

Renato Bucher

Übersicht über die Teilrevision der Zivilprozessordnung

Am 26. Februar 2020 hat der Bundesrat die Botschaft und den Entwurf zu einer Teilrevision der Schweizerischen Zivilprozessordnung an das Parlament verabschiedet. Obschon sich die ZPO grundsätzlich bewährt hat, schlägt der Bundesrat unter dem Titel der Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung punktuelle Anpassungen vor, welche in der Praxis grosse Auswirkungen zeitigen dürften. Um die Teilrevision nicht zu gefährden, soll die umstrittene Frage der kollektiven Rechtsdurchsetzung von der Revision abgetrennt und separat behandelt werden. Dieser Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Änderungen, welche der Entwurf vorsieht.

Beitragsart: Beiträge
Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Renato Bucher, Übersicht über die Teilrevision der Zivilprozessordnung, in: Jusletter 6. April 2020

Inhaltsübersicht

1. Einführung
 - 1.1. Hintergrund der Teilrevision «Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung»
 - 1.2. Abtrennung der kollektiven Rechtsdurchsetzung von der Teilrevision
 - 1.3. Übersicht über die Änderungen
2. Zu einzelnen materiellen Änderungen der ZPO im Rahmen der Teilrevision
 - 2.1. Zuständigkeit der Handelsgerichte
 - 2.2. Verzicht auf die Bezifferung von Streitverkündungsklagen
 - 2.3. Streitwertregelung für Verbandsklagen
 - 2.4. Anpassungen im Kostenrecht
 - 2.4.1. Reduzierte Kostenvorschüsse
 - 2.4.2. Rücküberbindung des Inkassorisikos für Gerichtskosten auf den Staat
 - 2.4.3. Solidarische Haftung nur noch bei notwendigen Streitgenossenschaften
 - 2.4.4. Unentgeltliche Rechtspflege auch für vorsorgliche Beweisführung
 - 2.5. Verfahrenssprache Englisch
 - 2.6. Beweisrecht
 - 2.6.1. Keine Mitwirkungspflichten für unternehmensinterne Rechtsdienste
 - 2.6.2. Einvernahmen mittels Videokonferenzen
 - 2.6.3. Privatgutachten als Beweismittel
 - 2.7. Schlichtungsverfahren
 - 2.7.1. Einführung fakultativer Schlichtungsverfahren bei Klagen vor einzigen kantonalen Instanzen bzw. Handelsgerichten
 - 2.7.2. Ausschluss von Schlichtungsverfahren bei verbundenen Klagen
 - 2.7.3. Ordnungsbusse bei Säumnis an der Schlichtungsverhandlung
 - 2.7.4. Entscheidungsvorschläge bis zu einem Streitwert von CHF 10'000
 - 2.8. Aufschiebung der Vollstreckung von Endentscheiden
 - 2.9. Rechtsmittel
 - 2.9.1. Beschwerdemöglichkeit gegen Abschreibungsentscheide
 - 2.9.2. Unbegründete Rechtsmittelentscheide
 - 2.10. Koordination von Klagen vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten
 - 2.11. Schlussbestimmungen
 - 2.11.1. Informationspflichten insbesondere bezüglich Prozessfinanzierung
 - 2.11.2. Statistische Erhebungen
3. Schlussbemerkungen

1. Einführung

1.1. Hintergrund der Teilrevision «Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung»

[1] Die geltende Schweizerische Zivilprozessordnung¹ wurde im Dezember 2008 verabschiedet und trat am 1. Januar 2011 in Kraft. Seitdem hatte das schweizerische Bundesgericht die Gelegenheit, etliche strittige Punkte bereits höchstrichterlich zu klären. Ungeachtet dessen sind zahlreiche Fragen weiterhin unklar, was angesichts der erstmaligen Einführung einer schweizweit einheitlichen Zivilprozessordnung aber nicht überrascht.

¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

[2] Ausgangspunkt der nun vorliegenden Teilrevision war eine Motion, welche die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates im November 2014 eingereicht hat.² Mit der vom Ständerat im März 2015 und vom Nationalrat im September 2015 angenommenen Motion wurde der Bundesrat beauftragt, nach einer Prüfung der Praxistauglichkeit der ZPO die erforderlichen Gesetzesanpassungen dem Parlament zu beantragen. Ein vergleichbares Postulat wurde kurz zuvor bereits im Nationalrat eingebracht und von demselben im Dezember 2014 angenommen.³

[3] Das Vernehmlassungsverfahren dauerte von März bis Juni 2018. Im Rahmen der Revision haben alle Kantone, sechs politische Parteien sowie 75 Organisationen und weitere Vernehmlassungsteilnehmer Stellung genommen. 16 Kantone, fünf Parteien und 46 Organisationen (u.a. diverse Wirtschafts- und Konsumentenverbände sowie Universitäten) begrüssen die Teilrevision grundsätzlich, währenddem nur sechs Kantone und eine Partei eine Teilrevision gesamthaft ablehnen.⁴

[4] Der Entwurf⁵ mit der Botschaft⁶ zur Teilrevision der ZPO wurde durch den Bundesrat am 26. Februar 2020 verabschiedet. Er wird im Ständerat als erstbehandelnder Rat beraten.⁷

1.2. Abtrennung der kollektiven Rechtsdurchsetzung von der Teilrevision

[5] Stark umstritten waren in der Vernehmlassung einzig die Vorschläge für eine Stärkung der kollektiven Rechtsdurchsetzung von Massen- und Streuschäden. Um den weitgehend unumstrittenen Teil nicht zu gefährden, hat der Bundesrat deshalb entschieden, die Frage des kollektiven Rechtsschutzes aus dieser Vorlage herauszulösen und separat zu behandeln. Gelegenheit hierzu besteht im Rahmen der Behandlung der Motion BIRRER-HEIMO⁸, welche im September 2013 eingereicht und vom Nationalrat im Dezember 2013 sowie vom Ständerat im Juni 2014 angenommen wurde. Mit der Motion wurde der Bundesrat beauftragt, «die notwendigen Gesetzesänderungen auszuarbeiten, welche es einer grossen Anzahl gleichartig Geschädigter erleichtern, ihre Ansprü-

² Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Motion 14.4008, «Anpassung der Zivilprozessordnung», eingereicht am 17. November 2014, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20144008>.

³ Karl Vogler, Postulat 14.3804, «Zivilprozessordnung. Erste Erfahrungen und Verbesserungen», eingereicht am 24. September 2014, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143804>.

⁴ Vgl. Bundesamt für Justiz, Revision der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), Übersicht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 29. Januar 2020, abrufbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2940/Ergebnisbericht_ZPO-Praxis_de.pdf.

⁵ Entwurf vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/entw-d.pdf> (zit. E-ZPO bzw. E-BGG und E-IPRG für die weiteren zu ändernden Erlasse; zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Beitrages noch nicht im Bundesblatt veröffentlicht).

⁶ Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/bot-d.pdf> (zit. Botschaft). Da zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Beitrages der Entwurf und die Botschaft noch nicht im Bundesblatt publiziert wurden, beziehen sich die Seitenzahlen auf diejenige Fassung der Botschaft, welche zusammen mit der Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. Februar 2020 (abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2020/2020-02-260.html>) publiziert wurde.

⁷ Geschäft des Bundesrates 20.026, «Zivilprozessordnung. Änderung», abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200026>.

⁸ Prisca Birrer-Heimo, Motion 13.3931, «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung», eingereicht am 27. September 2013, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20133931>.

che gemeinsam vor Gericht geltend zu machen. Es sollen einerseits die bereits bestehenden Instrumente ausgebaut und andererseits auch neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes geschaffen werden.»

