheiden; solches ist ein Indiz und entspricht auch der Erfahrung des Schreibenden, dass die Prozessdauer in Personenschadenfällen bei dieser Verfahrensart nicht wesentlich verkürzt wird.

⁴⁹ Vgl. ERIC PAHUD, DIKE-online-Komm-ZPO, Art. 221 N. 22. So hat das Zürcher Obergericht in einer mietrechtlichen Streitigkeit, wo die Offizialmaxime gilt, zwar der vertretenen Partei noch die Möglichkeit eingeräumt, offerierte Beweismittel nachzureichen, indessen die richterliche Fragepflicht erheblich eingeschränkt (Urteil des OGer ZH NG130014 vom 16. April 2014, E. 3.3).

Das Prozessrecht – oft geprägelter Gehilfe des materiellen Rechts

Erfahrungen unter der ZPO-CH 2011

Rolf P. Steinegger*

«Die ZPO hat viel Neues gebracht, die Grundmechanismen, Prozessmaximen des Zivilprozesses blieben indes dieselben».¹

Im Besonderen hat sich nichts an der Problematik der Beweisführung geändert.

Neue Zivilprozessordnung hin oder her – es bleibt dabei:

«Das Gericht steht in der Würdigung des Prozessstoffes auf dessen Beweiswert völlig frei da. Dabei entscheidet die Verknüpfung von Denken, Fühlen sowie Intuition».² «Etwas salopp wird sich diese Aussage dahingehend zusammenfassen lassen, dass die Beweiswürdigung gleichsam eine Sache des «Bauches» ist. Der Verstand setzt erst bei der Rechtsanwendung ein».³ Der Autor würde es nie wagen, eine solch kühne Saloppheit selber vorzutragen. Mit Freude nimmt er aber die Botschaft aus berufenem Verstand auf: Matthias Stein-Wigger ist Zivilgerichtspräsident Basel-Stadt.

Die von ihm festgeschriebene Relevanz des «Bauches» ist hoch: *«Diese kurze Bestandesaufnahme zeigt, dass die Sachverhaltsdarstellung, welche durchschnittlich etwa die Hälfte der in Zivilverfahren auftretenden Probleme ausmacht, sowohl in der Ausbildung als auch in der Praxis vernachlässigt wird. Die weit fortgeschrittenen aussagepsychologischen Erkenntnisse wurden von der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung bis dato kaum wahrgenommen. Man misst der Aussage einer Partei keinen oder nur eingeschränkten Beweiswert zu, legt jedoch der Würdigung von Zeugenaussagen die unausgesprochene Prämisse zugrunde, dass das Ausgesagte grundsätzlich wahr ist. Die Rechtsfindung scheint davon auszugehen, dass jene, die unter der drakonischen Strafandrohung von Art. 307 StGB aussagen, die Wahrheit sagen. Es ist*

* Fürsprecher, Bern.

¹ ADRIAN STUDIGER (Oberrichter des Kantons Bern), Prozessleitung im Zivilrecht – eine Anleitung zur effizienten Prozessabwicklung, in www.justice.be.ch, BE N'ius, Heft 11, Dezember 2012, 19, für den Kanton Bern.

² ADOLF BAUMBACH/WOLFGANG LAUTERBACH/JAN ALBERS/PETER HARTMANN, Zivilprozessordnung, München 2010, 68. Aufl., Bd. 1, § 286 N 4.

³ MATTHIAS STEIN-WIGGER, Aussagepsychologie im Zivilrecht, in: AJP 11/2010, 1410.

dies eine Annahme, die sich nicht nur nach aussagepsychologischen Erkenntnissen in etwa der Hälfte der Fälle als unzutreffend erweist, sondern die uns auch schon ein altes Sprichwort als höchst unzuverlässig lehrt: «Wo Du hörst hohe Schwüre, steht die Lüge vor der Türe».⁴

Zum Strafprozess führt HERMANN HÖCHERL aus:⁵ «Es ist zur Genüge bekannt, dass das Regelwerk des Strafprozesses bis heute nicht die öffentliche, ja nicht einmal die berufliche Aufmerksamkeit findet, die das materielle Strafrecht behauptet, obwohl gerade der Strafprozess mit seiner Fülle von verfassungsmässigen Garantien für die richterliche Unabhängigkeit und der Bürgschaft für ein faires Verfahren das *Signum* jedes Rechtsstaates ausmacht». Auch der Zivilprozess findet kaum die ihm gebührende Aufmerksamkeit.