1.3. Übersicht über die Änderungen

[6] Für einen raschen Überblick über die Änderungen, welche der Bundesrat nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens dem Parlament vorschlägt, kann auf die «Markup-Version» der ZPO verwiesen werden. Diese zeigt auf einen Blick die Streichungen, Ergänzungen und Änderungen im Vergleich zum *Status quo* auf.

[7] Auf einzelne Änderungen wird nachfolgend vertieft eingegangen. Dabei wird der Fokus auf diejenigen Änderungen gelegt, welche nicht bloss die seit 2011 ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung zur ZPO kodifizieren oder sonstige redaktionelle Anpassungen darstellen, sondern echte Neuerungen im Vergleich zum geltenden Recht darstellen. Nicht thematisiert werden in diesem Beitrag die Änderungen im Bereich der besonderen eherechtlichen Verfahren, Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten sowie Verfahren bei eingetragener Partnerschaft.

2. Zu einzelnen materiellen Änderungen der ZPO im Rahmen der Teilrevision

2.1. Zuständigkeit der Handelsgerichte

[8] In der Schweiz verfügen derzeit vier Kantone⁹ über Handelsgerichte, welche handelsgerichtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanzen beurteilen. Entscheide der Handelsgerichte können ausschliesslich beim Bundesgericht als Höchstgericht angefochten werden, wobei das Bundesgericht nur über eine eingeschränkte Kognition verfügt. Namentlich prüft das Bundesgericht bloss Rechtsfragen mit voller Kognition, während in die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung nur bei Willkür eingegriffen wird.¹⁰

[9] Die Grundanforderungen an handelsrechtliche Streitigkeiten bleiben unter der Teilrevision trotz gewisser Präzisierungen unverändert. Namentlich muss weiterhin die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sein, der Streitwert muss CHF 30'000 übersteigen und die Parteien müssen im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sein. Inhaltlich geändert wird, dass in Art. 6 Abs. 2 Bst. d E-ZPO unter anderem Streitigkeiten aus der Miete und Pacht von Geschäftsräumen generell von der Zuständigkeit der Handelsgerichte ausgeschlossen werden sollen.¹¹

[10] Völlig neu ist jedoch Art. 6 Abs. 4 Bst. c E-ZPO, wonach die Kantone zusätzlich die Möglichkeit erhalten, Handelsgerichte neben den klassischen handelsrechtlichen Streitigkeiten neu auch Streitigkeiten zwischen Parteien unabhängig eines Handelsregistereintrags entscheiden zu lassen, sofern zumindest die geschäftliche Tätigkeit einer Partei betroffen ist und der Streitwert CHF 100'000 überschreitet. Erforderlich ist hierfür, dass mindestens eine Partei ihren Wohnsitz,

⁹ Aargau, Bern, St.Gallen und Zürich.

¹⁰ Art. 95 ff. BGG.

¹¹ Botschaft, S. 34.

gewöhnlichen Aufenthaltsort oder Sitz *nicht* in der Schweiz hat. Dabei genügt, dass dies zumindest beim Abschluss eines Vertrags oder einer Gerichtsstandsvereinbarung vorlag.¹² Zudem müssen die Parteien der Zuständigkeit des Handelsgerichts zustimmen, was üblicherweise in einer Gerichtsstandsvereinbarung erfolgen dürfte, aber auch durch Einlassung erfolgen kann.¹³ Dies ist ein Novum, da bislang die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts der Parteidisposition entzogen war.¹⁴ Der Bundesrat will mit Art. 6 Abs. 4 Bst. c E-ZPO internationale Streitfälle erfassen, die kaufmännischer, technischer oder ähnlicher Natur sind.¹⁵

[11] Damit sollen Ideen und Bestrebungen der Kantone unterstützt werden, spezialisierte Gerichtskammern oder -abteilungen mit spezifischen Verfahrensregeln für die Abwicklung internationaler Handelsstreitigkeiten schaffen zu können.¹⁶ Darauf hatten insbesondere die Kantone Zürich und Genf hingewirkt. Gemäss Bundesrat kann sich die Schweiz damit «nicht nur als einer der gefragtesten Standorte für internationale Schiedsgerichte, sondern allgemein als internationaler Justizplatz in Handelssachen behaupten und positionieren».¹⁷ Zu diesem Zweck werden ebenfalls bundesrechtlich die Grundlagen für Englisch als Verfahrenssprache sowie die Möglichkeit für Einvernahmen von Zeugen und Parteibefragungen sowie die Erstattung von Gutachten mittels Videokonferenz geschaffen (siehe hierzu Rz. 28 ff. und 39 ff. unten).

[12] Im Zusammenhang mit der Stärkung des Justizdienstleistungsplatzes Schweiz war für die «neuen» internationalen handelsgerichtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 Bst. c E-ZPO auch eine Anpassung von Art. 5 Abs. 3 E-IPRG nötig, indem u.a. in solchen Fällen ausgeschlossen wird, dass ein prorogiertes Handelsgericht seine Zuständigkeit ablehnt (neuer Bst. c).

2.2. Verzicht auf die Bezifferung von Streitverkündungsklagen

[13] Die mit der ZPO erstmals schweizweit eingeführte Streitverkündungsklage konnte sich in der Praxis noch nicht etablieren. Der Bundesrat will diesem Umstand mit einer klareren Fassung von Art. 81 E-ZPO begegnen, wobei dies aber nicht zu einer wesentlichen materiellen Änderung des geltenden Rechts führen soll.¹⁸

[14] Einzig in einem wichtigen Punkt soll eine materielle Änderung erfolgen. Neu soll auf eine Bezifferung von Streitverkündungsklagen verzichtet werden können, wenn sie dieselbe Leistung betreffen, zu der die streitverkündende Partei ihrerseits im Hauptverfahren verpflichtet wird (Art. 82 Abs. 1 E-ZPO). Damit soll die unbefriedigende Rechtsprechung des Bundesgerichts korrigiert werden, welche auch in solchen Fällen – namentlich Regressklagen – eine Bezifferung vorschreibt.¹⁹ Gemäss Bundesrat führt die bestehende Rechtslage dazu, dass das Risiko der streitverkündenden Partei, mit ihrer Streitverkündungsklage zu über- oder unterklagen, sehr gross ist und diese damit aus Prozesskostenrisikoüberlegungen wenig attraktiv erscheint.²⁰

¹² Botschaft, S. 35.

¹³ Botschaft, S. 34.

¹⁴ Vgl. BGE 142 III 623.

¹⁵ Botschaft, S. 34.

¹⁶ Botschaft, S. 30.

¹⁷ Botschaft, S. 22.

¹⁸ Botschaft, S. 39 f.

¹⁹ BGE 142 III 102.

²⁰ Botschaft, S. 40 f.

2.3. Streitwertregelung für Verbandsklagen

[15] Bislang ist der Streitwert für Verbandsklagen in der ZPO nicht speziell normiert und bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der Art. 91–94 ZPO. Bei Verbandsklagen auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung, welche allesamt nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme lauten, stellt das Gericht mangels einer Einigung der Parteien über den Streitwert *de lege lata* auf das sogenannte Kollektivinteresse der betroffenen Personen ab. Jenes Kollektivinteresse ist deutlich höher als das eigentliche Interesse des klagenden Verbands. Dieser Umstand führt dazu, dass der Streitwert solcher Verbandsklagen sehr hoch ist, was auf das Kostenrisiko durchschlägt. Dies ist gemäss Bundesrat aber nicht konsequent, weil Streitgegenstand einer Verbandsklage nicht die Gesamtheit der Ansprüche der einzelnen betroffenen Personen ist, da über diese gerade nicht rechtskräftig entschieden wird.²¹

[16] Daher hält Art. 94 E-ZPO fest, dass bei einer Verbandsklage das Gericht den Streitwert stets *nach Ermessen* entsprechend dem Interesse der einzelnen Angehörigen der betroffenen Personen-Gruppe und der Bedeutung des Falls festlegt, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind. Bei seinem Ermessensentscheid darf das Gericht nicht mehr vom Kollektivinteresse oder kumulierten Interesse der betroffenen Personen ausgehen, da Streitgegenstand stets nur der eigene Anspruch der klagenden Organisation ist.²²

2.4. Anpassungen im Kostenrecht

2.4.1. Reduzierte Kostenvorschüsse

[17] Nach der geltenden Rechtslage können Gerichte von der klagenden Partei Vorschüsse bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Neuerdings sollen solche Vorschüsse aber nur noch höchstens die *Hälfte* der mutmasslichen Gerichtskosten betragen dürfen (Art. 98 Abs. 1 E-ZPO). Damit sollen der verbreiteten Kritik über die «Paywall» um die Justiz Rechnung getragen und faktische Zutrittsschranken zum Rechtsschutz abgebaut werden.²³ Der Bundesrat will damit auf den gesetzgeberischen Entscheid zum Zeitpunkt der Schaffung der ZPO zurückkommen, als in die gleiche Richtung gehende Vorschläge vom Parlament primär aus fiskalischen Gründen abgelehnt wurden.²⁴

[18] Ausnahmen bestehen in Bezug auf die neuen internationalen handelsgerichtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 4 Bst. c E-ZPO (siehe Rz. 10 oben), direkte Klagen beim oberen kantonalen Gericht gemäss Art. 8 ZPO, Schlichtungsverfahren, summarische Verfahren (jedoch mit der wichtigen Gegen Ausnahme vorsorglicher Massnahmen sowie gewisser familienrechtlicher Streitigkeiten) und Rechtsmittelverfahren. Bei diesen Verfahren kann der Kostenvorschuss nach wie vor bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten betragen (Art. 98 Abs. 2 E-ZPO). Diese Ausnahmen sind insbesondere durch die Kritik einer knappen Mehrheit der Kantone im Vernehmlassungsverfahren motiviert, welche Mehrkosten befürchten.²⁵

²¹ Botschaft, S. 42 f.

²² Botschaft, S. 43.

²³ Botschaft, S. 16 und 45.

²⁴ Botschaft, S. 17 f.

²⁵ Botschaft, S. 45.

[19] Explizit nicht eingreifen will der Bundesrat in die kantonale Tarifhoheit im Sinne einer Schaffung schweizweit einheitlicher Gebührentarife oder zumindest eines Rahmen- oder Maximaltarifs – ungeachtet der teilweise deutlich gestiegenen Prozesskostentarifen.²⁶ Nach Ansicht des Bundesrates stehen «die Kantone in der Pflicht, im Rahmen ihrer Tarifautonomie auch weiterhin eine erschwingliche Zivilgerichtsbarkeit zu gewährleisten».²⁷

2.4.2. Rücküberbindung des Inkassorisikos für Gerichtskosten auf den Staat

[20] Neben den halbierten Gerichtskostenvorschüssen enthält die Teilrevision eine zweite zentrale Änderung im Bereich des Kostenrechts. *De lege lata* hat die kostenpflichtige Partei der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse für Gerichtskosten zu ersetzen. In anderen Worten hat die obsiegende Klägerin, welche den Gerichtskostenvorschuss leisten musste, diesen von der unterliegenden Beklagten im Sinne einer Ersatzforderung zurückzuverlangen, währenddem der Staat den Kostenvorschuss grundsätzlich einbehält. Der Staat wälzt damit das Inkassorisiko für Gerichtskosten zumindest teilweise – konkret bis zur Höhe der geleisteten Vorschüsse – auf die obsiegende Klägerin ab.²⁸

[21] Neuerdings sollen gemäss Art. 111 Abs. 1 E-ZPO die Gerichtskosten aber nur noch mit den Vorschüssen verrechnet werden, wenn die Partei, welche den Vorschuss geleistet hat, kostenpflichtig ist – also insbesondere wenn die Klägerin unterlag. In den übrigen Fällen wird ein Kostenvorschuss zurückerstattet und der Staat hat den Fehlbetrag bei der kostenpflichtigen Partei (insbesondere der unterliegenden Beklagten) nachzufordern. Damit wird das Inkassorisiko für die Gerichtskosten gegenüber einer unterliegenden Beklagten von der obsiegenden Klägerin auf den Staat zurückübertragen. Der Bundesrat führt hierzu aus, dass sich weder mit der Privatautonomie noch mit fiskalischen Interessen rechtfertigen lasse, die Parteien das Inkassorisiko für vom Staat verlangte Gerichtskosten tragen zu lassen. Schliesslich handle es sich bei der Justiz um eine essentielle Staatsaufgabe.²⁹

[22] Eine Gegen Ausnahme besteht jedoch bei den in Art. 98 Abs. 2 E-ZPO erwähnten Verfahren, d.h. in denselben Verfahren, wo auch weiterhin Vorschüsse bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden können (vgl. hierzu Rz. 18 oben). In diesen Verfahren wird die geltende Rechtslage materiell nicht verändert, weshalb das Inkassorisiko für Gerichtskosten zumindest bis zur Höhe der geleisteten Vorschüsse weiterhin bei der obsiegenden Klägerin, Geschwisterin oder Rechtsmittelführerin verbleibt. Damit wird wiederum teilweise der Kritik der Kantone Rechnung getragen, welche sich in einer Mehrheit gegen die staatliche Übernahme des Inkassorisikos aussprachen.³⁰

2.4.3. Solidarische Haftung nur noch bei notwendigen Streitgenossenschaften

[23] Nach der geltenden Regelung kann ein Gericht für die Verteilung der Prozesskosten (d.h. insbesondere die Gerichtskosten und Parteientschädigung) stets auf solidarische Haftung erken-

²⁶ Botschaft, S. 17.

²⁷ Botschaft, S. 18.

²⁸ Botschaft, S. 48.

²⁹ Botschaft, S. 17.

³⁰ Botschaft, S. 48.

nen, wenn am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt waren. Diese Regelung gilt gemäss Bundesrat auch für einfache Streitgenossenschaften, weshalb jeder Streitgenosse zumindest das hypothetische Kostenrisiko für die gesamten Prozesskosten trägt. Dies führt gemäss Bundesrat letztlich dazu, dass in vielen Fällen auf die prozessual durchaus interessante und ökonomische Verfahrensform der (einfachen) Streitgenossenschaft gerade auch in Massenschadensfällen verzichtet wird.³¹

[24] Um diese für den Bundesrat «nur beschränkt»³² befriedigende Rechtslage zu korrigieren, soll in Art. 106 Abs. 3 E-ZPO geregelt werden, dass bloss noch bei *notwendiger* Streitgenossenschaft auf eine solidarische Haftung erkannt werden kann.

2.4.4. Unentgeltliche Rechtspflege auch für vorsorgliche Beweisführung

[25] Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, da in solchen Verfahren keine materiellrechtlichen Rechte oder Pflichten der Parteien zur Beurteilung stehen.³³

[26] Der Bundesrat betrachtet Kritik, welche in der Lehre gegen diese bundesgerichtliche Praxis geäussert wird, als berechtigt. Deshalb soll in Art. 118 Abs. 2 E-ZPO ausdrücklich festgehalten werden, dass unentgeltliche Rechtspflege auch für die vorsorgliche Beweisführung gewährt werden kann.³⁴

[27] Für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung muss ebenfalls Nichtaussichtslosigkeit in Bezug auf das konkret in Frage stehende Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gegeben sein (Art. 117 Bst. b ZPO). In diesem Zusammenhang plädiert der Bundesrat für eine Heranziehung der Praxis zur unentgeltlichen Rechtspflege bei vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen.³⁵

2.5. Verfahrenssprache Englisch

[28] Art. 129 ZPO sieht *de lege lata* vor, dass Verfahren in der Amtssprache des zuständigen Kantons geführt werden. Bei mehreren Amtssprachen regeln die Kantone den Gebrauch der Sprachen.³⁶ Bundesrechtlich besteht keine Möglichkeit für Kantone, andere als die Amtssprachen zu nutzen. Dies betrachtet der Bundesrat als zu restriktiv.³⁷

[29] Nach Art. 129 Abs. 2 E-ZPO können Kantone daher neu vorsehen, dass auf Antrag sämtlicher Parteien eine andere Landessprache oder die englische Sprache benutzt werden kann. Damit soll den Kantonen nicht nur an den Sprach- und Landesgrenzen eine grössere Flexibilität durch die Verwendung anderer Landessprachen eingeräumt, sondern insbesondere auch eine bessere und

³¹ Botschaft, S. 47.