Wohl jeder Richter ist sich des Risikos bewusst, dass sachfremde Urteilsfaktoren,⁶ Denkfehler,⁷ aussagepsychologische Fehler,⁸ Selbstüberschätzung,⁹ Desinteresse¹⁰ und Absichten, neben Kompetenz und Erfahrung, für die Beweisführung und -würdigung leitend sein können. Diese Feststellung gilt für den Zivil- wie für den Strafprozess. Leider geben nicht wenige Urteile Anlass zur Annahme, dass das richterliche Riskmanagement mit der Kenntnis des Risikos sein jähes Ende findet.¹¹

Richter, die es damit bewenden lassen, verletzen ihre Sorgfaltspflicht, sie missbrauchen ihre Macht¹² und verweigern das Recht.

Dies trifft beispielhaft auf Richter zu, die:

- eine unfallbedingte Hirnschädigung annehmen und sich weigern, einen wahrscheinlich vorbestehenden Tumor abzuklären;
- ohne Grund das Ermessen eines medizinischen Gutachters durch das eigene Ermessen ersetzen (z.B. Grad der Behinderung in einer bestimmten Tätigkeit);
- ein Obergutachten ablehnen, obschon alle gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere ein Parteigutachten höchster Kompetenzstufe, welches das gerichtliche Gutachten als «Schrott-Gutachten» (unten) disqualifiziert hat;
- über die Frage Beweis führen wollen, ob eine vollständige und lebenslange Invalidität grundsätzlich geeignet sei, die Lebensqualität eines Geschädigten zu beeinträchtigen;
- alte Zöpfe in das neue Recht retten möchten, eine Beweisführung nach dem früheren System der «*allégués distincts*» (unten zur ZPO-VD) verlangen und den Parteien, die sich an die ZPO-CH halten, unter Androhung von Säumnisfolgen eine Nachfrist zur «Verbesserung» ihrer ZPO-kompatiblen Rechtsschrift ansetzen.

HÖCHERL¹³ vermisst die menschliche Erfahrung in der Berufung zum Richteramt: «*Wir schicken junge Abgänger von den Universitäten mit bescheidener Bewährungszeit auf die Richterbank*». Schon 1984 hat er festgehalten,¹⁴ bei den obergerichtlichen und oberstrichterlichen Entscheidungen falle auf, dass auffallend wenig von den in ständiger Fortschreibung stehenden modernen Erkenntnissen aus den Bereichen der Aussagepsychologie, der Neuropsychologie, der modernen Gehirnforschung und verwandten Disziplinen die Rede sei.

Der ständigen richterlichen Weiterbildung kann nicht genügend Beachtung geschenkt werden.

Bei komplexen Personenschäden kommt das Problem hinzu, dass viele medizinische Gutachten Mängel aufweisen. Sie stellen eine sachgerechte Beurteilung infrage.¹⁵

⁴ STEIN-WIGGER, a.a.O., 1410.

⁵ HERMANN HÖCHERL, Die richterliche Überzeugung, in: Festgabe für Karl Peters, Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, 1984, 17.

⁶ JÜRGE SOLLBERGER, a. Oberrichter des Kantons Bern, in: plädoyer 5/02, Sonderbeilage Oktober 2005, 22.