³² Botschaft, S. 47.

³³ BGE 140 III 12; BGE 141 I 241; vgl. auch Botschaft, S. 49.

³⁴ Botschaft, S. 49.

³⁵ Botschaft, S. 49.

³⁶ Vgl. etwa in Bezug auf den Kanton Freiburg BGE 145 I 297.

³⁷ Botschaft, S. 50.

aktivere Positionierung der Schweiz als Justizplatz für internationale Zivil- und Handelssachen erreicht werden. Internationale Verfahren werden überwiegend in Englisch und teilweise in Französisch geführt. Der Bundesrat betrachtet es daher als essentiell, dass Zivilverfahren auch in einer anderen Sprache als einer kantonalen Amtssprache geführt werden können. Dies schliesst auch Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesgericht mit ein. Entsprechend soll im Bundesgerichtsgesetz³⁸ neu vorgesehen werden, dass Rechtsschriften in Englisch abgefasst werden können, sofern in einer Zivilsache das Verfahren vor der Vorinstanz in englischer Sprache geführt wurde (Art. 42 Abs. 1^{bis} E-BGG).³⁹

[30] Ob die Kantone von der neuen sprachlichen Flexibilität Gebrauch machen, ist diesen überlassen; der Bundesrat lehnt eine bundesrechtliche Vorgabe ausdrücklich ab.⁴⁰

[31] Zum Schutz der Parteien sieht Art. 129 Abs. 2 E-ZPO vor, dass die Verwendung einer anderen Sprache als einer kantonalen Amtssprache stets nur auf Antrag *sämtlicher* Parteien erfolgen darf. Dem Bundesrat schwebt dabei vor, dass in internationalen Zivil- und Handelssachen die Parteien die Verwendung der englischen Sprache als Verfahrenssprache bereits in ihrer Gerichtsstandsvereinbarung im Voraus verbindlich vereinbaren, was grundsätzlich als entsprechender Antrag im Sinne von Art. 129 Abs. 2 E-ZPO zu betrachten ist.⁴¹

[32] Da Art. 129 ZPO die Verfahrenssprache und nicht bloss die Sprache von Rechtsschriften zum Gegenstand hat, ist klar, dass neuerdings auch Entscheide nicht mehr in einer Amtssprache zu verfassen wären. Der Bundesrat hält diesbezüglich ausdrücklich fest, dass es den Kantonen respektive Gerichten ohne weiteres möglich ist, auf Kosten der Parteien eine Übersetzung von Entscheiden vorzusehen beziehungsweise zu erstellen.⁴²

[33] Art. 129 ZPO geht damit weiter als Art. 36 Abs. 3 des Patentgerichtsgesetzes, welches im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit bisher als Unikum die Verwendung der englischen Sprache mit Zustimmung des Gerichts und der Parteien vorsieht. Selbst in Verfahren vor Bundespatentgericht müssen das Urteil und verfahrensleitende Anordnungen in jedem Fall in einer Amtssprache abgefasst werden.⁴³

[34] Eine Ausnahme von Englisch als Verfahrenssprache gilt für das Bundesgericht, da Art. 42 Abs. 1^{bis} E-BGG bloss die Sprache von *Rechtsschriften* zum Gegenstand hat. Bundesgerichtliche Entscheide haben damit weiterhin stets in einer Amtssprache zu ergehen.⁴⁴ Die Verfahrenssprache vor Bundesgericht (Art. 54 BGG) wird damit nicht berührt und muss weiterhin eine Amtssprache sein. Diese Lösung entspricht inhaltlich dem Entwurf des Bundesrates zu einer Teilrevi-

³⁸ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

³⁹ Botschaft, S. 50.

⁴⁰ Botschaft, S. 50 f.

⁴¹ Botschaft, S. 51. In der Gerichtsstandsvereinbarung kann regelmässig sogleich die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte vereinbart werden; vgl. Rz. 10 oben.

⁴² Botschaft, S. 51.

⁴³ Art. 36 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundespatentgericht vom 20. März 2009 (PatGG; SR 173.41) soll durch die gegenständliche Teilrevision nicht geändert werden. Es wäre nach hier vertretener Auffassung aber zu begrüssen, wenn die Bestimmung ebenfalls dahingehend abgeändert würde, dass mit Zustimmung der Parteien auch Englisch als Verfahrenssprache genutzt werden kann, sodass Urteile des Bundespatentgerichts in Englisch ergehen könnten. In der Praxis werden gewisse Verhandlungen des Bundespatentgerichts bereits heute in Englisch geführt.

⁴⁴ Botschaft, S. 51.

sion des 12. Kapitels des IPRG⁴⁵ zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, mit welchem Art. 77 Abs. 2^{bis} E-BGG revidiert werden soll.⁴⁶

2.6. Beweisrecht

2.6.1. Keine Mitwirkungspflichten für unternehmensinterne Rechtsdienste

[35] Art. 160 Abs. 1 ZPO verpflichtet Parteien und Dritte zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Dies umfasst insbesondere die wahrheitsgemässe Aussage als Partei, Zeugin oder Zeuge sowie die Herausgabe von Urkunden und Duldung von Augenscheinen. Ein striktes Verweigerungsrecht besteht insbesondere für Anwältinnen und Anwälte.⁴⁷

[36] Die im März 2015 eingereichte parlamentarische Initiative MARKWALDER⁴⁸, welcher der Nationalrat im September 2016 Folge gab und auch die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates im Oktober 2016 zustimmte, verlangt eine Ausdehnung der Ausnahme von der Mitwirkungspflicht für unternehmensinterne Rechtsdienste. Der Bundesrat hat in der vorliegenden Teilrevision – wenn auch etwas widerwillig⁴⁹ – den Wortlaut der parlamentarischen Initiative MARKWALDER als «einzige erfolgsversprechende Kompromisslösung»⁵⁰ unverändert übernommen.

[37] Demnach soll in Bezug auf die Tätigkeit eines unternehmensinternen Rechtsdienstes für die Parteien und Dritte keine Mitwirkungspflicht bestehen, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens müsste die betreffende Tätigkeit des unternehmensinternen Rechtsdienstes bei einer Anwältin oder einem Anwalt als berufsspezifisch gelten. Dies schliesst u.a. überwiegend kaufmännische Tätigkeiten, welche durch einen unternehmensinternen Rechtsdienst geleistet werden, aus.⁵¹ Zweitens muss der Rechtsdienst von einer Person geleitet werden, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügt oder in ihrem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs erfüllt (Art. 160a Abs. 1 E-ZPO). Damit soll gemäss Bundesrat «eine gewisse fachliche Qualität dieses Rechtsdienstes gewährleistet und zugleich sichergestellt werden, dass insbesondere die Berufsspezifität des Rechtsdienstes bekannt und anerkannt ist».⁵²

[38] Sofern beide Voraussetzungen erfüllt sind, ist der unternehmensinterne Rechtsdienst von der generellen Mitwirkungspflicht nach Art. 160 Abs. 1 ZPO ausgenommen. In solchen Fällen besteht explizit auch keine Herausgabepflicht bezüglich Urkunden (Art. 160a Abs. 2 E-ZPO), wozu ins-

⁴⁵ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291).

⁴⁶ Entwurf vom 24. Oktober 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), BBl 2018 7163 ff., S. 7219.

⁴⁷ Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO; Art. 163 Abs. 1 Bst. b ZPO; Art. 166 Abs. 1 Bst. c ZPO.

⁴⁸ Christa Markwalder, Parlamentarische Initiative 15.409, «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen», eingereicht am 11. März 2015, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150409>.

⁴⁹ Jedenfalls äussert der Bundesrat «gewisses Verständnis für die Zweifel an der Notwendigkeit» der Regelung; Botschaft, S. 21 und 53.

⁵⁰ Botschaft, S. 21.

⁵¹ Botschaft, S. 53 f.

⁵² Botschaft, S. 54.

besondere Unterlagen aus dem Verkehr mit dem betroffenen unternehmensinternen Rechtsdienst gehören.⁵³

2.6.2. Einvernahmen mittels Videokonferenzen

[39] Art. 170 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass Zeuginnen und Zeugen vom Gericht vorgeladen werden. Die Aussagen der Zeugin oder des Zeugen werden in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll genommen, der Zeugin oder dem Zeugen vorgelesen oder zum Lesen vorgelegt und von der Zeugin oder dem Zeugen unterzeichnet (Art. 176 Abs. 1 ZPO). Daraus folgt, dass gegenwärtig eine Zeugeneinvernahme grundsätzlich die physische Präsenz des Zeugen erfordert.

[40] Nach Ansicht des Bundesrates ist diese Regelung u.a. mit Blick auf die stetig zunehmenden technischen Möglichkeiten sowie der «parallel zunehmenden Internationalität fast sämtlicher Lebensbereiche und damit auch der an einem Zivilverfahren beteiligten Personen» nicht mehr zeitgemäss.

[41] In Art. 170a E-ZPO soll deshalb festgehalten werden, dass das Gericht eine Einvernahme von Zeugen mittels Videokonferenz oder ähnlichen technischen Mitteln durchführen kann, wobei die Einvernahme in Ton und Bild festzuhalten ist. Analoges soll zudem auch für die mündliche Erstattung eines Gutachtens durch eine sachverständige Person sowie die Parteibefragung und Beweisaussage gelten (Art. 187 Abs. 1 E-ZPO; Art. 193 E-ZPO). Der Bundesrat versteht diese Änderungen als Bestandteil des Massnahmenpakets zur Stärkung des Justizdienstleistungsplatzes Schweiz.⁵⁴

[42] Trotz der neuen «remote»-Einvernahmen wäre eine Anpassung der Protokollierungsvorschriften nicht zwingend erforderlich gewesen, da Art. 176 Abs. 3 ZPO bei Aufzeichnung einer Einvernahme auf Tonband, Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln bereits die Möglichkeit eines Verzichts auf die Protokollunterzeichnung vorsah. Nichtsdestotrotz soll Art. 176 Abs. 3 ZPO jedoch in Art. 176a E-ZPO überführt werden, wobei in Art. 176a Bst. a E-ZPO festgehalten werden soll, dass ein Protokoll auch *nachträglich* gestützt auf eine Aufzeichnung erstellt werden kann.

2.6.3. Privatgutachten als Beweismittel

[43] Art. 168 Abs. 1 ZPO zählt als zulässige Beweismittel das Zeugnis, die Urkunde, den Augenschein, das Gutachten, die schriftliche Auskunft sowie die Parteibefragung und Beweisaussage auf. Als Urkunden gelten gemäss Art. 177 ZPO Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.

[44] Privatgutachten, welche durch Parteien in Auftrag gegeben wurden, stellten nach der bundesgerichtlichen Praxis keine Beweismittel im Sinne von Urkunden, sondern grundsätzlich blosser Parteibehauptungen dar.⁵⁵ Unter Verweis auf Kritik in der Lehre betrachtet der Bundesrat diese

⁵³ Botschaft, S. 54.

⁵⁴ Botschaft, S. 22; vgl. auch Rz. 11 oben.

⁵⁵ BGE 141 III 433.

Rechtslage als nicht befriedigend.⁵⁶ Art. 177 E-ZPO soll daher ausdrücklich festlegen, dass private Gutachten der Parteien als Urkunden und damit Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 Bst. b ZPO gelten.

[45] Diese bedeutende Neuerung führt dazu, dass bestrittene Tatsachenbehauptungen neuerdings auch mit Privatgutachten bewiesen werden können.⁵⁷ Der grösseren «Skepsis» gegenüber Privatgutachten, welche regelmässig von einer Partei in Auftrag gegeben und bezahlt werden, begegnet der Bundesrat mit dem Hinweis, dass selbstverständlich auch Privatgutachten der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen (Art. 157 ZPO) und sich ihr Beweiswert im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände ergibt. Zu berücksichtigende Umstände stellen etwa die Beziehungen der Parteien zum Gutachter, die Auftragserteilung, der Prozess und Ablauf der Einholung des Gutachtens sowie die Fachkunde des Parteigutachters dar.⁵⁸

2.7. Schlichtungsverfahren

2.7.1. Einführung fakultativer Schlichtungsverfahren bei Klagen vor einzigen kantonalen Instanzen bzw. Handelsgerichten

[46] Grundsätzlich muss ein Schlichtungsverfahren durchlaufen werden, bevor ein gerichtliches Entscheidungsverfahren eingeleitet werden kann (Art. 197 ZPO). Art. 198 ZPO hält jedoch diverse Ausnahmen fest, in denen das Schlichtungsverfahren entfällt. Darunter fallen *de lege lata* u.a. diejenigen Streitigkeiten, für welche nach Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz oder, wo solche bestehen, Handelsgerichte zuständig sind (Art. 198 Bst. f ZPO).

[47] Diese Ausnahme will der Bundesrat in Art. 198 Bst. f E-ZPO streichen.⁵⁹ Gemäss Bundesrat hat sich der Ausschluss des Schlichtungsverfahrens bei Klagen vor Handelsgericht «nur teilweise» bewährt, da dies dazu führt, dass Kläger namentlich zur Unterbrechung der Verjährung direkt Klage beim einzigen kantonalen Gericht bzw. Handelsgericht erheben müssen, sofern keine anderen Möglichkeiten nach Art. 135 Ziff. 2 OR⁶⁰ zur Verfügung stehen.⁶¹ Dies ist insbesondere bei ausländischen Schuldern bzw. Beklagten der Fall, da diese nicht in der Schweiz betrieben werden können. Gemäss Bundesrat hat diese Ausgangslage dazu geführt, dass bei einzigen kantonalen Gerichten bzw. Handelsgerichten nicht einlässlich begründete Klagen eingereicht und diese unmittelbar danach wieder zurückgezogen wurden, um eine Verjährungsunterbrechung zu erreichen.⁶²

⁵⁶ Botschaft, S. 56.

⁵⁷ Nach hier vertretener Auffassung dürfte diese Anpassung zu einer verstärkten Präsenz von Privatgutachten (und damit auch Privat-Gegengutachten) in Zivilprozessen führen.

⁵⁸ Botschaft, S. 56.

⁵⁹ Stattdessen wird im Entwurf an dieser Stelle neu auf Art. 7 ZPO betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung verwiesen. Dies stellt jedoch keine materielle Änderung dar. Dass Art. 198 Bst. f ZPO nicht auch auf Art. 7 ZPO verweist, ist ein blosses gesetzgeberisches Versehen (BGE 138 III 558), welches nun behoben werden soll (Botschaft, S. 58). Dasselbe gilt etwa auch in Bezug auf Art. 198 Bst. i E-ZPO, welcher eine Ausnahme für Klagen vor dem Bundespatentgericht vorsieht (Botschaft, S. 59).

⁶⁰ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁶¹ Botschaft, S. 59.

⁶² Botschaft, S. 59 f.