⁷ BGer 4A_270/2011 vom 5.8.2011; WALTER FELLMANN, Haftung des Halters gegenüber andern Haltern nach Art. 61 SVG, Tagung Weiterbildung Recht, Universität Luzern, 18.4.2014, Tagungsband, 61 ff.; KLAUS MATHIS, Effiziente Haftung, Heuristics and Biases, in: HAVE Haftpflichtprozess 2013, 13 ff., insbesondere 22 ff. zu kognitiven Täuschungen.

⁸ STEIN-WIGGER, a.a.O.

⁹ FELLMANN, a.a.O., 63: «*Nach einer Studie ... schätzten sich in den USA 87,7% der Richter als überdurchschnittlich befähigt ein. Nach einer Studie von Schweizer seien es in der Schweiz sogar 92%*».

¹⁰ PETER ALBRECHT, plädoyer 3/14, 15, diagnostiziert bei den Richtern ein Desinteresse am Recht.

¹¹ WILFRIED KÜPER, Historische Bemerkungen zur «freien Beweiswürdigung» im Strafprozess, in: Festgabe für Karl Peters, Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, 1984, 45 f., hält fest, die vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung vorausgesetzte «Rationalität» und «Objektivität» der richterlichen Überzeugungsbildung sei auffallend wenig abgesichert, und er warnt vor einem naiv-unkritischen «Rationalitätsoptimismus».

¹² ALBRECHT, a.a.O., 18: «*Die Wirkung der Macht auf eine Person darf man aber ebenfalls nicht unterschätzen. Sobald gewisse Leute etwas Macht bekommen, sieht man, dass diese Macht auch leicht korrumpieren kann.*»

¹³ HÖCHERL, a.a.O., 19.

¹⁴ HÖCHERL, a.a.O., 20.

¹⁵ HANS RUDOLF STÖCKLI, in: Schweizer Versicherung, August 2006, 32 f.: «*1998 hat (Dr. med. Jacques) Meine 262 Gutachten aus dem Privatversicherungsbereich qualifiziert, wobei er 35 Prozent als einwandfrei taxierte, 36 Prozent als lückenhaft und 29 Prozent als schwer mangelhaft. Eine aktuelle Suva-interne Bewertung von 102 Gutachten ergab ein ebenso düsteres Bild*». CHRISTIAN A. LUDWIG, Gutachtenqualität im Unfallversicherungsbereich, in: Suva – Med. Mitteilungen, Nr. 77, 5: «*Wie eine Peer Review ergab, erfüllte jedoch jede zweite dieser ärztlichen Stellungnahmen weiter gehende Anforderungen, wie sie von potenziellen Folgenutzern an ein Gutachten gestellt werden können, nicht*». Inzwischen soll sich das düstere Bild etwas aufgehellt haben: Dem Suva-Gutachten-Clearing Jahresbericht 2012, in:

Für die Beweiswürdigung stellt ERWIN MURER fest,¹⁶ die Rechtsanwendungsentscheide würden zu fast 100% von der Medizin präjudiziert, der Rechtswender sei «zu einer fast 100%igen *Gehorsamsrate* aufgelaufen». Der Unwille des Richters, bei nach wie vor hoher Mangelhaftigkeit medizinischer Gutachten, dem Weg des Zweifels zu folgen, wird immer wieder sichtbar – selbst dann, wenn stringente Parteigutachten mehr als nur Zweifel wecken. Eine wesentliche Verbesserung der Beweiswürdigung im interdisziplinären Feld Arzt und Recht könnte eine nationale Clearingstelle – analog jener der Suva – bringen. Sie könnte das Qualitätscontrolling von medizinischen Gutachten übernehmen und dem Richter beratend zur Seite stehen.

Zum Thema der Bildung richterlicher Überzeugung, einem klassischen Thema der Kulturgeschichte der Menschheit,¹⁷ trägt die neue ZPO nichts Neues bei.