[48] Obschon gemäss Bundesrat inskünftig somit auch bei Verfahren vor einzigen kantonalen Gerichten bzw. Handelsgerichten neuerdings ein Schlichtungsverfahren vorangehen soll, soll gleichzeitig eine bedeutende Ausnahme eingeführt werden: Bei Streitigkeiten, für die nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b⁶³ und d-i⁶⁴ ZPO sowie Art. 6 ZPO (Handelsgerichte) und Art. 8 ZPO (direkte Klagen bei oberen Gerichten) eine einzige kantonale Instanz bzw. ein Handelsgericht zuständig ist, kann die klagende Partei weiterhin die Klage direkt beim Gericht einreichen. Dasselbe gilt ferner für immaterialgüterrechtliche und firmenrechtliche Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a und c ZPO, sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000 beträgt (Art. 199 Abs. 3 E-ZPO). Entsprechend räumt die Teilrevision der ZPO Klägern in all diesen Fällen eine einfache und kostengünstige Möglichkeit ein, in internationalen Verhältnissen ohne bedeutenden Aufwand eine Verjährungsunterbrechung zu erreichen.⁶⁵

[49] Zweifelhaft erscheint jedoch, ob unter der teilrevidierten ZPO in internationalen Verhältnissen durch die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs auch Rechtshängigkeit begründet wird. Falls dies der Fall wäre, würde «*forum running*» in der Schweiz zusätzlich zur revidierten Praxis des Bundesgerichts⁶⁶ nochmals stark gefördert. Für euointernationale Verhältnisse hat der EuGH in der Rechtssache SCHLÖMP⁶⁷ zu Art. 27 und Art. 30 LugÜ entschieden, dass ein Gericht zu dem Zeitpunkt als angerufen gilt, zu dem ein *obligatorisches* Schlichtungsverfahren bei einer Schlichtungsbehörde nach Schweizer Recht eingeleitet worden ist. Von einem Obligatorium kann aber beim bundesrätlichen Entwurf keine Rede sein, soweit unter Art. 199 Abs. 3 E-ZPO ein Wahlrecht des Klägers besteht. Der Bundesrat selbst schreibt in der Botschaft denn auch von einem *fakultativen* Schlichtungsverfahren.⁶⁸

[50] Ebenfalls unklar scheint die Rechtslage ausserhalb der euointernationalen Verhältnisse. Art. 9 Abs. 2 IPRG hält fest, dass zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist, der Zeitpunkt der ersten, für die Klageeinleitung *notwendigen* Verfahrenshandlung massgebend ist. Als solche genügt gemäss Art. 9 Abs. 2 IPRG zwar die Einleitung des Sühneverfahrens (heute Schlichtungsverfahrens). Da der Kläger unter Art. 199 Abs. 3 E-ZPO aber ein Wahlrecht hat, ob er ein Schlichtungsverfahren durchlaufen oder direkt ans Gericht gelangen will, ist zweifelhaft, ob in Anbetracht des Verweises auf die «erste, für die Klageeinleitung notwendige Verfahrenshandlung» gemäss Art. 9 Abs. 2 erster Satz IPRG ein freiwilliges Schlichtungsverfahren rechtshängigkeitsbegründend sein kann.

⁶³ Kartellrechtliche Streitigkeiten.

⁶⁴ Streitigkeiten unter dem UWG mit einem Streitwert über CHF 30'000; Streitigkeiten nach dem Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983; Klagen gegen den Bund; Einsetzung eines Sonderprüfers nach Artikel 697b des Obligationenrechts; Streitigkeiten nach dem Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006, nach dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015 und nach dem Finanzinstitutsgesetz vom 15. Juni 2018; Streitigkeiten nach dem Wappenschutzgesetz vom 21. Juni 2013, dem Bundesgesetz vom 25. März 1954 betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes und dem Bundesgesetz vom 15. Dezember 1961 zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen.

⁶⁵ Botschaft, S. 20.

⁶⁶ BGE 144 III 175.

⁶⁷ Urteil des EuGH vom 20. Dezember 2017, C467/16, Brigitte Schlömp gegen Landratsamt Schwäbisch Hall.

⁶⁸ Botschaft, S. 60, wobei fakultativ vom Bundesrat selbst hervorgehoben wird.

2.7.2. Ausschluss von Schlichtungsverfahren bei verbundenen Klagen

[51] Neben der soeben erläuterten Einführung fakultativer Schlichtungsverfahren bei Verfahren vor einzigen kantonalen Instanzen bzw. Handelsgerichten sieht der Entwurf des Bundesrats noch eine weitere materielle Anpassung beim Geltungsbereich der Schlichtungsverfahren vor. Gegenwärtig findet kein Schlichtungsverfahren statt, wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat (Art. 198 Bst. h ZPO). Dies ist typischerweise bei der Prosekution vorsorglicher Massnahmen der Fall (Art. 263 ZPO).

[52] Praktisch besonders bedeutsam ist u.a. die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nach dessen vorläufiger Eintragung. In der Praxis besteht aber das Problem, dass die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht mit der sachlich zusammenhängenden Leistungsklage aus Werkvertrag betreffend die mit dem Pfand zu sichernde Forderung erhoben werden kann, da für letztere keine gerichtliche Klagefrist besteht.⁶⁹

[53] Aus diesem Grund sollen gemäss Art. 198 Bst. h E-ZPO zukünftig Schlichtungsverfahren auch für Klagen entfallen, die mit einer fristgebundenen Klage vereint werden, sofern die Klagen in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

2.7.3. Ordnungsbusse bei Säumnis an der Schlichtungsverhandlung

[54] Art. 204 Abs. 1 ZPO verpflichtet die Parteien, grundsätzlich persönlich an der Schlichtungsverhandlung zu erscheinen. Art. 206 ZPO regelt die Säumnisfolgen. Bei Säumnis der Klägerin gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben, währenddem bei Säumnis der Beklagten die Klagebewilligung erteilt wird.

[55] In der Praxis führte dies bislang dazu, dass eine Beklagte der Schlichtungsverhandlung trotz der gesetzlichen Teilnahmepflicht meist folgenlos fernbleiben konnte. Zwar könnte das Fernbleiben an der Schlichtungsverhandlung mit einer Ordnungsbusse nach Art. 128 ZPO bestraft werden. Dies erfordert jedoch eine Störung des Geschäftsganges gemäss Art. 128 Abs. 1 ZPO oder eine bös- oder mutwillige Prozessführung nach Art. 128 Abs. 3 ZPO. In anderen Worten müssen zum blossen Nichterscheinen gewisse *qualifizierende Umstände* hinzutreten, damit eine Ordnungsbusse ausgesprochen werden kann.⁷⁰

[56] Art. 204 Abs. 4 E-ZPO zielt darauf ab, eine Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000 auch ohne solch qualifizierende Umstände zu ermöglichen, sofern diese angedroht wurde (wobei die Androhung in der Regel in der Vorladung erfolgt).⁷¹ Damit dürfte klägerischen «Narrenfahrten zum Friedensrichter»⁷² durch vorangekündigtes Nichterscheinen der Beklagten zumindest teilweise Einhalt geboten werden.

2.7.4. Entscheidungsvorschläge bis zu einem Streitwert von CHF 10'000

[57] Nach Art. 210 Abs. 1 Bst. c ZPO kann die Schlichtungsbehörde in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 5'000 den Parteien einen Urteilsvorschlag un-

⁶⁹ Botschaft, S. 58 f.

⁷⁰ BGE 141 III 265 E. 5.1 S. 269.

⁷¹ Botschaft, S. 61.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_416/2019 vom 5. Februar 2020 E. 4.3.1, zur Publikation vorgesehen.

terbreiten. Ein solcher gilt als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids, wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ablehnt (Art. 211 Abs. 1 ZPO).