Es bleibt dabei, dass Anwälte manchmal weiterhin daran zweifeln werden, ob sie «noch all das an Willenskraft, Leidenschaft und Leidenszuwendung, aber auch an *langem Atem* und *Frustrationsbereitschaft aufbringen*» können und wollen, was ihr Beruf erfordert.¹⁸

Angesichts der zentralen Thematik der Beweiswürdigung verblassen alle andern ZPO-Probleme zu randständigen Alltagsfragen.

Es kann nicht Sache sein, hier auch nur annähernd eine abgesicherte Gesamtsicht aus drei Jahren ZPO zu bieten. Zu verweisen ist auf weiterführende Publikationen.¹⁹

Suva Medical 2013, 119 ff., ist zu entnehmen, dass die Gutachten-Clearingstelle der Suva 2012 insgesamt 550 Begutachtungsaufträge an Gutachterstellen vermittelt hat (36% interdisziplinäre; 64% monodisziplinäre). 73% der Gutachten wiesen eine gute bis sehr gute Qualität auf, 18% waren genügend, 9% mangelhaft.

¹⁶ ERWIN MURER, Qualität und Interdisziplinarität, Schweizerische Ärztezeitung, 2003/84; Nr. 44, 2312.

¹⁷ HÖCHERL, a.a.O., 18.

¹⁸ CHRISTIAN RICHTER, Praktische Theorie/Immer noch einmal, in: Festgabe für Karl Peters, Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, 1984, 235.

¹⁹ Insbesondere: ISAAK MEIER, Unbezahlte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos/STEPHEN V. BERTI, Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung/RAINER WEY, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung/ALFRED BÜHLER, Beweis und Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung/WALTER FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung; alle in: HAVE Haftpflichtprozess 2010; WALTER FELLMANN, Substanziierungspflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung/HARDY LANDOLT, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess/YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Haftpflichtprozess/ALFRED BÜHLER, Unentgeltliche Rechtspflege im Haftpflichtprozess; alle in: HAVE Haftpflichtprozess 2011; Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, in: HAVE Haftpflichtprozess 2012; KLAUS MATHIS, Effiziente Haftung, Heuristics and Biases/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Der Regressprozess – Der Regress der Sozialversicherung und der privaten Schadensver-

Allgemein ist STUDIGER²⁰ sehr lesenswert. Er befasst sich mit der eleganten und effizienten Prozessführung unter der neuen ZPO. Er sucht verständliche, pragmatische und praktikable Lösungen.²¹ Seine Ausführungen verstehen sich als Anleitung an die Zivilrichter des Kantons Bern und verdienen auch die Aufmerksamkeit der Anwaltschaft.

Aus der Optik des Prozessanwaltes lassen sich einige wenige Streiflichter werfen.

Beschwerden nach Art. 319 lit. b ZPO

Nach STUDIGER²² bringen solche Beschwerden lästige Verzögerungen des Verfahrens. Das Missfallen der Richter zeigt sich darin, dass bei der Anfechtung prozessleitender Verfügungen die Anforderungen an den *nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil* (Art. 319 lit. b Ziffer 2 ZPO) regelmässig überdehnt werden. Entspricht es schliesslich ständiger Praxis, auf Beschwerden nach Art. 319 lit. b ZPO nicht einzutreten, wird der vom Gesetzgeber vorgesehene Ausbau der Rechtsmittel Makulatur.

Teilklage/negative Feststellungswiderklage

Hier sei auf verschiedene Aufsätze hingewiesen, die in letzter Zeit veröffentlicht wurden.²³ Mit Interesse wartet man darauf, dass komplexe Personenschäden über Teilklagen im vereinfachten Verfahren anhängig gemacht werden, unter praktischem Ausschluss der negativen Feststellungswiderklage.²⁴ Einem solchen Vorgehen wäre die Auffassung von

sicherung/VOLKER PRIBNOW und YVES GOGNIAT, Substanziierung im Haftpflichtprozess/PETER REETZ und ALICE VORBURGER, Gutachten und Gutachterfragen; alle in: HAVE Haftpflichtprozess 2013.

²⁰ STUDIGER, a.a.O.

²¹ STUDIGER, a.a.O., 1 und 19.

²² STUDIGER, a.a.O., 15 f.

²³ Zur neuen ZPO: PHILIPP GREMPER/JAKOB MARTIN, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungswiderklage im vereinfachten Verfahren nach der Schweizerischen ZPO, in: AJP 1/2011, 90 ff.; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO, in: SJZ 107/2011, 302 ff.; MIGUEL SOGO, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, in: ZBJV 147/2011, 937 ff.; DANIEL SUMMERMATTER/ALEXIA SIDIROPOULOS, Rechtskraft und Rechtsschutzinteresse bei Teilklage und negativer Feststellungsklage: oder: darfs ein bisschen mehr sein?, in: HAVE 3/2013, 221 ff.; mit Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts und alternative Lösungsansätze; PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID/BENOÎT SANTSCHI, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren: ein Instrument zu risikoärmeren und schnelleren Durchsetzung von Forderungen aus Personenschäden, in: HAVE 4/2013, 322 ff.; ALEXANDER R. MARKUS/DANIEL WUFFLI, Probleme der negativen Feststellungsklage im internationalen Zivilprozess: Betrachtungen anlässlich BGE 138 III 174, in: ZSR 2014 I, 15 ff., insbesondere (31 ff.) auch zur Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage in der Schweiz (Zusammenfassung der Praxis).

²⁴ GREMPER/MARTIN, a.a.O.; WAGNER/SCHMID/SANTSCHI, a.a.O.; Fallbeispiel bei HAAS/SCHLUMPF, a.a.O., 302 ff.

HAAS/SCHLUMPF²⁵ entgegenzuhalten. Sie befürworten die Zulassung der Widerklage.²⁶ Um prozessökonomisch unsinnige Ergebnisse zu vermeiden, ist in sachgerechter Auslegung des Art. 90 lit. b ZPO auf die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart zumindest dann nicht abzustellen, wenn die Unterscheidung zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren nur vom Streitwert abhängig ist. HAAS/SCHLUMPF lehnen die Auffassung ab, wonach Art. 224 Abs. 1 ZPO der Streitwertberechnung nach Art. 94 Abs. 1 ZPO vorgeht, zumindest für den Fall, in dem sich der Beklagte im Wege einer Feststellungswiderklage gegen eine Teilklage wehrt.²⁷ Im Übrigen weisen die Autoren darauf hin, dass die Bestimmungen von Art. 86 und 224 ZPO nicht ausreichend aufeinander abgestimmt sind, und sie halten fest, dass die Verfahrenskoordination durch die u.a. von WAGNER et al. postulierte Sistierung (negative Feststellungswiderklage im ordentlichen Verfahren) einen schweren Eingriff in den Justizgewährungsanspruch des Beklagten darstellte.²⁸

Vorsorgliche Beweisführung/Beizug vom Fremdgutachten aus einem andern Verfahren

Wegleitend ist hier der Bundesgerichtsentscheid 4A_604/2013 vom 25.4.2014.

Ein Geschädigter wollte im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung durch den Richter strittige Fragen zur Kausalität, Höhe des behaupteten Haushaltschadens wie auch eines Drittschadens sowie eines IV-Kapitals aus der Insassenversicherung zwecks Abwägung der Prozessrisiken abklären lassen. Diese Taktik steht neben der anderen, soeben dargestellten, Komplexschäden über Teilklagen im vereinfachten Verfahren abzuwickeln. Die Beschwerde wurde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Vorinstanzen und Bundesgericht wiesen das Gesuch ab, weil schon umfangreiche medizinische Akten aus den IV- und Suva-Verfahren vorlagen, die für eine Einschätzung der Prozesschancen genügten. Ein Zivilrichter darf Gutachten aus anderen Verfahren beiziehen, zumal im Zivilprozess Einreden und/oder Ergänzungsfragen seitens der Parteien immer noch möglich sind und allenfalls auch ein neues Gutachten angeordnet werden kann. E.2.2.: «Der Zivilrichter darf ein Gutachten, das von einer andern Behörde in Auftrag gegeben und in einem andern Verfahren erstattet wurde (z.B. ein im Strafverfahren eingeholtes verkehrstechnisches Gutachten oder eine von einem Sozialversicherungsträger