[58] Der Bundesrat möchte das Potenzial besser nutzen, welches Urteilsvorschläge in Bezug auf die einfache und rasche Erledigung einer Streitsache bieten – insbesondere auch in Säumnisfällen, bei denen die Beklagte aus finanziellen Gründen der Schlichtungsverhandlung fernbleibt. Zu diesem Zweck sollen die Kompetenzen der Schlichtungsbehörden vergrössert werden, in dem in Art. 210 Abs. 1 Bst. c E-ZPO die Streitwertgrenze für einen Urteilsvorschlag auf CHF 10'000 verdoppelt wird.⁷³

[59] Zudem soll in der ganzen ZPO der Begriff «Urteilsvorschlag» aus terminologischen Gründen mit «Entscheidvorschlag» ersetzt werden.⁷⁴

2.8. Aufschiebung der Vollstreckung von Endentscheiden

[60] Art. 236 Abs. 3 ZPO bestimmt, dass das Gericht in Endentscheiden auf Antrag der obsiegenden Partei Vollstreckungsmassnahmen anordnet. Art. 337 Abs. 1 ZPO bestimmt in solchen Fällen, dass der Entscheid direkt vollstreckt werden kann. Die unterlegene Partei kann *de lege lata* beim Vollstreckungsgericht bloss um Einstellung der Vollstreckung ersuchen (Art. 337 Abs. 2 ZPO).

[61] Gewisse Entscheide sind mangels Rechtsmittel mit Suspensivwirkung sofort vollstreckbar. Dies gilt grundsätzlich bei Entscheiden, gegen welche bloss Beschwerde möglich ist (Art. 325 Abs. 1 ZPO), aber auch bei Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen (Art. 315 Abs. 4 Bst. b ZPO). Solche Entscheide können daher grundsätzlich unverzüglich mit deren Ausfällung vollstreckt werden. Die unterliegende Partei befindet sich in solchen Fällen in einer etwas prekären Rechtslage, da bis zu einem Entscheid der Rechtsmittelinstanz über einen Vollstreckungsaufschub gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO einige Zeit verstreichen kann.

[62] Im Interesse an einem effektiven und raschen Rechtsschutz auch zu Gunsten der unterliegenden Partei und im Sinne des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit soll deshalb in Art. 236 Abs. 4 E-ZPO vorgesehen werden, dass das Gericht auf Antrag der unterliegenden Partei oder von Amtes wegen die Vollstreckung bis zu einem entsprechenden Entscheid der Rechtsmittelinstanz oder dem unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist aufschieben kann. Erforderlich ist jedoch, dass der unterliegenden Partei im Falle einer sofortigen Vollstreckung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Nötigenfalls kann das Gericht zudem sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anordnen.⁷⁵

[63] Eine mit Art. 236 Abs. 4 E-ZPO vergleichbare Regelung wird in Art. 239 Abs. 2^{bis} E-ZPO überdies auch für den Fall vorgesehen, dass ein Entscheid vorerst ohne Begründung, d.h. nur im Dispositiv, eröffnet wird. Art. 336 Abs. 3 E-ZPO stellt diesbezüglich klar, dass solche Entscheide vollstreckbar sind, wenn dem Rechtsmittel gegen den Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukommt. Jedoch kann auch bei unbegründet eröffneten Entscheiden eine Partei beim entscheidenden Gericht bis zum Ablauf der zehntägigen Frist für die schriftliche Begründung um

⁷³ Botschaft, S. 62.

⁷⁴ Botschaft, S. 27 f.

⁷⁵ Botschaft, S. 65.

Aufschub der Vollstreckung ersuchen, wenn ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

2.9. Rechtsmittel

2.9.1. Beschwerdemöglichkeit gegen Abschreibungsentscheide

[64] Gemäss Art. 241 ZPO wird ein Verfahren bei einem Vergleich, einer Klageanerkennung oder einem Klagerückzug – auch als Entscheidsurrogate bezeichnet – durch das Gericht abgeschrieben. Der Abschreibungsbeschluss, welcher das Gericht in solchen Fällen erlässt, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung *de lege lata* bloss deklaratorischer Natur und kann gemäss Art. 110 ZPO ausschliesslich im Kostenpunkt mit Beschwerde angefochten werden.⁷⁶ Das Entscheidsurrogat selbst kann ausschliesslich mittels Revision angefochten werden (Art. 328 Abs. 1 Bst. c ZPO).

[65] Nach Auffassung des Bundesrats befriedigt diese Rechtslage nur teilweise, da es neben der zivilrechtlichen Anfechtbarkeit des Entscheidsurrogats (meist wegen Willensmängeln) andere Mängel gibt, welche zur *Nichtigkeit* desselben führen. Der Bundesrat erwähnt u.a. die fehlende Unterzeichnung des Protokolls, welches den Vergleich, die Klageanerkennung oder den Klagerückzug dokumentiert (Art. 241 Abs. 1 ZPO), die fehlende Vertretungsmacht des Rechtsvertreters, die mangelnde Vergleichsfähigkeit der Streitsache oder Verstösse gegen zwingende zivilrechtliche Grundsätze.⁷⁷

[66] Ein Abschreibungsentscheid, welcher gestützt auf ein nichtiges Entscheidsurrogat ergeht, soll nach dem Bundesrat *de lege ferenda* mit Beschwerde angefochten werden können (Art. 241 Abs. 3 zweiter Satz E-ZPO). Dabei geht es ausschliesslich um die Geltendmachung von Mängeln, die zur Nichtigkeit des Entscheidsurrogats und damit zur Fehlerhaftigkeit des Abschreibungsentscheids führen. In den übrigen Fällen – insbesondere bei Willensmängeln – ist das Entscheidsurrogat, d.h. der Vergleich, die Klageanerkennung oder der Klagerückzug, nach wie vor mit der Revision anzufechten; Art. 328 Abs. 1 Bst. c ZPO bleibt unverändert bestehen.⁷⁸

2.9.2. Unbegründete Rechtsmittelentscheide

[67] Im Gegensatz zu erstinstanzlichen Verfahren, in denen Entscheide im Dispositiv eröffnet werden können,⁷⁹ müssen unter der geltenden ZPO sowohl Berufungs- als auch Beschwerdeentscheide stets mit einer schriftlichen Begründung eröffnet werden (Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 ZPO).

[68] Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche den anfänglichen Versand eines Dispositivs und die spätere Nachlieferung einer schriftlichen Begründung zulässt,⁸⁰ will der

⁷⁶ BGE 139 III 133.

⁷⁷ Art. 27 ZGB; Art. 20 OR; zum gesamten Botschaft, S. 67.

⁷⁸ Botschaft, S. 67.

⁷⁹ Art. 239 Abs. 1 ZPO.

⁸⁰ BGE 142 III 695.

Bundesrat nun Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 ZPO, welche die schriftliche Begründung von Berufungs- und Beschwerdeentscheiden verlangen, ersatzlos streichen.⁸¹

[69] Damit soll gemäss Bundesrat der Grundsatz von Art. 239 Abs. 1 ZPO auch für die Berufung und die Beschwerde zur Anwendung gelangen.⁸² Die Botschaft äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob auch Art. 239 Abs. 2 ZPO sinngemäss gelten soll, d.h. ob eine schriftliche Begründung nur auf Verlangen hin oder stets nachgeliefert werden muss. Ersteres würde *de lege lata* der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widersprechen.⁸³

[70] Jedoch verweist der Bundesrat in der Botschaft auf Art. 112 Abs. 2 BGG, welcher «die Möglichkeit einer Eröffnung ohne Begründung vorsieht».⁸⁴ Art. 112 Abs. 2 BGG basiert auf der Prämisse, dass die Verfahrenspartei eine schriftliche Begründung verlangt.⁸⁵ Der Bundesrat zielt mit der Streichung von Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 ZPO zudem auf eine spürbare Entlastung der Gerichte ab.⁸⁶ Daraus folgt klarerweise, dass dem Bundesrat vorschwebt, dass unbegründete Berufungs- und Beschwerdeentscheide *nur auf Verlangen* begründet werden müssen.