veranlasste medizinische Expertise) als gerichtliches Gutachten beiziehen. Die Beweistauglichkeit solcher Fremdgutachten wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass den Parteien diesbezüglich im Hauptprozess das rechtliche Gehör zu gewähren ist, wozu ausser einer Stellungnahme zum Inhalt des Fremdgutachtens (Art. 187 Abs. 4 ZPO) auch die Möglichkeit gehört, sich nachträglich noch zur Person des Gutachters (Art. 183 Abs. 2 ZPO) zu äussern und Ergänzungsfragen (Art. 185 Abs. 2 ZPO) zu stellen. Fremdgutachten sind mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilrichter selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft selbstverständlich nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) richtet und im Hauptprozess ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden kann, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Fremdgutachtens einer kritischen Würdigung nicht standhalten». Eine immer wieder kontroverse Frage wurde damit höchstrichterlich entschieden.

Gute, alte Bräuche

In einem Scheidungsverfahren vor den waadtländischen Behörden reichte der Beklagte eine Klageantwort und Widerklage ein, die den Formvorschriften von Art. 221 ZPO entsprach. Die Rechtsschrift enthielt allerdings keine «*exposition articulée des faits rangés sous des numéros d'ordre*» bzw. keine «*indication précise, à la suite de chaque fait allégué, des preuves offertes*» im Sinne der früheren CPC/VD, Art. 262.

Der erstinstanzliche Richter setzte dem Beklagten/Widerkläger eine Nachfrist zur Verbesserung an, dies in der Meinung, Art. 221 ZPO fordere eine Darlegung in «*allégués distincts*». CPC-Tappy, art. 221 N 21 hält dabei fest: «*Contrairement à des nombreuses procédures cantonales antérieures, l'art. 221 al. 1 let. d CPC n'exige pas une numération des allégations de faits. L'absence de numéros ne saurait justifier l'application de l'art. 130 ou une irrecevabilité de la demande*». Gegen die Verfügung (Nachfrist) wurde eine Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b ZPO anhängig gemacht. Gerade dieser Fall zeigt, dass sich im Gegensatz zur Auffassung von STUDIGER durchaus Fälle denken lassen, die Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen rechtfertigen.

Zwei-Klassen-Justiz

Die Erfahrung zeigt, dass auch unter der neuen ZPO der Rechtsschutz dem Bürger in vielen Fällen versagt bleibt. Beim Unterliegen können die Prozesskosten ohne Weiteres 40 Prozent des eingeklagten Betrages erreichen. Wie sollen mittelständische

²⁵ HAAS/SCHLUMPF, a.a.O.

²⁶ HAAS/SCHLUMPF, a.a.O., 309.

²⁷ HAAS/SCHLUMPF, a.a.O., 306 f.

²⁸ HAAS/SCHLUMPF, a.a.O., 309.

Geschädigte, die beispielsweise aus einer Kollision Eisenbahn/Pw einen Versorgerschaden von einer Million Franken einklagen, ein Prozessrisiko von 400 000 Franken abdecken? ISAAK MEIER, Professor für Zivilprozessrecht an der Universität Zürich, spricht von einem enormen Risiko, das mit vermögensrechtlichen Streitigkeiten verbunden sei.²⁹ PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP, Vizepräsident des schweizerischen Anwaltsverbandes: «Wenn es so weitergeht, werden bald nur noch ganz Reiche und ganz Arme für ihr Recht kämpfen können».³⁰ Die NZZ³¹ spricht von absurden Preisen, die für staatliche Leistungen zu bezahlen sind.