[71] In diesem Falle wäre jedoch konsequenterweise auch Art. 112 Abs. 2 BGG in die Teilrevision miteinzubeziehen, da dieser eine Eröffnung ohne Begründung nur dann vorsieht, «[w]enn es das *kantonale* Recht vorsieht».⁸⁷ Für eine bundesrechtliche Ausnahme von der Begründungspflicht bietet Art. 112 BGG *de lege lata* keinen Raum.⁸⁸ Diese Inkonsistenz ist daher noch zu beheben.

2.10. Koordination von Klagen vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten

[72] Sofern bei einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht werden, hat gegenwärtig das zuletzt angerufene Gericht – unabhängig davon, ob es sich dabei um das staatliche Gericht oder das Schiedsgericht handelt⁸⁹ – das Verfahren auszusetzen, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat (Art. 372 Abs. 2 ZPO).

[73] Gleichzeitig regelt Art. 61 Bst. b ZPO, dass das angerufene staatliche Gericht seine Zuständigkeit bei einer Schiedseinrede grundsätzlich abzulehnen hat, es sei denn, die Schiedsvereinbarung sei «offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar».

[74] Der Bundesrat erkennt zwischen Art. 372 Abs. 2 ZPO und Art. 61 Bst. b ZPO einen Wertungswiderspruch, da letztere Bestimmung dem zuerst angerufenen staatlichen Gericht nur eine beschränkte Kognition («*offensichtlich* ungültig») einräumt. Die abschliessende Entscheidung über die schiedsgerichtliche Zuständigkeit kommt hingegen dem Schiedsgericht zu. Aus diesem

⁸¹ Botschaft, S. 78.

⁸² Botschaft, S. 78.

⁸³ BGE 142 III 695 E. 4.1.4 S. 701 («Le but premier de l'art. 318 al. 2 CPC est d'imposer aux autorités cantonales de rendre des décisions motivées, sans que les parties aient à le requérir, [...]»); Hervorhebung hinzugefügt).

⁸⁴ Botschaft, S. 78.

⁸⁵ Art. 112 Abs. 2 zweiter Satz BGG.

⁸⁶ Botschaft, S. 78.

⁸⁷ Hervorhebung hinzugefügt.

⁸⁸ BERNARD CORBOZ, in: Bernard Corboz/Alain Wurzbürger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin (Hrsg.), *Commentaire de la LTE*, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 112 N 42a.

⁸⁹ Botschaft, S. 79, mit weiteren Verweisen.

Grund macht es gemäss Bundesrat keinen Sinn, wenn das später angerufene Schiedsgericht das Verfahren aussetzen muss, bis das zuerst angerufene staatliche Gericht nicht abschliessend über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entschieden hat.⁹⁰

[75] Um den Wertungswiderspruch zwischen Art. 372 Abs. 2 ZPO und Art. 61 Bst. b ZPO zu lösen, schlägt der Bundesrat die ersatzlose Streichung von Art. 372 Abs. 2 ZPO vor, sodass das Schiedsgericht das Schiedsverfahren nicht mehr automatisch sistieren muss, bis das staatliche Gericht über die (fehlende) offensichtliche Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung entschieden hat. Damit wird die Regelung in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit jener der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 186 Abs. 1bis IPRG) angenähert.

2.11. Schlussbestimmungen

2.11.1. Informationspflichten insbesondere bezüglich Prozessfinanzierung

[76] Art. 400 Abs. 2 ZPO verpflichtet den Bundesrat u.a., für Parteieingaben laienfreundliche Formulare zur Verfügung zu stellen.⁹¹

[77] In Art. 400 Abs. 2bis E-ZPO soll der Bundesrat darüber hinaus auch verpflichtet werden, der Öffentlichkeit Informationen zu den Prozesskosten und den Möglichkeiten der unentgeltlichen Rechtspflege sowie der Prozessfinanzierung zur Verfügung zu stellen. Der Bundesrat sieht ein beträchtliches Bedürfnis nach entsprechender Information, insbesondere in Bezug auf die Prozessfinanzierung. Prozessfinanzierer werden als wichtige Möglichkeit betrachtet, um finanzielle Hürden der prozessualen Geltendmachung von Rechten zu beseitigen. Mit der neuen Informationspflicht soll erreicht werden, dass auch Parteien ohne anwaltliche Vertretung Kenntnis von den Möglichkeiten der Prozessfinanzierung erhalten.⁹² Anwältinnen und Anwälte sind bereits heute berufsrechtlich verpflichtet, Klienten gegebenenfalls auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung aufmerksam zu machen.⁹³

2.11.2. Statistische Erhebungen

[78] Zusätzlich sollen Bund und Kantone in Art. 401a E-ZPO verpflichtet werden, gemeinsam mit den Gerichten dafür zu sorgen, dass genügende statistische Grundlagen und Geschäftszahlen über die massgeblichen Kennzahlen zur Anwendung der ZPO vorliegen, insbesondere bezüglich der Anzahl, Art, Materie, Dauer und Kosten der Verfahren.

[79] Damit soll eine Zivilprozessstatistik ermöglicht werden, welche derzeit mangels schweizweit verfügbarer Zahlen und Statistiken nicht möglich ist, und längerfristig das Ziel schweizweit vereinheitlichter und damit vergleichbarer Statistiken angepeilt werden.⁹⁴

⁹⁰ Botschaft, S. 79 f.

⁹¹ Die Formulare sind u.a. auf der Website des Bundesamts für Justiz abrufbar (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/zivilprozessrecht/parteeingabenformulare.html>).

⁹² Botschaft, S. 80 f.

⁹³ Urteil des Bundesgerichts 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.3.1.

⁹⁴ Botschaft, S. 81 f.

3. Schlussbemerkungen

[80] Wie den vorstehenden Ausführungen entnommen werden kann, bringt die vom Bundesrat vorgeschlagene Teilrevision der ZPO zahlreiche materielle Änderungen mit sich, welche weit über eine blossе Kodifizierung der seit 2011 ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinausgehen.

[81] Ein Schwerpunkt der Teilrevision liegt dabei auf der Stärkung der Handelsgerichte, namentlich durch die Erweiterung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit, der Ermöglichung von Englisch als Verfahrenssprache sowie der Einführung von Einvernahmen mittels Videokonferenz. Damit sollen schweizerische Gerichte für zukünftige internationale handelsrechtliche Streitigkeiten fit gemacht werden. Dies ist angesichts der Beliebtheit der Wahl des schweizerischen Rechts in grenzüberschreitenden Verträgen zu begrüßen.

[82] Ferner stärkt die Teilrevision aber auch die Stellung der Schlichtungsverfahren und enthält wichtige Änderungen im Kosten- sowie Beweisrecht, welche direkte Auswirkungen auf die Tätigkeit der prozessierenden Anwältinnen und Anwälte haben werden.

[83] Es bleibt abzuwarten, wie das Parlament mit dem bundesrätlichen Revisionsentwurf umgehen wird. Angesichts des Umstandes, dass die Revision an sich im Grundsatz weitherum unterstützt wird und der Bundesrat die politische brisante Frage der kollektiven Rechtsdurchsetzung von der Teilrevision abgetrennt hat, würde nicht überraschen, wenn der Revisionsvorschlag den parlamentarischen Prozess ohne grossen Gegenwind und relativ zügig überstehen würde. Mit anderen Worten stehen die Chancen gut, dass vieles aus dem Entwurf des Bundesrates tatsächlich in die ZPO Eingang findet.

RENATO BUCHER ist als Rechtsanwalt im Zürcher Büro von Meyerlustenberger Lachenal AG (MLL) tätig.