Die Gerichte sollten sich, namentlich in Haftpflichtfällen, zu einer besonderen Zurückhaltung in der Erhebung von Gerichtskosten veranlasst sehen und von Art. 107 ZPO gebührenden Gebrauch machen.

Fazit

Richtig angewendet, kann die neue ZPO wie die früheren kantonalen Ordnungen einen Fair Trial sicherstellen. Richter, die nicht wollen, können auch im Rahmen der ZPO-CH Missbrauch treiben. Der Gehilfe des materiellen Rechts, das Zivilprozessrecht, zieht geschlagen ab.

Vor Richtern, die demütig und leidenschaftlich zugleich, voller Neugier Beweise erheben und würdigen, die Tag für Tag mit der Durchsetzung subjektiver Rechte (Jhering) unsern Rechtsstaat «herstellen», hat man, wie es der Altmeister des Zivilprozessrechtes Max Kummer lehrte, tief den Hut zu ziehen.

Es kommt drauf an, was man daraus macht

Max B. Berger*

In der Praxis erweist sich die eidgenössische ZPO als wesentliche Veränderung zu den vorangehenden kantonalen Prozessordnungen. Es fällt dabei allerdings auch auf, dass fast jede kantonale Justizbehörde die neue ZPO nach ihrer bisherigen Praxis lebt. Beeindruckend ist etwa die Anzahl von Bundesgerichtsentscheiden, die erfolgten, weil sich Zürcher Gerichte offenbar nur schlecht mit dem Umstand abfinden konnten, dass es (für Zürich) neu die vorsorgliche Beweisführung¹ gibt. In Bern gab es diese schon sehr viele Jahre² und sie wurde nicht einmal sonderlich oft genutzt. Interessant ist auch, dass viele kantonale Gerichte erster Instanz für den Schriftenwechsel eine Frist von einem Monat gewähren, einmal erstreckbar, andere durchaus aber bloss drei Wochen, dafür zweimalig erstreckbar. Auch sind die Zusammensetzungen der Gerichte, hier spielt der Föderalismus noch, sehr unterschiedlich. Zurück zum Bundesrecht: Plädoyernotizen sind vielerorts geradezu verpönt, andernorts schon fast verlangt. Die Beweisaufnahme erfolgt ebenfalls nach unterschiedlichsten Vorstellungen: Es gibt Gerichte, die zeichnen den Ton auf und verfassen dazu Protokolle. Mancherorts unterschreibt ein Zeuge danach gar nichts (ausser die Quittung für das Zeugengeld vielleicht). Andere Gerichte «kennen» die Tonaufnahme nicht, alles wird sinngemäss protokolliert und danach – je nachdem, wo man gerade ist – verlesen oder zum Durchlesen abgegeben.

Sicherlich, beim Geschilderten handelt es sich weitgehend um Formalien, aber auch diese tragen dazu bei, Ansprüche leichter oder weniger gut durchsetzen zu können. Es ist nicht nur für die Betroffenen, sondern auch für die Richterin, den Anwalt von Bedeutung, wie lange eine Verhandlung dauert, wie «zäh» oder «flüssig» es vorangeht. Dazu sei auf eine Studie verwiesen, wonach Richter kurz nach dem Essen 65% der gestellten Gesuche guthiessen, während die Quote kurz vor dem Essen bei fast 0% lag.³ Damit bleibt, kurz gesagt, das Wichtigste beim Al-

* Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, <www.advokatur-berger.ch>, Bern.

¹ Art. 158 ZPO, Vorsorgliche Beweisführung:

¹ Das Gericht nimmt jederzeit Beweis ab, wenn: a. das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt; oder b. die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. ² Anzuwenden sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen.

² Art. 222 aZPO-BE.

³ <http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full.pdf+html>.

²⁹ ISAAK MEIER, NZZ, Nr. 127, 04.06.2014, 15.

³⁰ PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP, NZZ, Nr. 127, 04.06.2014, 15.

³¹ NZZ, Nr. 127, 04.06.2014, 15.